



VNiVERSiDAD D SALAMANCA

DOCTORADO EN ADMINISTRACIÓN, HACIENDA Y JUSTICIA
EN EL ESTADO SOCIAL

Línea de investigación: “El Derecho del Trabajo en el Estado Social de
Derecho”

TESIS DOCTORAL

**EL TRABAJO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES Y
SUS PROBLEMAS DE CALIFICACIÓN JURÍDICA**

Autor: Federico Rosenbaum Carli

Tutor y Director: Prof. Dr. Wilfredo Sanguinetti Raymond

Salamanca, octubre de 2020

A mi madre Mary (en su memoria), a mi padre Jorge, a mi hermana
Patricia, a mi abuela Célíka y a Mariana.

AGRADECIMIENTO

A mi tutor académico, el Prof. Wilfredo Sanguineti Raymond, por su invaluable contribución y recomendaciones, sin los cuales esta investigación no podría haberse concluido.

A todos aquellos que colaboraron en el proceso de mi formación académica y en el desarrollo del presente trabajo, en especial al Prof. Manuel Carlos Palomeque López y el conjunto de profesores del Máster Universitario en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales de la Universidad de Salamanca. También a los Prof. Eduardo Rojo Torrecilla e Ingnasi Beltrán de Heredia por su generosidad en el envío de información.

A Jorge Rosenbaum Rimolo, que más allá del vínculo familiar y afectivo que nos une, constituye un pilar fundamental en mi formación personal, mi mentor del Derecho del Trabajo, y más importante, de la vida.

ÍNDICE

ABREVIATURAS.....	21
INTRODUCCIÓN	23
 CAPÍTULO I: TECNOLOGÍA, PLATAFORMAS DIGITALES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO	
I. La economía digital o disruptiva y la industria 4.0	37
II. La automatización, la robotización, los algoritmos y la inteligencia artificial.....	42
III. Las plataformas digitales	48
III.I. El fenómeno de las plataformas digitales	48
III.II. La economía colaborativa y la economía de plataformas digitales	54
III.III. Tipología de las plataformas digitales.....	62
IV. Los problemas fácticos del trabajo en la economía de plataformas digitales	73
IV.I. La expansión “formal” de las fronteras del trabajo autónomo	74
IV.II. La laxitud del tiempo de trabajo en la economía de plataformas digitales	78
IV.III. La afectación a la salud y seguridad del prestador del trabajo en la economía de plataformas digitales	84

IV.IV. Las dificultades de la acción colectiva de los prestadores del trabajo en la economía de plataformas digitales.....	92
IV.V. Los inconvenientes de protección social de los prestadores del trabajo en la economía de plataformas digitales.....	98
V. Los problemas de calificación jurídica generados en el trabajo prestado mediante plataformas digitales	100

CAPÍTULO II: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

I. El problema de la calificación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales	105
II. Las plataformas digitales consideradas como intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información.....	109
III. Las plataformas digitales consideradas como prestadoras del servicio subyacente ofrecido por medios tecnológicos.....	111
IV. Respuestas normativas a nivel comparado	117
IV.I. Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia.....	118
IV.II. La intervención normativa en Uruguay: Decretos de las Juntas Departamentales de Montevideo y Maldonado, y proyecto de ley de regulación de los servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas	119
IV.III. Proyectos de ley en Chile	120
IV.IV. Proyecto de ley sobre el “Trabajo Digital” en Colombia ...	122

V. Criterios para la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales	123
VI. La influencia de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales en la calificación del vínculo mantenido con el prestador del servicio subyacente	127

**CAPÍTULO III: LA NATURALEZA DEL VÍNCULO
ENTABLADO ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS
Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES: LIMITES, PROBLEMAS
Y POSIBLES RESPUESTAS**

I. El trabajo humano y las diferentes formas de contratación de la prestación de una actividad personal: trabajo subordinado y trabajo autónomo	132
II. Límites a la libertad de elección entre la prestación de una actividad subordinada y autónoma	136
II.I. Los límites materiales y los límites jurídicos	136
II.II. Límites derivados de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales	139
II.III. Límites derivados del principio de primacía de la realidad y el orden público	142
II.IV. Límites derivados de las restricciones a la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo	147
III. El problema de la calificación del vínculo entablado entre las plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente: diversas aproximaciones analíticas	150

III.I. Dificultades para efectuar un análisis desde los instrumentos y principios propios del Derecho del Trabajo	152
III.II. El enfoque tradicional del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo.....	154
III.II.I. El surgimiento del elemento de la subordinación, su concepto y alcance tradicional.....	155
III.II.II. El elemento de la subordinación y sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades.....	162
III.III. Las propuestas expansivas del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo.....	167
IV. La bifurcación de respuestas jurídicas al problema de la calificación.....	178
V. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores autónomos	184
VI. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores por cuenta ajena	190
VI.I. La STS 2924/2020 del 25 de septiembre de 2020 en España	200
VII. Modelos de propuestas de <i>lege ferenda</i>	208
VII.I. La intrascendencia de la calificación jurídica y la imposición de un mínimo de protección para toda persona que trabaje	209
VII.II. La creación de una relación laboral especial.....	213
VII.III. La implantación de una figura especial de trabajador autónomo	218
VII.IV. Las líneas prevalentes en la OIT.....	219
VII.V. Valoración crítica de las soluciones de <i>lege ferenda</i>	220

VIII. Respuestas normativas a nivel comparado	227
VIII.I. Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia.....	228
VIII.II. Las Leyes N° 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia	230
VIII.III. La Ley N° 5 del Estado de California en Estados Unidos	232
VIII.IV. Proyectos de ley en Chile	233
VIII.V. Proyecto de ley sobre el “Trabajo Digital” en Colombia .	236
VIII.VI. Anteproyecto de ley de “Estatuto del trabajador de plataformas digitales bajo demanda” en Argentina.....	237
VIII.VII. Proyecto de ley sobre “Empleo digno que regula a los trabajadores de plataformas digitales” en Perú.....	244
VIII.VIII. La medida electoral (<i>ballot</i>) “ <i>Yes on Prop 22</i> ” del Estado de California en Estados Unidos.....	244

**CAPÍTULO IV: LA NATURALEZA DEL VÍNCULO
ENTABLADO ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS
Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES: CRITERIOS PARA SU
DETERMINACIÓN**

I. La determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales: presupuestos conceptuales y encuadre jurídico	248
II. Revisión crítica de la centralidad del elemento de la subordinación en el procedimiento de la determinación de la existencia de la relación de trabajo	252

II.I. La subordinación: ¿elemento central del contrato de trabajo o efecto del mismo?.....	252
II.II. Desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo.....	263
III. Criterio principal para la determinación de la existencia de la relación de trabajo: la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario y revalorización del elemento de la ajenidad.....	267
III.I. La centralidad del análisis de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios	267
III.II. El concepto genérico de la ajenidad: ajenidad en los frutos y/o beneficios y ajenidad en los riesgos	273
III.III. La ajenidad en la titularidad de los medios de producción	279
III.IV. La ajenidad en la marca y en el mercado	281
III.V. La integración del trabajador en la estructura organizativa de la empresa.....	284
IV. Criterio coadyuvante para la determinación de la existencia de la relación de trabajo: la comprobación de la prestación personal ejecutada de manera libre, con carácter oneroso y manifestaciones de la subordinación	287
IV.I. Prestación personal ejecutada de manera libre.....	290
IV.II. Onerosidad.....	293
IV.III. Subordinación	294
IV.III.I. Los efectos de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales.....	295
IV.III.II. Poder de organización	297

IV.III.III. Poder de dirección.....	302
IV.III.IV. Poder de control	308
IV.III.V. Poder disciplinario.....	313
V. Propuesta sistematizada del procedimiento y criterios para la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre el prestador de servicios y las plataformas digitales	315
V.I. Cuestión preliminar: la calificación de la naturaleza de la actividad cumplida por la plataforma digital.....	315
V.II. Criterio principal: la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario y la ajenidad.....	318
V.III. Criterio coadyuvante: la acreditación de la prestación personal ejecutada de manera libre, con carácter oneroso y manifestaciones de la subordinación	320
CONCLUSIONES	323
BIBLIOGRAFÍA	345
ANEXOS	379
ANEXO 1: LISTADO POR PAÍS DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS	
Alemania.....	381
Argentina	381

Australia.....	381
Brasil.....	381
Chile.....	382
España.....	382
Estados Unidos	385
Francia.....	387
Italia.....	387
Países Bajos.....	388
Reino Unido	388
UE.....	389
Uruguay.....	389

**ANEXO 2: SÍNTESIS FÁCTICA Y JURÍDICA DE LAS
RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS
CITADAS CON REFERENCIA A LA NATURALEZA DE LA
ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LAS PLATAFORMAS
DIGITALES**

I. Las plataformas digitales consideradas como intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información.....	391
II. Las plataformas digitales consideradas como prestadoras del servicio subyacente ofrecido por medios tecnológicos.....	394

**ANEXO 3: SÍNTESIS FÁCTICA Y JURÍDICA DE LAS
RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS
CITADAS CON REFERENCIA A LA NATURALEZA DEL**

VÍNCULO ENTRE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LOS PRESTADORES DEL SERVICIO

I. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores autónomos	409
II. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores por cuenta ajena	429

ABREVIATURAS

CAP: Capítulo.

CCNL: Convenio colectivo nacional del trabajo de Italia.

CIT: Convenio Internacional del Trabajo.

CLT: Consolidación de las Leyes del Trabajo de Brasil.

ET: Estatuto de los Trabajadores de España.

LETA: Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo de España.

NTIC: Nuevas tecnologías de la información y comunicación.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

P: Página.

PP: Páginas.

RAE: Real Academia Española.

RETA: Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos.

RIT: Recomendación Internacional del Trabajo.

STS: Sentencia del Tribunal Supremo de España.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

TRADE: Trabajador autónomo económicamente dependiente.

UE: Unión Europea.

UGT: Unión General de Trabajadores de España.

INTRODUCCIÓN*

En la actualidad asistimos a un estadio evolutivo en donde las formas de prestación del trabajo están sujetas a profundas transformaciones, de modo que lo que constituía el paradigma normal -como lo era, por ejemplo, la producción industrial en el pasado siglo, basada en modelos tayloristas-fordistas-, se encuentra francamente alterado, y además, hasta podría sostenerse que la normalidad y predominio de dicho arquetipo ya no resulta generalizado ni exclusivo.

Asimismo, enmarcando el análisis en el propio Derecho del Trabajo, también podría considerarse que este emerge como una disciplina jurídica autónoma, en un momento histórico determinado y muy estrechamente vinculado a un modelo económico y de producción, con efectos sobre la organización del mercado de trabajo en particular. Así, una explicación de orden causal del Derecho del Trabajo exige identificar su surgimiento con una etapa en la que la prestación de trabajo asalariado se configura en forma generalizada, al influjo de la sociedad liberal y cuando dicha realidad social, por ende, se convierte en elemento de identidad del sistema. Con el advenimiento del capitalismo y las innovaciones técnicas que transformaron la estructura de la producción -principalmente industrial- comienza a proliferar el trabajo libre, subordinado, por cuenta ajena y salarialmente retribuido, reemplazando así la organización productiva anterior¹.

Pero para alcanzar este estadio, se distinguen dos grandes vertientes que impulsan el fenómeno: a) las revoluciones políticas -de base burguesa-

*A los efectos de evitar las dificultades de lectura, a lo largo del presente trabajo se utilizará el género masculino no marcado, entendiéndose que cualquier referencia se emplea por igual a cualquier género, salvo que contextualmente se desprenda una intención diferente.

¹ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Vigésimocuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, p. 47.

; y b) la revolución industrial. La consecuencia práctica más marcada de ambos procesos históricos, lo fue la necesidad de maximización del beneficio empresarial, logrando por ende que la gestión del trabajo se encuentre en manos del empleador -en tanto titular de la empresa-. Naturalmente, ello provocó que las condiciones de trabajo fueran deficientes -extensas jornadas hasta desbordar el límite de la capacidad humana-, que los salarios resultaran exiguos y su pago consistiera muchas veces en un intercambio en especie -de la totalidad o parte importante de la remuneración, mediante bonos o economatos-, que no se contemplaran condiciones ambientales y de seguridad de especie alguna y que se manifestara un auge del trabajo de las mujeres y de los menores. Esa realidad determinó una condición laboral miserable en el conjunto de los trabajadores durante décadas, identificándose dicho cuadro de iniquidades y desigualdad como lo que históricamente se conoce como la “cuestión social”. Se trata de la expresión del pauperismo surgido del ingreso a la era de la producción industrial que se extendió por el mundo de forma asimétrica, ya que se materializó de muy diferentes modos y también en distintos momentos históricos en las distintas regiones y países.

En virtud de ello, aparecen variadas respuestas tendentes a combatirlo, entre las cuales -y dejando de lado las reacciones violentas-: a) la acción social traducida a través de mecanismos de protesta, reivindicación y movilización -la auto-tutela del proletariado industrial, las uniones, coaliciones, sociedades de resistencia, mutualidades y gremios-; y b) la intervención del Estado -mediante una regulación heterónoma productora de normas jurídicas, que condicionarán y pondrán límites garantistas al intercambio de trabajo por salario-.

La intervención normativa se verificará inicialmente mediante leyes aisladas, inconexas entre sí, aunque con el tiempo se multiplicarán para abarcar los diferentes aspectos de la relación de trabajo y desembocar así

en un cuerpo unitario de normas, de elaboración teórica, que han constituido el punto de sostén en el desenvolvimiento de los modernos ordenamientos jurídicos laborales. A estas normas se las denominó leyes sociales, leyes obreras o de fábricas o legislación industrial.

El paso de la legislación obrera a lo que concebimos hoy como Derecho del Trabajo, fue recorrido a través de caminos complejos y azarosos, entre los cuales -siguiendo un criterio simplificador- es posible señalar al menos cuatro procesos fundamentales: a) el surgimiento y expansión del movimiento obrero como epicentro de los fenómenos colectivos; b) la internacionalización de la normativa laboral; c) la constitucionalización social de los derechos laborales; y d) la construcción dogmática de la disciplina.

En esa evolución se identifica una función central del Derecho del Trabajo, que se traduce en la especial protección del trabajo y que descriptivamente se puede descomponer en dos factores. Por un lado, concebida como una función económica, en tanto que se dirige a la articulación de las relaciones de producción, facilitando e institucionalizando las relaciones de producción del capitalismo industrial. Por otro lado, concebida como una función política, en virtud de que es esencialmente una estructura normativa que, facilitando las relaciones de producción, lleva a cabo una operación política de compensación de desigualdades sociales.

No en vano la literatura ha ahondado en la denominación de la propia disciplina, distinguiéndose entre aquellos que preferían hablar de una Legislación Obrera², una Legislación Industrial³ o Derecho

² SCELLE, G., *Le droit ouvrier*, Armand Colin, Paris, 1922.

³ PIC, P., *Tratado elemental de Legislación industrial*, T. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.

Industrial⁴, en contraposición a quienes prefirieron referirse a un Derecho Social⁵, un Derecho del Trabajo⁶, o al Derecho Laboral⁷.

Incluso, constituye un dato objetivo que la actividad normativa de la OIT se centró preeminentemente en torno a la realidad fabril, habiendo sido el CIT N° 1, del año 1919, una primera regulación circunscrita a las horas de trabajo en la industria.

Empero, dicho modelo que constituyó la base de la necesaria respuesta normativa de parte de los Estados y la realidad imperante para la construcción del Derecho del Trabajo, más modernamente es alterado y extendido en gran medida por otras actividades, como lo son el comercio y los servicios.

Se precipita a través del salto de los siglos, una proliferación y desarrollo cada vez más innovador, potente y versátil -con impacto en las áreas de la producción, información y comunicación, entre otras-. La investigación, descubrimientos y generación de tecnologías aplicadas de última generación -como la informática, la robótica, la inteligencia artificial y la física cuántica-, invaden todas las áreas del quehacer humano, produciendo significativas transformaciones en la vida, salud y hábitos de

⁴ CARNELUTTI, F., *Studi di Diritto Industriale*, Athenaeum, Roma, 1916.

⁵ CESARINO JÚNIOR, A., *Direito Social brasileiro*, Livraria Martins, San Pablo, 1940.

⁶ DURAND, P. y JAUSSAUD, R., *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947; BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Volumen 1, Segunda Edición, FCU, Montevideo, 1995; PALOMEQUE, M., *Derecho del Trabajo e ideología*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, 1989; CAMERLYNCK, G. y LYON-CAEN, G., *Derecho del Trabajo*, Ramírez, J. (Trad.), Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo*, Décima Edición, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid, 1988; SANTORO-PASSARELLI, F., *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Diciannovesima Edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1967; ALONSO GARCÍA, M., *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch, 1958.

⁷ CABANELLAS, G., *Tratado de Derecho Laboral*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963; PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de derecho laboral*, Tomo I, Volumen I, Acalí Editorial, Montevideo, 1976; KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Galiana, J. (Trad.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

las personas, así como en las comunidades e instituciones -cambios de orden político, económico, social, cultural, climático-.

Inevitablemente, el mundo del trabajo no permanece ajeno a ello. En este proceso sin precedentes históricos en su aceleración y capacidad transformadora, juegan un papel trascendente las innovaciones digitales; es así como, por ejemplo, los mercados de trabajo comienzan a generar empleo en nuevas ramas de actividad o funciones laborales que antes eran inimaginables, al tiempo que otras se flexibilizan, se atomizan o quedan obsoletas⁸.

Este contexto de creciente y cada vez mayor recurrencia a la incorporación de tecnologías, precipita el surgimiento de las “plataformas digitales”, a las que se las ha catalogado como plataformas colaborativas, *on-demand economy* o *Uber economy*. Las mismas demandan la prestación de trabajo humano, inscribiéndose dentro de conceptos más abarcativos, como el de la economía de las plataformas digitales o *gig economy*⁹, que se refieren a la actividad que cumplen esas plataformas en la intermediación de bienes y servicios entre particulares, o aún cuando dichas empresas no sean intermediarias, a su participación en la definición de las condiciones de uso de la plataforma y obtención de importantes beneficios económicos, prestando un servicio concreto en el mercado. Más aún, las plataformas prefieren despojarse de todo ropaje empresarial tradicional

⁸ ALOISI, A. y DE STEFANO, V., “La reglamentación y el futuro del trabajo. La relación de trabajo como factor de innovación”, *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, vol. 139, núm. 1, 2020. Disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/ilrs.12150> [consultado el día 9 de septiembre de 2020].

⁹ Este término ha sido considerado por DE STEFANO como un “eslogan” que ha atraído cada vez más atención en las noticias y en revistas y artículos de revistas en los últimos tiempos (DE STEFANO, V., “The rise of the ‘just in time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, *Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch*, Conditions of Work and Employment Series, N° 71, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016, p. 1. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf [consultado el día 8 de junio de 2019]).

que caracteriza a cualquier emprendimiento, considerándose como “nuevas formas de negocios”.

Asimismo, esta realidad asume el recurso de la digitalización y el uso intensivo de internet por parte de quien oferta los bienes o servicios, contando con una idoneidad de conectar a un potencial cliente que demanda un servicio o bien, con un conjunto de personas que asumen la tarea de prestar dicha actividad. En este contexto, las plataformas se relacionan o recurren a la contratación directa de personas -no empresarios-, denominados en muchas ocasiones como “colaboradores” o “socios”, para que ejecuten los servicios ofertados. En definitiva, se conectan directamente con la persona que debe prestar la fuerza laborativa, para que ella satisfaga las necesidades del cliente final o usuario -en pocas palabras, con quien requiere el envío de un bien o un transporte, la prestación de una actividad profesional, entre otros tantos ejemplos que pueden citarse-.

Por otra parte, no puede perderse de vista que estos “colaboradores” que prestan su trabajo a demanda, tienen la libertad teórica de elección del tiempo destinado a su labor, aunque en los hechos se verifica un constreñimiento a dicha libertad, en tanto que la necesidad de percibir un ingreso económico, exige una dedicación mayor para evitar la reducción de la remuneración, al encontrarse asociada la misma al cumplimiento efectivo de tareas.

Esta nueva realidad tiene una implicancia muy importante, atendiendo a que la consolidación de dicho paradigma de organización empresarial está produciendo y seguirá ampliando su impacto real y negativo respecto de las condiciones de trabajo de los prestadores de servicios, generando mayor precariedad de las mismas en comparación con lo que constituye el esquema de protección típico de la relación de trabajo dependiente.

Por ello es que se debate sobre la importancia de tomar medidas de acción, como puede llegar a ser la regulación de estos fenómenos, a los efectos de evitar que la referida precarización se extienda al resto de la economía.

Por ende, y dado que esta última modalidad es una realidad difundida, resulta justificado plantearse la siguiente pregunta: las categorías y herramientas clásicas del Derecho Laboral, como la dependencia, que define la configuración jurídica de una relación de trabajo, ¿son suficientes para determinar si estas nuevas formas de trabajo resultan comprendidas por el Derecho del Trabajo?

Una interrogante que han intentado responder en gran medida diversos tribunales de justicia en todos los continentes, y que ha generado en el acierto o en el error, posiciones encontradas: por un lado, se entiende que dichas formas de prestación de trabajo son las propias de un trabajador independiente o autónomo -y por ende, se convalida tanto el modelo empresarial organizativo, como la inaplicabilidad de la protección del Derecho Laboral a estos prestadores-, y por otro lado, se interpreta que el trabajo prestado a través de las plataformas digitales, ingresa en la categoría típica del trabajador dependiente, extendiendo por ende, la tutela del Derecho del Trabajo a estos prestadores.

Por lo tanto, esta realidad implica para los operadores jurídicos, un esfuerzo de discernimiento sobre la plausible aplicación de las normas del Derecho Laboral, lo que obliga a buscar una respuesta dogmática holística, antes bien que posibles soluciones que se pudieren aportar singularmente en cada caso en concreto.

En función de ello, la pregunta principal planteada en el presente trabajo de investigación se circunscribe a la siguiente: ¿estas nuevas modalidades de prestación de trabajo, se encuentran alcanzadas por el Derecho Laboral?

A los efectos de responder dicha interrogante inicial, se propone analizar los instrumentos típicos del Derecho Laboral, en lo que se refiere a la aplicación de sus contenidos y normas, estudiando su ámbito subjetivo de comprensión, y en especial, a la subordinación como tradicional elemento definitorio de la relación de trabajo.

Dicho objetivo se complementa con la evaluación comparativa de diversas respuestas críticas a los institutos clásicos del Derecho del Trabajo; como puede llegar a ser una relectura de la subordinación a los efectos de comprender subjetivamente a los prestadores de servicios dentro de la categoría de los trabajadores dependientes, o la consagración normativa de una nueva relación laboral de carácter especial que regule estas nuevas formas de trabajo, entre otras.

La metodología que se empleará será la inherente a las ciencias del derecho, aplicando una técnica inductiva, partiendo del análisis de la realidad que plantean las tecnologías y las novedosas formas de empleo que se desarrollan a través de las mismas, para luego estudiar esos antecedentes a la luz de la norma jurídica.

Además, serán aplicadas las técnicas exegética y de contextualización, evaluación y diagnóstico de la realidad social, señalando precisiones sobre la efectividad de las normas, y se completará el desarrollo con aportes propositivos personales.

A los efectos de responder la interrogante planteada, el abordaje se concentra en cuatro aristas de estudio concretas.

En primer lugar, se pondrá de manifiesto un análisis descriptivo de la interdependencia de la tecnología y las nuevas formas de trabajo desarrolladas en la realidad. A tales efectos, el punto inicial se circunscribe al estudio contemporáneo del contexto digital en el que se ejecuta el trabajo y las modernas expresiones tecnológicas, diversificadas en la automatización, la robotización, los algoritmos y la inteligencia artificial.

Ligado a lo anterior, se profundizará en la descripción y el funcionamiento de las plataformas digitales, como instrumento que representa una particular manifestación tecnológica que se desarrolla en el mundo del trabajo actual. A tales efectos, se describirá el fenómeno del trabajo desarrollado mediante plataformas digitales, así como el marco de la denominada economía colaborativa y economía de plataformas digitales. A esa altura será imprescindible distinguir ambos conceptos, así como aportar una clasificación y un detalle en torno a las diferentes modalidades de ejecución del trabajo prestado mediante plataformas digitales.

Al estudio descriptivo se le adiciona la puesta en manifiesto de los principales problemas fácticos detectados en el trabajo desarrollado en la economía de plataformas; como lo es la expansión formal del trabajo autónomo, la falta de correspondencia entre la proclamada libertad horaria de los prestadores de servicios y su creciente disponibilidad práctica, los diferentes riesgos y afectaciones a la seguridad y salud de los prestadores, la falta de protección y el problema para concretar medidas de carácter colectivo, y finalmente, los perjuicios generados producto de la ineficacia en la aplicación de una protección social adecuada a estos grupos de prestadores de servicios.

A modo de complementar este primer punto de abordaje, se plantean los principales problemas de calificación jurídicos generados en el trabajo que es desarrollado mediante plataformas digitales, que se doblegan en dos cuestiones centrales: por una parte, en la determinación de la naturaleza de la actividad cumplida por las empresas que desarrollan las plataformas digitales; y por otro lado, en la dilucidación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las referidas empresas.

En segundo término, se acometerá el examen del primer problema de calificación referenciado, sobre la base de una revisión crítica a la auto definición efectuada por las plataformas digitales, como empresas que cumplen una actividad como meras intermediarias entre la oferta y demanda de un bien o servicio, propio de la sociedad de la información.

Sobre esta base, se describirán las dos posibles respuestas a dicho planteo, considerándolas como intermediarias o como prestadoras del servicio subyacente ofrecido, mediante el aporte de criterios técnico-jurídicos concretos que sirvan de fundamento a tales efectos, así como el detalle de los razonamientos que la doctrina y jurisprudencia comparadas han producido sobre este tema. Adicionalmente, el análisis de esta cuestión de calificación se integra con el detalle de las diversas respuestas normativas atendidas a nivel comparado.

Como resultado de este abordaje, también se pondrá de manifiesto la importancia de dicho problema en relación a la segunda cuestión de calificación que constituye el objeto central del presente trabajo de investigación. Al fin y al cabo, se propone identificar la potencial influencia de la definición de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales, en el proceso de determinación de la naturaleza del vínculo entre los prestadores de servicios y las plataformas.

El tercer elemento de estudio se refiere a los límites, los problemas y las posibles respuestas en relación a la definición de la naturaleza jurídica del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales.

En función de ello, será objeto de un tratamiento somero el tema de las formas de contratación de la prestación de una actividad de carácter personal, en particular, las diferencias entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo.

Asimismo, se introducirá una explicación de los principales límites a la libertad de elección de las referidas formas de contratación, principalmente en torno a aquellos de carácter material y jurídico. Primero se examinarán las limitaciones derivadas de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos. Por otro lado, también serán analizados aquellos que derivan del principio de primacía de la realidad y el orden público. Finalmente, será objeto de estudio la limitación impuesta a la autonomía de la voluntad por el conjunto normativo del Derecho del Trabajo.

En relación a los diversos problemas planteados, en primer lugar, se destacarán las dificultades para efectuar un análisis desde los instrumentos y principios propios del Derecho Laboral. También se subrayarán las carencias del enfoque clásico en relación al alcance subjetivo del Derecho del Trabajo, tanto desde el punto de vista del concepto y extensión tradicional del elemento de la subordinación, como de sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades. En tercer término, se señalarán otra serie de dificultades en relación al tema, principalmente derivadas de aquellas propuestas expansivas del alcance subjetivo de la disciplina.

En torno a las posibles respuestas, y partiendo de la base normativa actual, se coincidirá en un diagnóstico prácticamente uniforme a nivel comparado en donde se postula una bifurcación de soluciones a la interrogante planteada, entendiendo que el vínculo es de carácter autónomo, o bien, que el mismo es de naturaleza laboral.

Amén de dichas resoluciones, al examen se le adicionan determinados modelos propositivos de *lege ferenda*, cuyo diagnóstico coincide en señalar la insuficiencia de los sistemas normativos vigentes, planteando introducir un decálogo de derechos mínimos de protección para toda persona que trabaje, o la creación de una relación laboral de

carácter especial, o la implantación de una figura especial del trabajador autónomo. Además de dichos modelos, se destacarán las líneas prevalentes de la OIT y se aportarán argumentos críticos en relación a la introducción de reformas legislativas que incorporen los referidos contenidos.

Adicionalmente, se describirá en forma detallada las principales respuestas normativas que se han verificado a nivel comparado, tanto de instrumentos legales recientemente aprobados, como las derivadas de proposiciones de reformas legislativas.

Por último, partiendo de la base de que una propuesta reformista resulta inadecuada, se propondrán criterios para la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las empresas propietarias de plataformas digitales.

A los efectos de encarar el estudio propuesto, resulta indispensable partir de la base de cierto encuadre y limitaciones metodológicas. En ese sentido, será necesario acometer una somera explicación conceptual de la relación de trabajo, dado que si bien es cierto que toda investigación en dogmática jurídica exige circunscribir el objeto de estudio a una realidad normativa particular, también lo es el hecho de que toda realidad normativa se deduce de una teoría que explica el conocimiento de determinada realidad.

De ese modo, el planteamiento efectuado exige dilucidar si existe una teoría general de la relación de trabajo, o cierta coincidencia o aproximación comparada en torno a su conceptualización y elementos esenciales, derivados de la normativa, doctrina y jurisprudencia, es decir, de la construcción dogmática del propio Derecho del Trabajo.

Así, como punto de partida deberá comprenderse que la relación de trabajo está determinada por la presencia de algunos caracteres concretos, a saber, la prestación de una actividad personal, la remuneración, la

ajenidad y la subordinación. Sin embargo, también corresponde advertir que esta enunciación se trata de una aproximación general comparativa que deriva de la construcción dogmática de la disciplina, que no detenta un grado de validez absoluto, en tanto que podrían destacarse otros enunciados que convergen en la eliminación de alguno de dichos elementos, o que se enfocan en el desplazamiento a un plano subsidiario o complementario de alguno de ellos -así, en especial, pueden observarse ciertas desavenencias o puntos de vista diferentes en relación a los caracteres de la ajenidad y la subordinación-.

Puestas de manifiesto dichas limitaciones conceptuales, de todos modos cabe señalar que la referida enunciación teórica no tiene una correlativa aplicación universal o uniforme en cada realidad normativa nacional. En efecto, el presupuesto conceptual y precisión metodológica explicitados, conducen a aceptar que no es posible efectuar un estudio abstracto para dar respuesta a la interrogante de la determinación de la naturaleza del vínculo aludida, sino que, contrariamente, resultará necesario adecuarse a las particularidades de cada sistema jurídico en concreto, ya que en los hechos existen ciertas características que influyen de manera más o menos significativa en el abordaje y resolución de esta temática.

En efecto, tomando como premisa la observación anterior, resultará imprescindible comprender que una serie de factores constituirán variables determinantes; entre ellos, la existencia de una norma expresa que defina al contrato de trabajo, la figura del trabajador y del empleador, así como la eventual sistematización que sobre dichos conceptos tanto doctrina como jurisprudencia consideren prevalentes y el valor relativo o absoluto que estas vertientes asumen en el sistema de fuentes normativas -dependiendo, por ejemplo, si se tratare de un sistema del *common law* o

derecho anglosajón de precedente obligatorio, o si por el contrario el sistema se identifica con el *civil law* o derecho continental-.

En ese sentido, se ha puesto de manifiesto que en los sistemas del *common law*, la técnica de indicios ha servido para restringir la noción del trabajo dependiente, a diferencia de lo que ha ocurrido en los sistemas del derecho continental, en donde dicho método sirvió para ensanchar dicha noción¹⁰.

Del mismo modo, el punto de partida del estudio no será el mismo en aquellos ordenamientos que no tienen consagrada una presunción de laboralidad, con relación a aquellos en que sí la tienen dispuesta a nivel normativo. En los primeros, primará la premisa que propone que la subordinación constituye un estado de hecho que debe ser probado por quien alega que determinada relación jurídica debe reputarse como una relación de trabajo¹¹. En cambio en los segundos, la presunción de laboralidad se aplicará, dependiendo de sus presupuestos normativos y con las consecuencias sustanciales y procesales dispuestas expresamente por cada ordenamiento jurídico.

Sin perjuicio de ello, en la presente investigación se partirá de ciertos enunciados dogmáticos en materia de determinación de la existencia de la relación de trabajo, que están legitimados por ser representativos de una teoría, y además, porque se destacan por su vocación de aplicación universal. Es por ello que, como encuadre jurídico adoptado, el punto de partida del análisis será determinado por los enunciados que se encuentran recogidos en la RIT N° 198 de la OIT.

En función de las cuestiones metodológicas esbozadas, primeramente, se propondrá una revisión crítica de la exclusiva centralidad

¹⁰ SUPIOT, A., *Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1992, pp. 54-56.

¹¹ CABANELLAS, G., *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Heliasta, Buenos Aires, 2001, p. 398.

del elemento de la subordinación en el proceso de determinación de la relación de trabajo, sobre la base de la confrontación de su concepción como elemento del contrato o como efecto del mismo. En consonancia con dicho postulado, se planteará un desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo.

Como corolario de este mecanismo de abordaje, la propuesta se verifica en la formulación de un procedimiento de análisis fáctico aplicable en cada caso en concreto, que se concentra en la comprobación de la auténtica autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios y una revalorización del elemento de la ajenidad, como elemento principal y especialmente trascendente para determinar la existencia de una relación de trabajo. A tales efectos, la ajenidad en los frutos o beneficios y en los riesgos, así como en la titularidad de los medios de producción, en la marca y el mercado y la integración del trabajador en la estructura organizativa de la empresa, constituirán piezas fundamentales.

Como criterio coadyuvante para dicha determinación, se incluirá la comprobación de otros elementos, como la prestación personal y voluntaria, con carácter oneroso, así como algunas manifestaciones de la subordinación, condicionadas especialmente por el proceso de calificación previo de la naturaleza de la actividad cumplida por las plataformas digitales, así como por modernas expresiones de los poderes de organización, dirección, control y disciplinario.

El trabajo de investigación también se vale de un examen exhaustivo de varios pronunciamientos judiciales y administrativos recaídos en diversos países en relación a los dos problemas de calificación aludidos, aportando una síntesis fáctica y jurídica de los mismos, y clasificando los fallos en función de haber considerado a las plataformas, por un lado, como intermediarias o prestadoras del servicio subyacente, y

por otro lado, haber considerado que el vínculo que une al prestador con dichas empresas es de carácter autónomo o laboral.

CAPÍTULO I: TECNOLOGÍA, PLATAFORMAS DIGITALES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

Sumario: I. La economía digital o disruptiva y la industria 4.0. II. La automatización, la robotización, los algoritmos y la inteligencia artificial. III. Las plataformas digitales. III.I. El fenómeno de las plataformas digitales. III.II. La economía colaborativa y la economía de plataformas digitales. III.III. Tipología de las plataformas digitales. IV. Los problemas fácticos del trabajo en la economía de plataformas digitales. IV.I. La expansión “formal” de las fronteras del trabajo autónomo. IV.II. La laxitud del tiempo de trabajo en la economía de plataformas digitales. IV.III. La afectación a la salud y seguridad del prestador del trabajo en la economía de plataformas digitales. IV.IV. Las dificultades de la acción colectiva de los prestadores del trabajo en la economía de plataformas digitales. IV.V. Los inconvenientes de protección social de los prestadores del trabajo en la economía de plataformas digitales. V. Los problemas de calificación jurídica generados en el trabajo prestado mediante plataformas digitales.

I. La economía digital o disruptiva y la industria 4.0

Los sistemas de producción, las estructuras empresariales y sus modalidades de organización, han ido evolucionando paulatinamente a lo largo de la historia. En ese marco se describen al menos dos grandes cambios del trabajo producidos desde fines del siglo XX; por un lado, el aumento de la clase obrera, al haberse duplicado entre 1980 y el 2000; y por otro lado, la constatación de una mayor precarización de la misma. Al mismo tiempo, el aumento de la mano de obra en el sistema capitalista ha posibilitado el crecimiento de la producción, y además, que su costo sea más barato. En ese contexto, tampoco puede dejarse de señalar un avance en la agenda de las reformas estructurales, circunscriptas a la reducción de los salarios directos e indirectos, facilitado por el aumento del desempleo

permanente o la amenaza latente del recurso a procesos de externalización¹².

Además, es posible comprobar que la empresa prototípica del siglo XX, es muy diferente a la del siglo XXI. Las causas de dichas transformaciones seguramente responden a varios factores que pueden ser analizados desde diferentes disciplinas, como la economía, las ciencias sociales, la política, el derecho, etc. De todos modos, es posible afirmar que estos factores confluyen entre sí, y entre ellos podemos señalar como un componente a destacar, a la necesidad de adaptación empresarial a las nuevas realidades y exigencias del mercado, provocadas por las diversas exigencias e intereses de los propios consumidores y de la sociedad en su conjunto, así como de los diferentes sistemas y estructuras económicas, decisiones políticas, etc. Tampoco puede objetarse que la globalización y la competencia constituyen dos elementos que impulsan dichas innovaciones.

En virtud de ello, es fácilmente evidenciable, por ejemplo, que la empresa y el mercado de trabajo se han visto alterados cuando se introdujo el maquinismo de la primera revolución industrial fruto de numerosas innovaciones técnicas aplicadas a los procesos productivos de bienes, que pasaron a ser fabricados en serie o en masa, y en cuyo decurso advinieron los sistemas taylorista y fordista; cuando se evolucionó del carbón a la electricidad; y más contemporáneamente cuando se introdujo la computadora, la robotización, el internet de las cosas y la inteligencia artificial.

Consecuentemente, en este proceso comienza a surgir la idea de la empresa flexible, que apuesta por un sistema de producción *just in time*, en

¹² LOUÇÃ, F., “El trabajo en el ojo del huracán: economía digital, externalización y futuro del empleo”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, Nº 27, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2016, pp. 75-76. Disponible en <https://www.ccoo.es/152806c7bbdfac28c2bde95f40e00c0d000001.pdf> [consultado el día 15 de junio de 2019].

donde el trabajo asalariado es una mercancía adicional, otro factor de producción, aún en contra del propio espíritu de Filadelfia¹³. De ese modo es que se constatan nuevas modalidades de organización empresarial, basadas en una producción adaptada a las necesidades y requerimientos de la sociedad y de los clientes, también conocida como una producción adaptada al pedido *-on-demand-*. Es por ello que surgen trabajadores *just in time*, es decir, que la fuerza laborativa es proveída para el momento preciso en que es necesaria la prestación de determinada actividad, y por ende, estructuras de remuneración basadas en la idea del “*pay as you go*”, lo que equivale a ser retribuido exclusivamente en los momentos en que se prestan efectivamente tareas para un cliente, generando una flexibilidad empresarial nunca antes vista¹⁴. Así, en este modelo de empresa flexible, ya no es necesario prolongar la jornada normal de trabajo y alargar las horas destinadas al trabajo más allá de lo habitual, tal como ocurría en el modelo taylorista-fordista, sino que ahora el empleador obtiene su ganancia adaptando el tiempo de trabajo a las demandas productivas, en virtud de utilizar al trabajador en periodos o dosis diferentes, en función de una distribución irregular de la jornada de trabajo¹⁵.

Lo mismo se verifica en relación al alcance de actividades cumplidas por las empresas, ya que dentro de estos cambios también se encuentra la sustitución de la empresa vertical, que se dedicaba por completo a la fabricación de sus productos en todas sus etapas y áreas, por la empresa

¹³ VIVERO, J., *El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos. (Incluye la STC 119/2014, de 16 de julio)*, Colección Laboral, N° 230, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Disponible en www.tirantonline.com, TOL4.705.049 [consultado el día 2 de enero de 2017].

¹⁴ DE STEFANO, V., “The rise of...”, p. 4.

¹⁵ TRILLO, F., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010, p. 159.

horizontal, que externaliza, terceriza, subcontrata o segmenta sus procesos productivos¹⁶.

Por su parte, los cambios en sí mismos considerados no representan el elemento novedoso de esta realidad, sino que, por el contrario, las mutaciones del mercado de trabajo son una característica propia e inherente al propio sistema de producción, así como del sistema económico capitalista. Sin embargo, la novedad está presente en el ritmo cada vez más acelerado y vertiginoso de esos cambios, y asimismo, en relación a los contenidos sustanciales de esas transformaciones y sus proyecciones sobre el hombre en general, el trabajo y los sujetos que prestan su fuerza laborativa.

También debe advertirse que dentro de este contexto de cambios, existe una mayor facilidad de acceso a las nuevas tecnologías, ya sea por sus costos más accesibles, así como por la rapidez de los cambios tecnológicos, la masividad de su incorporación, etc. Por ejemplo, se evidencia que el ciclo temporal que se inicia con un descubrimiento científico, pasando por su aplicación tecnológica, el posterior desarrollo productivo y la eventual transformación de industrias, es frecuentemente más acelerado, repercutiendo incluso en una mayor rapidez en la obsolescencia de algunos sectores productivos¹⁷.

Asimismo, la nueva economía digital se caracteriza por la preponderancia de las plataformas digitales, el trabajo en red y el desarrollado virtualmente, así como por una actividad económica centrada en la explotación de datos en forma masiva, siendo este último elemento uno de los más importantes y novedosos. En virtud de lo anterior, la

¹⁶ MANSUETI, H., “La organización sindical del siglo XXI”, *XVII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AIDTSS, San Pablo, 2007.

¹⁷ ISABELLA, F., “¿Qué hacer? Trabajo, tecnología y regulación social”, *Nueva Sociedad*, N° 279, Enero-Febrero, Nueva Sociedad, 2019, pp. 106-107. Disponible en <https://www.nuso.org/revista/279/el-futuro-del-trabajo-mitos-y-realidades/> [consultado el día 14 de junio de 2019].

economía digital ha sido considerada como una representación del declive del modelo taylorista-fordista, ya que varias de sus características y componentes, como las nuevas tecnologías y la industria inteligente o industria 4.0, introducen factores disruptivos de las etapas anteriores¹⁸.

Por ello es que se explica la emergencia de un nuevo paradigma tecno-económico, concebido como una nueva era de las tecnologías de la información y de las comunicaciones, identificado además como una verdadera revolución tecnológica, basada en la computadora, el software, la microelectrónica, internet y los teléfonos celulares¹⁹. Precisamente, estas innovaciones tecnológicas disruptivas constituyen los elementos típicos de esta nueva “revolución tecnológica”, cuya base está dirigida a la transformación de todos los procesos productivos, impulsando modificaciones en los sistemas de regulación, así como las capacidades requeridas para los trabajadores, formas de relacionamiento entre las personas y las propias ideas en relación al progreso²⁰.

En este contexto, la explotación masiva de datos -que es facilitada por las nuevas tecnologías- permite un incremento significativo de la producción, y es por ende, un elemento de disrupción o cambio innovador inherente a la economía digital. Además de dicha capacidad de aumentar la producción, la economía digital está caracterizada por la posibilidad de externalización de costos de producción mediante la actividad en red, así como los escasos costos marginales de la producción digital de bienes y servicios, y la baja inversión de capital físico²¹.

En función de ello, se ha definido a la economía disruptiva como “aquella acción de los agentes económicos -mayormente empresas- que

¹⁸ NAVARRO NIETO, F., *El debate sobre la laboralidad de la prestación de servicios en la economía digital*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LA LEY 5835/2018 [consultado el día 29 de diciembre de 2018].

¹⁹ LOUÇÃ, F., “El trabajo...”, p. 77.

²⁰ ISABELLA, F., “¿Qué hacer?...”.

²¹ NAVARRO NIETO, F., *El debate....*

provocan la ruptura, alteración o interrupción brusca del mercado o de un segmento del mismo”. Precisamente, la acción económica disruptiva modifica en forma significativa y repentina el *status quo* del mercado²².

En el marco de esta economía digital disruptiva o industria 4.0, pueden destacarse varios aspectos tecnológicos novedosos que representan una auténtica transformación en el mercado de trabajo, aunque claro está que con una influencia de diferente alcance en extensión y profundidad. Así, pueden enunciarse los casos de la automatización y robotización, la introducción de algoritmos, la inteligencia artificial y las plataformas digitales.

II. La automatización, la robotización, los algoritmos y la inteligencia artificial

Uno de los aspectos que ha influido en las formas de ejecución del trabajo y su organización, y por ende, que tiene el potencial de seguir transformando el mercado laboral, lo constituye el desarrollo de procesos automatizados o automáticos mediante instrumentos tecnológicos. Sin embargo, este es quizás el aspecto menos novedoso de las transformaciones actuales del mercado de trabajo, en tanto que la automatización es conocida e implementada desde tiempos inmemoriales, siendo un ejemplo de ello, la propia primera revolución industrial. De todos modos, la automatización tiene la característica novedosa de poder ser implantada hoy en día mediante máquinas o robots, a los efectos de cumplir con las actividades para las que son programados, usualmente mediante la aplicación de un software o la creación de algoritmos que los guíen para llevar a cabo dicha actividad. Además, el hecho de que la

²² FERNÁNDEZ, H., “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno ‘Uber’: la llamada ‘economía disruptiva’”, *rev. Derecho Laboral*, N°. 261, FCU, Montevideo, 2016, p. 37.

automatización no sea novedosa, significa que con el transcurso del tiempo y las constantes mejoras tecnológicas, estos procesos han sido mejorados sustancialmente, al punto de perfeccionarse y permitir una mayor eficacia de los mismos, con un incremento de la productividad, y menor dependencia de la intervención humana a la hora de su implantación.

Estas innovaciones tecnológicas aplicadas al ámbito del trabajo han ido evolucionando, desde la simple sustitución de los carruajes por los automóviles, o la introducción de la línea de producción que traslada el objeto en una cinta para que pueda ser completado en cada etapa por diferentes trabajadores, hasta lo que hoy en día conocemos como sofisticados procesos robotizados, que mediante algoritmos y un software diseñado a la medida, pueden ejecutar en forma automática e independiente diferentes tareas, incluyendo las propiamente cognitivas o que se relacionan con la inteligencia humana, lo que ha sido denominado y es conocido como el fenómeno de la inteligencia artificial. Este fenómeno es entendido como la capacidad de las máquinas para hacer predicciones utilizando grandes cantidades de datos para realizar acciones en entornos complejos y no estructurados²³. Por ello es que se afirma que “[l]a tecnología ya no es más una maquinaria que solo automatiza tareas físicas; está empezando a automatizar tareas mentales”²⁴.

Asimismo, en la actualidad los estudios suelen centrarse en el análisis de las eventuales consecuencias que la automatización apareja en el trabajo, en el empleo y en la cualificación de los trabajadores. En efecto, si parte del proceso productivo de una empresa pasa a ser realizado

²³ AGRAWAL, A., GANSA, J. y GOLDFARB, A., 2018. *Prediction machines: The simple economics of artificial intelligence*, Harvard Business Review Press, Boston, 2018. Disponible en <http://pombo.free.fr/agrawal2018.pdf> [consultado el día 22 de junio de 2019].

²⁴ BRIA, F., “Ingreso básico y precariedad laboral en la economía de los robots”, *Nueva Sociedad*, N° 279, Enero-Febrero, Nueva Sociedad, 2019, p. 115. Disponible en https://nuso.org/media/articles/downloads/7.TC_Bria_279.pdf [consultado el día 21 de junio de 2019].

mediante sistemas tecnológicos automáticos, se generan interrogantes en cuanto a la posible afectación, sobre el nivel de empleo y la eventual sustitución del trabajo humano, y en particular, sobre el alcance y profundidad que podría representar dicha afectación.

En este sentido, no han faltado voces que vaticinan el fin del trabajo, o al menos que cuestionan si la tecnología tiene la virtualidad y potencialidad de acabar con el trabajo, o si desaparecerán trabajos a causa de la misma. Es por ello que se introducen los conceptos del “efecto sustitución” y el “efecto complementariedad”; para referirse respectivamente a la posibilidad de reemplazo de puestos de trabajo, y a la posibilidad de que la automatización complemente al trabajador, en búsqueda de un aumento de la productividad y la remuneración²⁵.

En virtud de ello, la respuesta a si la automatización acabará con el trabajo, o cuánto trabajo desaparecerá con la tecnología, no es fácil de dilucidar, y son variados los puntos de vista con que se enfoca este análisis.

Por un lado, se recuerda que en la época de la primer industrialización, sin perjuicio de que desaparecieron los artesanos, surgió la necesidad de nuevos trabajadores capacitados e idóneos, que se sumaron a quienes se dedicaban a operar en las máquinas, a los efectos de cumplir funciones más sofisticadas, muchas de las cuales eran ajenas a la línea de producción, generándose por ende un incremento del empleo cualificado²⁶. Coincidiendo con esta perspectiva, se ha señalado que “la automatización informática no implica necesariamente desempleo

²⁵ CANALS, C., “Automatización: el miedo del trabajador”, *Las nuevas tecnologías y el mercado de trabajo*, CaixaBank Research, 2016, pp. 32-33. Disponible en <http://www.caixabankresearch.com/automatizacion-el-miedo-del-trabajador-d1> [consultado el día 15 de junio de 2019].

²⁶ KATZ, L. y MARGO, R., *Technical Change and the Relative Demand for Skilled Labor: The United States in Historical Perspective*, 2013. Disponible en http://www.bu.edu/econ/files/2012/11/Katz_Margo_NBER_WP_Version.pdf [consultado el día 19 de junio de 2019].

inminente e ingente; las nuevas tecnologías también pueden aumentar la demanda de trabajadores con nuevas habilidades”²⁷.

Por otro lado, en un estudio centrado en el crecimiento del trabajo de escasa cualificación en Estados Unidos entre los años 1980 y 2005, se ha concluido que las modificaciones tecnológicas que favorecen las cualificaciones, tienen relación con el aumento de la desigualdad salarial y la degradación del empleo, aunque la excepción lo constituyen los trabajadores de la actividad de los servicios. Tal extremo es extraído del hecho de que la computarización y maquinización han sustituido a trabajadores que cumplían funciones rutinarias, en un contexto de reducción del precio de las tecnologías que favoreció dicho proceso. Por ello es que siendo la actividad de servicios más dificultosa para automatizar, los trabajadores se han desplazado hacia dicha actividad, encontrando allí un mayor nivel de empleo²⁸.

En un extremo más pesimista se verifican vaticinios sobre la susceptibilidad del trabajo ante la automatización o computarización, concluyéndose que un 47% de los empleos de Estados Unidos está en peligro de extinción dentro de los 10 o 20 años siguientes al estudio realizado. Los empleos que están en mayor riesgo son aquellos que presentan una mayor intensidad de actividad rutinaria, a diferencia de los que exigen mayor creatividad o inteligencia social, en cuyo caso la maquinización tiene un obstáculo mayor para su ingreso y sustitución²⁹.

²⁷ BESSEN, J., “Trabajo y tecnología”, *Finanzas & Desarrollo*, Vol. 52, N° 1, Fondo Monetario Internacional, Estados Unidos, 2015, p. 17. Disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2015/03/pdf/bessen.pdf> [consultado el día 15 de junio de 2019].

²⁸ AUTOR, D. y DORN, D., “The growth of low-skill service jobs and the polarization of the U.S. labor market”, *American Economic Review*, 103, 2013, pp. 1553-1597. Disponible en <https://www.ddorn.net/papers/Autor-Dorn-LowSkillServices-Polarization.pdf> [consultado el día 19 de junio de 2019].

²⁹ FREY, C. y OSBORNE, M., “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?”, *Oxford Martin Programme on the Impacts of Future Technology*, 2013. Disponible en https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf [consultado el día 19 de junio de 2019].

En función de lo anterior, si se conjugan estos dos últimos estudios es posible deducir que “es precisamente en el sector servicios donde más ha aumentado el empleo para trabajadores poco cualificados, los cuales se ven ahora amenazados por la computarización”³⁰.

Más recientemente, en relación al potencial de automatización de puestos de trabajo sobre la base de tecnología comprobada, se indicó que sólo el 5% de las ocupaciones consisten en actividades que son 100% automatizables, y asimismo, que aproximadamente un 60% de las ocupaciones tienen por lo menos un 30% de actividades automatizables³¹. En un análisis efectuado sobre la base de estudio de 17 principales economías, se había proyectado una destrucción de empleos en el período 2015-2020 en comparación a la creación de nuevos empleos, en una proporción de 7 millones contra 2 millones³². En síntesis, varios estudios detectan “un efecto de desplazamiento masivo que implica más destrucción de trabajos que creación de nuevos puestos”³³, y por ello, se sostiene que “el ritmo al que la destrucción se acompañará por creación de trabajo dependerá de la velocidad del cambio y la capacidad que desarrollen las economías para recalificar y recolocar a los trabajadores de actividades declinantes a otras emergentes”³⁴.

También es posible identificar la existencia de una nueva tendencia a que los algoritmos absorban muchas funciones organizacionales que los

³⁰ LOUÇÃ, F., “El trabajo...”, p. 92.

³¹ CADENA, A., LUND, S., BUGHIN, J. y MANYIKA, J., “El salto de productividad”, *Robotlución. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina*, N° 42, Año 21, Agosto, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID-INTAL), 2017, p. 113. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Revista-Integración--Comercio-Año-21-No-42-Agosto-2017-Robot-lución-el-futuro-del-trabajo-en-la-integración-40-de-América-Latina.pdf> [consultado el día 22 de junio de 2019].

³² WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report*, 2016, p. 13. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf [consultado el día 21 de junio de 2019].

³³ BRIA, F., “Ingreso básico...”, p. 117.

³⁴ PAGÉS, C. y RIPANI, L., “El empleo en la Cuarta Revolución Industrial”, *Robotlución...*, p. 273.

gerentes tradicionalmente realizan. En ese sentido, el código de computadora puede realizar una variedad de tareas de supervisión, desde lo mundano hasta lo sofisticado: asignar tareas a los trabajadores, acelerar los procesos de trabajo, determinar el tiempo y la duración de los descansos, monitorear la calidad, clasificar a los empleados, etc. Asimismo, a través del mismo se pueden tomar decisiones cruciales en el lugar y sobre los empleados individualizados, en relación a lo que deben hacer en tiempo real. De ese modo, las prácticas laborales que solían ejecutarse a través de la burocracia -y otros regímenes de control organizacional- se comienzan a integrar a los programas informáticos. Por su parte, los trabajadores son dirigidos por mandatos programados en los algoritmos, que reemplazan los esquemas externos tradicionales llevados a cabo por los gerentes³⁵.

Además, la utilización de nuevas tecnologías en los procesos relacionados con el trabajo puede generar efectos perjudiciales, tales como una vigilancia excesiva e invasión a la privacidad de los trabajadores, e incluso, en el caso de los algoritmos, efectos discriminatorios no deseados, difíciles de detectar y evitar. Por ello, algunos autores han propuesto la necesidad de recurrir a una “negociación de los algoritmos”, sentando como base el diálogo social, con el fin de perseguir un abordaje del mundo del trabajo con “el hombre al mando”, asegurando que cada decisión empresarial que potencialmente afecte a los trabajadores sea validada por los humanos³⁶.

³⁵ CHERRY, M., “Beyond misclassification: the digital transformation of work”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, N° 2016-2, 2016, p. 21. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2772652_code375811.pdf?abstractid=2734288&mirid=1 [consultado el día 25 de julio de 2019].

³⁶ DE STEFANO, V., “Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 41, N° 1, 2019, p. 5. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3403837_code1192939.pdf?abstractid=3403837&mirid=1&type=2 [consultado el día 20 de junio de 2019].

En ese sentido, la utilización de las NTIC y particularmente el mundo del *big data*, han sido asociados a permitir un acceso masivo a la información y los datos, conduciendo a que “muchas decisiones se tomen sobre bases ‘poco humanas’ y basadas en el precedente (datos repetido) y en la potencialidad o posibilidad de que algo se produzca”. Por ello es que la presencia de nuevas formas de trabajo -asociadas a las nuevas tecnologías-, pueden generar nuevas maneras de vulneración de derechos fundamentales, especialmente relacionadas con conductas discriminatorias que pueden incorporarse en dichos instrumentos mediante el desarrollo de un programador³⁷.

III. Las plataformas digitales

III.I. El fenómeno de las plataformas digitales

Otra transformación novedosa producida por la tecnología, ha sido la de los teléfonos celulares inteligentes, el desarrollo de aplicaciones móviles y plataformas digitales. Las plataformas digitales se identifican con el desarrollo de una aplicación digital -software-, mediante el cual es posible que las personas interactúen, y particularmente, puedan participar ofreciendo y adquiriendo determinados bienes y/o servicios.

Según ha explicado la OIT, una plataforma es un negocio que conecta a productores y consumidores externos y permite interacciones de creación de valor entre ellos. En concreto, la plataforma proporciona una infraestructura participativa para estas interacciones y establece condiciones de gobernanza para ellas. Las partes se encuentran en el

³⁷ VEGA, M., “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *IUSLabor*, 2/2019, Universitat Pompeu Fabra, 2019, pp. 160-162. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/10.+Vega.pdf/5f8a7b2d-815c-e69d-f123-c2e1ade5466d> [consultado el día 28 de julio de 2019].

núcleo del ecosistema de la plataforma, y usan la plataforma para participar en interacciones de creación de valor³⁸.

Desde el punto de vista tecnológico, las plataformas digitales “son sistemas electrónicos de información alojada en un servidor y a la que puede accederse desde dispositivos computarizados de diversa índole, como ordenadores, tablets o smartphones, entre otros”³⁹.

En definitiva, estas han sido definidas como “el punto de intercambio virtual a través del cual contactan oferta y demanda de servicios”⁴⁰, o como “redes o plataformas informáticas que sirven para intermediar y coordinar la transacción de bienes o servicios en el mercado a través de algoritmos informáticos”⁴¹.

El novedoso modelo de negocio basado en las plataformas virtuales presupone el desarrollo de una herramienta informática -plataforma digital- a partir de la cual el usuario o cliente se vincula y conecta, y en definitiva se perfecciona un negocio⁴². De ese modo, la importancia particular de estas clases de tecnologías se circunscribe a su intervención en la mediación de nuevos tipos de intercambios⁴³.

En el caso específico de las plataformas que comprometen trabajo -plataformas de trabajo-, estas conectan a los trabajadores con los consumidores de trabajo. Las plataformas digitales también proporcionan

³⁸ OIT, *The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being*, Ginebra, 2018, p. 1.

³⁹ TODOLÍ, A., SÁNCHEZ, J. y KRUITHOF, A., *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, Cátedra de Economía Colaborativa y Transformación Digital de la Universidad de Valencia, 2019, p. 8.

⁴⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Creatividad y Sociedad*, N° 26, 2016, p. 40. Disponible en <http://creatividadysociedad.com/> [consultado el día 3 de diciembre de 2019].

⁴¹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, 2018, p. 45.

⁴² CEDROLA, G., “El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 31, Universidad de Montevideo, 2017, p. 116.

⁴³ SUNDARARAJAN, A., “Capitalismo colaborativo”, *Robotlución...*, p. 60.

la infraestructura y las condiciones de gobernanza para el intercambio de trabajo, y facilitan la compensación correspondiente⁴⁴.

En concreto, las aplicaciones y plataformas digitales, influyen decisivamente en el mercado de trabajo, desde el momento en que constituyen el soporte tecnológico utilizado a los efectos de permitir intercambiar bienes o servicios. De todos modos, cabe aclarar que la actividad en si misma considerada, es decir, el intercambio de esos bienes o servicios, no representa el elemento novedoso aludido. Por el contrario, lo que sí es novedoso es el auge de estos instrumentos tecnológicos de las aplicaciones y las plataformas digitales, que permiten crecer y potenciar dicha actividad de intercambio⁴⁵.

En ese contexto, ALOISI ha destacado que las plataformas y aplicaciones virtuales para dispositivos inalámbricos -teléfonos inteligentes, tabletas, etc.- desempeñan el papel de “infraestructura invisible”, o más bien como una “sala de reunión central”, conectando la oferta y la demanda de servicios y facilitando la interacción entre individuos y empresas⁴⁶.

Consecuentemente, es posible señalar varias características fundamentales del trabajo desarrollado en este ámbito de la red.

En primer término, que la prestación de trabajo es despersonalizada, en tanto que puede cumplirse por cualquier sujeto en virtud de una potencial concurrencia de trabajadores que ofrecerán su actividad. En segundo lugar, que el trabajo cumplido mediante las aplicaciones tecnológicas permitirá que la producción se nivele con la

⁴⁴ OIT, *The architecture of...*, p. 1.

⁴⁵ SUNDARARAJAN, A., “Capitalismo colaborativo”, *Robotlución...*, p. 61.

⁴⁶ ALOISI, A., “Commoditized workers: case study research on Labour Law issues arising from a set of ‘on-demand/gig economy’ platforms”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, N° 3, 2016, p. 655. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2792331_code2428967.pdf?abstractid=2637485&mirid=1 [consultado el día 25 de julio de 2019].

demanda de determinado bien o servicio⁴⁷. En tercer término, que la plataforma se trata de un ente cerrado y determinado, ya que es necesario formar parte de las mismas a los efectos de usufructuar los servicios ofrecidos. En cuarto lugar, se puede destacar el carácter instrumental de la aplicación digital, en tanto elemento cuya finalidad consiste en mediar entre los usuarios. En quinto lugar, se infiere que las mismas poseen un valor intrínseco mayor a la sumatoria de sus partes componentes, ya que optimizan las relaciones entre quienes ofrecen trabajo y quienes lo buscan. En sexto término, existe la idea al menos formal de que las mismas están organizadas para dotar de flexibilidad a quienes ofertan sus bienes o servicios. En séptimo lugar, a través de las mismas se instrumenta un método de pago intrínseco e inmediato, del que recibe el bien o servicio y del prestador del mismo. En octavo término, es un dato característico del fenómeno que las personas que se conectan lo hagan por intermedio de las NTIC. Por último, al régimen de intercambio se le incorpora un sistema de reputación, mediante el cual se permite practicar una evaluación del bien o servicio entregado, y del sujeto que presta el mismo⁴⁸.

A su vez, una ventaja de las plataformas digitales es la reducción de los costos de transacciones, en virtud del mejor provecho de las comunicaciones electrónicas, siendo que en definitiva estas aplicaciones son instrumentos que facilitan la prestación de los servicios a las empresas y los consumidores finales⁴⁹.

⁴⁷ TRILLO, F., “Relaciones de trabajo en la economía digitalizada”. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf [consultado el día 10 de julio de 2019].

⁴⁸ TODOLÍ, A., SÁNCHEZ, J. y KRUIHOF, A., *El treball en...*, pp. 44-48.

⁴⁹ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L. (1)”, *La Ley Unión Europea*, N° 57, Wolters Kluwer, 2018. Disponible en <https://laleydigital.laley.es/>. LA LEY 2492/2018 [consultado el día 13 de abril de 2019].

En relación con lo anterior, esta forma de estructurar el negocio suele derivar en una reducción de los costos del propio producto o servicio final ofrecido, como respuesta ante el requerimiento de los consumidores de unos precios más accesibles. Este beneficio concebido como tal desde el punto de vista del usuario, en cambio puede ser identificado fundamentalmente como una consecuencia de estas formas de organización del negocio, ya que si bien en muchas ocasiones los precios reducidos pueden derivar de una rebaja en los beneficios empresariales, en otras tantas, se cimientan en “una política empresarial de reducción de costes que puede llevar a rebajar condiciones de trabajo o reestructurar la propia empresa” o propiamente en un recorte salarial. Por ello es que algunos autores proponen que “sería bueno que cada vez que nos encontremos con un producto o servicio especialmente barato pensemos en lo poco que tiene que haber ganado el trabajador para que ese producto o servicio cueste tan poco”⁵⁰.

En función de ello, el fenómeno de las plataformas digitales, lejos de ser uno de carácter novedoso, se presenta en cambio como una expresión más de las tendencias hacia la des-estandarización del Derecho Laboral, precarización y externalización, que es potenciada por la novedosa administración por medio de plataformas gobernadas por algoritmos⁵¹. En forma coincidente, VALLAS y SCHOR señalan que las plataformas representan una manifestación de una tendencia mucho más amplia que ha permitido a las empresas externalizar los riesgos que

⁵⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía del trabajo en la *Platform Economy*”, p. 4. Disponible en https://www.aadytss.org.ar/docs/ANATOMIA_DEL_TRABAJO_EN_LA_PLATFORM_ECONOMY_MLRF.pdf [consultado el día 19 de abril de 2019].

⁵¹ GOLDIN, A., “Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina”, *Documentos de Proyectos* (LC/TS.2020/44), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2020, p. 15. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45614-trabajadores-plataforma-su-regulacion-la-argentina> [consultado el día 12 de junio de 2020].

anteriormente se habían visto obligados a asumir. El efecto inicialmente evidente en el trabajo temporal y la subcontratación, es mercantilizar el tiempo de trabajo y desconectar al trabajador de los sistemas anteriores de protección social. Entonces, lo que proporcionan las plataformas es una infraestructura conveniente y fácilmente disponible con la cual limitar la obligación de la empresa a la fuerza laboral en la que reposa. Desde este punto de vista, las plataformas brindan a las organizaciones empresariales otra forma de lograr la acumulación a través del despojo, es decir, el uso de mecanismos legales y financieros con los cuales desarraigar los derechos económicos que los trabajadores disfrutaban anteriormente⁵².

Por otro lado, también es posible identificar como un beneficio de estas plataformas, la facilitación para el acceso al trabajo de determinados grupos de personas que habitualmente se encontraban excluidos, como pueden llegar a ser las personas con discapacidades o enfermas, quienes residen en lugares alejados de los centros económicos importantes, o de las ciudades, o incluso, aquellas personas que tienen responsabilidades familiares de cuidados, usualmente identificadas con las mujeres, ya que siguen siendo hasta el día de hoy quienes con mayor frecuencia asumen dichas tareas y roles⁵³.

En línea con lo anterior, la OIT entiende que “la distribución geográfica de los trabajadores en las plataformas digitales puede ser valiosa en sí misma”, ya que dicha distribución de trabajadores, que puede estar incluso reflejada en diferentes husos horarios, posibilita que las plataformas digitales sean capaces de realizar una oferta de personas a requerimiento y la conclusión de tareas en cualquier momento u horario. Adicionalmente, la dispersión geográfica de dichos trabajadores permite

⁵² VALLAS, S. y SCHOR, J., “What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy”, *Annual Review of Sociology*, 46:1, 2020, p. 8. Disponible en <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-soc-121919-054857>. [consultado el día 2 de mayo de 2020].

⁵³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 6.

que se encuentren en buena posición a los efectos de trasladar información en relación a las condiciones locales⁵⁴.

Es por este motivo que se ha acuñado el término de “prosumers” o “prosumidores”, en tanto que el cliente además de su condición de tal, paradójicamente es también un productor, en virtud de los datos que le suministra a las plataformas digitales, que son utilizados para ser analizados y vendidos a otras empresas. En definitiva, el usuario es un productor de datos y al mismo tiempo un consumidor de los servicios o bienes ofrecidos por las plataformas⁵⁵.

Por otro lado, además de facilitar el acceso a determinados grupos de personas, también es relevante el hecho de que para trabajar mediante plataformas digitales, no se requiere mucho más que un teléfono inteligente o una computadora personal, con acceso a internet⁵⁶. Por ende, estos exiguos requisitos son un reflejo de la gran y fácil accesibilidad para desarrollar el trabajo mediante plataformas digitales, lo que ha llevado a calificar al trabajo desarrollado mediante plataformas como un mercado con barreras de entrada muy bajas⁵⁷.

III.II. La economía colaborativa y la economía de plataformas digitales

Las nuevas formas de relacionamiento empresarial y de organización han sido uno de los principales factores de cambio del paradigma clásico sobre el que asentó sus bases el propio Derecho del Trabajo. De ese modo, se

⁵⁴ OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 6.

⁵⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 4.

⁵⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 6.

⁵⁷ EUROFOUND, *Trabajo en plataformas: ¿Maximización del potencial al tiempo que se salvaguardan los estándares?*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019, p. 8. Disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19045es.pdf [consultado el día 25 de septiembre de 2019].

ha detectado en los hechos una atomización en la estructura empresarial, producto de varias causas -económicas, tecnológicas, sociales, culturales, etc.-, que ha despertado la necesidad de que el Derecho del Trabajo atienda a dichas situaciones para que no se configure una huida de la protección necesaria que ofrece esta disciplina y que constituye su razón de ser. Así, se verifican en los hechos procesos de externalización de operaciones y de mano de obra⁵⁸, a los efectos de atomizar la empresa en torno a su proceso productivo y las actividades que cumple, o en torno al proceso de contratación y gestión de la fuerza de trabajo.

Por ello, los diferentes sistemas jurídicos nacionales han dispensado -en la generalidad de los casos-, o bien una prohibición lisa y llana al recurso de estas modalidades de tercerización, o bien, incorporando un sistema protector en favor de los trabajadores que se encuentran afectados por estos procesos descentralizadores, en el entendido de que la empresa principal o usuaria debe responder patrimonialmente por las obligaciones laborales de los trabajadores de la empresa tercerizada, en tanto que es quien se beneficia directamente y en última instancia del fruto de su trabajo.

Más actualmente, es posible detectar que la empresa profundiza aún más ese proceso de atomización, y reduce en su máxima expresión la cantidad de actividades ejecutadas directamente y que conforman su ciclo productivo, e incluso se limita a la contratación de personal en forma muy reducida. Por este motivo, el recurso a la figura de la subcontratación -contratando a otra empresa para que ejecute una parte de su ciclo productivo-, es acompañado y en algunos casos reemplazado por la contratación directa de personas -no empresarios-, denominados en muchas ocasiones como “colaboradores” o “socios”, para que ejecuten

⁵⁸ ROSENBAUM, J. y CASTELLO, A., *Subcontratación e intermediación laboral*, Tercera Edición, FCU, Montevideo, 2012.

dichos servicios. En definitiva, es posible afirmar que el trabajo desarrollado mediante plataformas digitales “colabora en la tendencia hacia la fragmentación del lugar de trabajo que ya impulsó la globalización a través del *outsourcing*”⁵⁹.

Es así que el trabajo mediante plataformas se introduce como expresión última del proceso de descentralización productiva, aunque “esta vez no se afecta solamente a la forma en que las empresas se organizan y se coordinan, sino que también repercute directamente en cómo se organiza el trabajo, esto es, cómo se presta el servicio por parte del trabajador y cómo se relaciona la empresa cliente final con la persona que presta el servicio”⁶⁰. En un sentido coincidente con este diagnóstico, se ha calificado a esta realidad como una “nueva dimensión de la descentralización”⁶¹.

En función de ello, se constata en forma cada vez más creciente la introducción de tecnologías en el ámbito de la empresa, e incluso, se recurre a la implementación de nuevas formas de trabajo mediante el desarrollo de plataformas digitales, a las que se las han vinculado con una explicación económica del mercado propiamente colaborativa entre personas, denominada economía colaborativa, economía de plataformas, “*on demand economy*” o “*Uber economy*”.

A pesar de que los términos de economía colaborativa y economía de plataformas se suelen tomar como sinónimos, en realidad estos tienen

⁵⁹ MALO, M., “Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales”, *Papeles de Economía Española*, N° 156, Fundación de las Cajas de Ahorros, 2018, p. 152.

⁶⁰ TODOLÍ, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, N° 41, 2019, p. 20. Disponible en https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/20880/19211 [consultado el día 3 de enero de 2020].

⁶¹ GAUTHIER, G., “Una relectura de la subordinación: la incipiente jurisprudencia sobre la naturaleza del vínculo entre UBER y los conductores”, en TODOLÍ, A. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, p. 276.

algunas diferencias entre sí, y por ende es necesario distinguirlos en función de sus características principales.

En efecto, por un lado, el concepto de **economía colaborativa** se circunscribe a aquella actividad que consiste en intercambiar o compartir bienes -tangibles o intangibles (gastos, tiempo, espacios, hobbies, etc.)-, mediante la utilización de las nuevas tecnologías y la digitalización, siendo necesario para ser considerada como tal, que la actividad no esté basada en un ánimo de lucro, o al menos, que se encuentre inspirada en principios de la economía social. En definitiva, en la ejecución de esta actividad se desprende un dato fundamental, en tanto que los proveedores actúan como personas privadas y no profesionales⁶².

Como ejemplos concretos, es posible citar la actividad de compartir el automóvil, mediante la distribución de los costos generados en el marco de un traslado o viaje que el conductor realiza por motivos personales; otro tanto ocurre en el caso de los alojamientos compartidos⁶³.

En función de ello, su vinculación con las plataformas digitales ha generado la confusión terminológica y conceptual aludida, pretendiéndose asumir una conceptualización unitaria, al considerarse que toda plataforma digital encuadra dentro de la economía colaborativa⁶⁴. En esa línea, la Comisión Europea ha definido a la economía colaborativa como “modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante

⁶² SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas...”; VALLECILLO GÁMEZ, M., “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, *Conferencia nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Volumen II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 463. Disponible en <https://www.ilo.org/> [consultado el día 19 de abril de 2019].

⁶³ La socióloga estadounidense SCHOR, al estudiar las iniciativas dentro del consumo conectado, identifica 4 tipos diferenciados: la recirculación de bienes (Ebay o Craig’s List), el intercambio de bienes (Blablacar y Uber), la optimización del uso de activos (Zipcar) y la construcción de conexiones sociales (Prosper) (SCHOR, J., “El lado oscuro de la economía colaborativa”, *ABC Economía*. Entrevista del día 1 de enero de 2018. Disponible en https://www.abc.es/economia/abci-lado-oscuro-economia-colaborativa-201712302055_noticia.html [consultado el día 23 de enero de 2020]).

⁶⁴ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas...”.

plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”⁶⁵.

Sin embargo, cabe subrayar que “así como no todo mercado para el uso temporal de bienes y servicios puede ser considerado en sentido estricto como Economía Colaborativa, no toda plataforma que interviene en dicho mercado merece el calificativo de «colaborativa»”. En ese sentido, es esencial rectificar estas cuestiones conceptuales, en el entendido de que “no toda plataforma digital responde a un sistema de transacciones persona a persona (P2P, *peer-to-peer*), en el que son los particulares no profesionales los que a través de la plataforma interactúan y cambian o realizan las prestaciones o servicios de manera ocasional”⁶⁶.

En otro orden, a pesar de su heterogeneidad, los prototipos de negocio que conforman la economía colaborativa se pueden clasificar en función de dos criterios diferentes, dependiendo del rol que dentro del modelo desempeña la plataforma, y en función de la naturaleza de las operaciones celebradas entre los prestadores de servicios y los consumidores. De ese modo, cabe diferenciar los casos en que la plataforma interviene como un servicio de la sociedad de la información, ejerciendo una actividad de intermediación digital entre quienes ofrecen el servicio y los que lo demandan, y aquellos casos en que la plataforma desarrolla el servicio subyacente. Por otro lado, en cuanto a las operaciones concretadas, estas pueden limitarse a su ejecución entre particulares, o por el contrario, puede participar un empresario o profesional. Sin perjuicio de dichas singularidades, se ha afirmado que “los modelos de negocio de la economía colaborativa en sentido propio o

⁶⁵ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”, *Agenda Europea para la Economía Colaborativa*, 2016. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/> [consultado el día 19 de abril de 2019].

⁶⁶ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas...”.

estricto son... aquellos en los que las plataformas se limitan a prestar un servicio de la sociedad de la información -y, en su caso, algún otro servicio accesorio como el cobro o el seguro-, y las operaciones respecto de las cuales actúan como intermediarias digitales son celebradas entre particulares y con la finalidad última de compartir gastos, esto es, sin que ninguno de los que interviene en ellas actúe empresarial o profesionalmente”⁶⁷.

Fuertes críticas ha recibido el discurso -que es calificado como política o ideológicamente intencionado- que pretende anunciar un futuro en el que servicios y aplicaciones de esa economía reemplazarán las estructuras existentes manteniendo estables empleo y consumo⁶⁸. En el documental lanzado en 2018 por Jeremy Rifkin (*La tercera Revolución Industrial*), se sublima el acto de compartir lo que poseemos, como la solución a la sobreexplotación de los recursos naturales y el aumento de la desigualdad entre individuos y países. Pero no es posible ocultar que “la economía colaborativa está poniendo en peligro decenas de industrias y profesiones y las culturas materiales asociadas a ellas”, al tiempo que “garantizar el acceso a bienes y servicios no significa asegurar ingresos apropiados para todos”⁶⁹.

Así es que RODRÍGUEZ-PIÑERO destaca que si se analizan muchas de las manifestaciones a las que hoy en día se las califica como

⁶⁷ MIRANDA, L., “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, N° 70, Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017, p. 206.

⁶⁸ SCHOLZ, T., *Cooperativismo de plataforma. Desafiando la economía colaborativa corporativa*, Dimmons, Investigación acción en producción procomún. Internet Interdisciplinary Institute (IN3), Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Barcelona, 2016. Disponible en http://dimmons.net/wp-content/uploads/2016/05/maq_Trebor-Scholz_COOP_PreF_DP.pdf [consultado el día 23 de enero de 2020].

⁶⁹ PRON, P., “Una economía ni tan participativa, ni tan revolucionaria”, *El País de Madrid*. Publicación del día 28 de febrero de 2018. Disponible en https://elpais.com/economia/2018/02/28/actualidad/1519818456_045418.html [consultado el día 23 de enero de 2020].

economías colaborativas, se detecta que en la mayor parte de ellas no existe una auténtica colaboración, sino un intercambio económico de servicios por su retribución⁷⁰.

En forma coincidente, GINÈS y GÁLVEZ indican que “[l]as todavía existentes manifestaciones de la verdadera *sharing economy*, divorciadas muchas del concepto de la aldea global, han sido superadas por verdaderos modelos de negocio que, manifestaciones de capitalismo puro, han transformando el modelo de relaciones laborales”⁷¹.

Efectivamente, autores como FREEDLAND y PRASSL señalan que existe poco acerca de los modelos de negocios en el núcleo del fenómeno que justifiquen una noción altruista como compartir o ayudar; la economía a pedido o a demanda está claramente impulsada por incentivos económicos⁷². En similar sentido, ejemplificando en casos prácticos concretos de empresas que operan en Uruguay, se ha indicado que algunos de los modelos de negocios más conocidos que se desarrollan mediante plataformas digitales -como Uber, Cabify, PedidosYa, Glovo, Uber Eats o Rappi-, no pueden catalogarse como emprendimientos propios de la economía colaborativa⁷³.

La utilización del término de “economía colaborativa” también ha sido criticado cuando se ofrecen servicios mediante las plataformas, en

⁷⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El trabajo 3.0...”, pp. 38-39.

⁷¹ GINÈS, A. y GÁLVEZ, S., “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret*, N° 1, Barcelona, 2016, p. 5. Disponible en http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf [consultado del día 14 de junio de 2019].

⁷² FREEDLAND, M. y PRASSL, J., “Employees, workers and the ‘sharing economy’ Changing practices and changing concepts in The United Kingdom”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, V. 6, N° 1-2, Labor Law, Economics Changes and New Society Research Group - Carlos III University of Madrid, 2017, p. 17. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/SLLERJ/article/view/3922> [consultado el día 20 de mayo de 2019].

⁷³ SANDE, B., “Plataformas y relación de trabajo. Análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo uruguayo”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2019, p. 44.

tanto que no existiría ningún bien infrautilizado ofrecido en el mercado, sino que, por el contrario, lo que se pone a disposición es el tiempo de esa persona, al igual que lo que ocurre con cualquier trabajador o profesional⁷⁴.

Por otro lado, en cuanto a la noción de **economía de plataformas**, la misma ha experimentado una notoria evolución, siendo que primariamente se la identificaba con la actividad de facilitar el intercambio de bienes o servicios entre particulares, mediante el uso de una plataforma digital -en cumplimiento de una actividad que estrictamente se circunscribe a intermediar entre la oferta y la demanda-; para luego ingresar en su concepto aquellas actividades mediante las que se “prestan un servicio específico a un mercado concreto, esto es, un ‘servicio subyacente’”, interviniendo en forma activa “en la definición de las condiciones de uso de la plataforma” y obteniendo “importantes beneficios económicos”⁷⁵.

Adicionalmente, amén de las distinciones conceptuales entre ambas nociones, algunos autores han preferido referirse a la economía de plataformas, economía de plataformas digitales o *platform economy*, por ser términos más inclusivos⁷⁶ o neutros⁷⁷, incluso a los efectos de evitar “calificativos que puedan tener un impacto positivo o negativo en el ideario colectivo sobre lo que hacen o dejan de hacer estas empresas online”⁷⁸.

⁷⁴ TODOLÍ, A., “Prólogo”, en TODOLÍ, A. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018, p. 28.

⁷⁵ BELTRAN, I., “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”. *Ponencia XXIX Jornades Catalanes de Dret Social (março'18)*. Disponible en <https://www.academia.edu/> [consultado el día 19 de abril de 2019].

⁷⁶ BELTRAN, I., “Economía de las plataformas...”.

⁷⁷ SUÁREZ, B. “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 141, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018, p. 39. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/> [consultado el día 19 de abril de 2019].

⁷⁸ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 3.

En definitiva, según apunta SANGUINETI, la economía de las plataformas o *gig economy*, se estructura como un modelo de negocio mediante el que se ofrecen productos o servicios de forma rápida, directa, y barata a los consumidores por intermedio de plataformas digitales, que permiten la interconexión entre sujetos, facilitan el cumplimiento veloz de las necesidades de los usuarios y reducen de manera significativa los costes de transacción, incluyendo los laborales. Además, dicho modelo reposa en el uso de algoritmos para la toma de decisiones automatizada sobre las transacciones y el control de su funcionamiento⁷⁹.

III.III. Tipología de las plataformas digitales

En cuanto a la identificación tipológica de las plataformas digitales, es posible encontrar diferentes clasificaciones, dependiendo del abordaje de observación impreso por cada autor. Así, una primer aproximación es la brindada por SÁNCHEZ-URÁN, quien ha distinguido, por un lado, **las de tipo colaborativo**, proyectadas sobre bienes y servicios -como el alojamiento y la movilidad urbana-, o sobre la producción -como la externalización de tareas masiva o *crowdsourcing*-, y por otro lado, las que no son colaborativas, denominadas como **plataformas digitales comerciales *for profit***. En esta segunda modalidad se introduce el término profesional en contraposición al de *amateur*, despojándose del altruismo típico de la primer modalidad, ya que la persona se dedica a la prestación del servicio -en forma total o parcial- como instrumento de subsistencia en el que participa la plataforma. Además, en este supuesto, las plataformas digitales satisfacen la demanda del cliente “a través de la

⁷⁹ SANGUINETI, W., “El test de laboralidad y los trabajos de la *gig economy*”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 69, Wolters Kluwer, España, 2020, p. 3.

provisión inmediata de esos servicios”, que podrá ser *online* u *offline*, así como de forma global o local⁸⁰.

En cambio, la OIT refiriéndose a la economía del trabajo esporádico, economía del trabajo según demanda o *gig economy*⁸¹, ha señalado que el mismo se limita a aquel conseguido por intermedio de plataformas web, existiendo diversos tipos, aunque destacando como principales al **trabajo colaborativo** y el **trabajo según demanda por intermedio de aplicaciones**⁸².

En similar sentido, de DE STEFANO⁸³ y BELTRAN⁸⁴ coinciden en diferenciar desde el punto de vista laboral dentro de la noción de la economía de plataformas, a dos manifestaciones de la prestación del trabajo, destacando, por un lado, al **crowdwork o trabajo colaborativo online**, y en otro extremo, al **trabajo bajo demanda vía aplicaciones móviles**. En ambos casos, se produce un llamado abierto, requiriendo una cantidad extensa de prestadores del servicio, a los efectos de cumplir con la demanda, coincidiendo el momento de la contratación con el del surgimiento de la demanda o solicitud del servicio -lo que ha llevado a que este fenómeno sea calificado como *on-demand economy*-. De ese modo, DAGNINO destaca que este último término “se refiere a las actividades

⁸⁰ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas...”.

⁸¹ Según DE STEFANO y ALOISI, este concepto evoca a los artistas saltando de un concierto a otro (DE STEFANO, V. y ALOISI, A., *European legal framework for “digital labour platforms”*, Comisión Europea - Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018, p. 7. Disponible en https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112243/jrc112243_legal_framework_digital_labour_platforms_final.pdf [consultado el día 27 de diciembre de 2018]. Por ese mismo motivo es que basándose en una traducción literal, se suele referir a la “economía de los conciertos”.

⁸² OIT, “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. 107ª Conferencia Internacional del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 296.

⁸³ DE STEFANO, V., “La ‘gig economy’ y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta sindical. Reflexión y debate*, N° 27, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2016, pp. 151-153. Disponible en <https://www.ccoo.es/> [consultado el día 19 de abril de 2019].

⁸⁴ BELTRAN, I., “Economía de las plataformas...”.

económicas basadas en la utilización de plataformas de internet que permiten el *matching* inmediato entre el usuario que solicita un bien o un servicio y el sujeto que puede facilitárselo, ‘compartiendo’ el patrimonio de bienes, competencias y tiempo que posee”⁸⁵.

En cuanto a la modalidad del *crowdwork* o trabajo colaborativo *online*, esta es descrita como el trabajo “a través de plataformas *online* que reúnen a un número indefinido de organizaciones, empresas e individuos, e incluso llega a conectar a clientes y trabajadores de todo el mundo”⁸⁶, consistiendo en actividades de diverso tipo, identificándose habitualmente con “micro o nano tareas” o *microtasks* “cuyo denominador común es que, hasta la fecha, ‘superan la comprensión de la inteligencia artificial’ (tareas, también denominadas *HITs* o *Human Intelligent Tasks*)”⁸⁷.

Además, el *crowdwork* se trata de un término utilizado generalmente para describir al trabajo ejecutado en el contexto del *crowdsourcing* de actividades comerciales⁸⁸. El *crowdsourcing* o también llamado *outsourcing online* o subcontratación en línea, se refiere a la contratación de terceras personas trabajadores y proveedores -generalmente extranjeros- para brindar servicios o desarrollar tareas a través de mercados o plataformas basados en Internet⁸⁹. En relación a ello, es posible distinguir dos

⁸⁵ DAGNINO, E., “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, N° 3, ADAPT University Press, 2015, p. 4. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/303/391 [consultado el día 3 de diciembre de 2019].

⁸⁶ DE STEFANO, V., “La ‘gig economy’...”, p. 151.

⁸⁷ BELTRAN, I., “Economía de las plataformas...”.

⁸⁸ WAAS, B., LIEBMAN, W., LYUBARSKY, A. y KEZUKA, K., *Crowdwork – A Comparative Law Perspective*, Bund-Verlag, Alemania, 2017, p. 13. Disponible en https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data_hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Waas_Liebman_Lyubarsky_Kezuka_Crowdwork.pdf [consultado el día 20 de julio de 2019].

⁸⁹ BANCO MUNDIAL, *The Global Opportunity in Online Outsourcing*, 2015, p. 1. Disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/138371468000900555/pdf/ACS1422>

modalidades de *outsourcing* según el proceso permanezca dentro de los límites de la empresa, en donde esta última establece una plataforma de intranet en la que los trabajos se anuncian exclusivamente a su propia fuerza laboral permanente -*crowdsourcing* interno-, o según se traten de trabajadores externos a los que se dirige la plataforma -*crowdsourcing* externo-. El *crowdwork* se verifica precisamente en la modalidad de *crowdsourcing* externo, cuando se verifica un modelo trilateral en el cual un tercero opera una plataforma en línea a través de la que otras empresas pueden conectarse con los *crowdworkers*⁹⁰.

En esta modalidad, el trabajo es entregado en el mundo virtual y las tareas involucradas son a menudo actividades muy simples y repetitivas que se asocian a salarios bajos y procesos altamente estandarizados o automatizados. Estas micro tareas incluyen el etiquetado digital y la creación de descripciones de imágenes, categorización de datos y productos, y la traducción o corrección de textos cortos; así como tareas más grandes a menudo desglosadas en sub tareas más pequeñas para trabajar de forma independiente. Estas actividades se publican en las plataformas, donde los trabajadores pueden encontrarlas y completarlas⁹¹.

Por el contrario, el trabajo bajo demanda vía aplicaciones móviles está vinculado con actividades más tradicionales que son asignadas u ofrecidas mediante las aplicaciones móviles que garantizan “unos estándares mínimos de calidad en el servicio y la selección de la mano de

[8-ESW-white-cover-P149016-Box391478B-PUBLIC-World-Bank-Global-OO-Study-WB-Rpt-FinalS.pdf](#) [consultado el día 24 de enero de 2020].

⁹⁰ WAAS, B., LIEBMAN, W., LYUBARSKY, A. y KEZUKA, K., *Crowdwork...*, p. 14.

⁹¹ PRASSL, J. y RISAK, M., “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, N° 8/2016, 2016, p. 6. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2733003_code2511333.pdf?abstractid=2733003&mirid=1 [consultado el día 3 de enero de 2020].

obra”, y con un ámbito de ejecución principalmente local -calificado como *offline*-⁹².

Sobre esta base, si la plataforma digital dispone de un grupo de prestadores de servicios -llamados *partners*- que se encuentran a la espera de que un cliente solicite su servicio a través de una aplicación móvil o entrando en una página *web*, se habrá generado trabajo bajo demanda vía aplicaciones móviles. En definitiva, será una labor prestada por un individuo como consecuencia de una conexión con el requirente del servicio, a través de un plataforma en línea. Además, esta última podrá operar mediante diferentes niveles de control sobre el prestador y el cliente, así como sobre el resultado, en particular, sobre el rendimiento y la calidad del mismo⁹³.

Una clasificación más minuciosa aportada por SUÁREZ, distingue dentro de la noción de la economía de plataformas digitales a las figuras del **trabajo colaborativo**, la **externalización abierta de tareas o *crowd-source online*** y el **trabajo a demanda a través de aplicaciones digitales o *work-on-demand via apps***⁹⁴.

El trabajo colaborativo constituye aquella actividad que ingresa en la noción de la economía colaborativa referenciada precedentemente, y por ende, se refiere a actos de intercambio entre consumidores sin fines de lucro, o aunque existiendo el mismo, que se desarrolle por un particular sin un interés económico de entidad mayor -excluyéndose, por ejemplo, el caso de una persona propietaria de varios pisos que son arrendados a través de Airbnb⁹⁵-. En la externalización abierta de tareas, se verifica un

⁹² BELTRAN, I., “Economía de las plataformas...”.

⁹³ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas...”.

⁹⁴ SUÁREZ, B., “La gran transición...”, pp. 39-40.

⁹⁵ La Plataforma de Airbnb es un mercado en línea que permite que los usuarios registrados y ciertos terceros que ofrecen servicios publiquen Servicios de Anfitrión en la Plataforma de Airbnb y comuniquen y gestionen directamente con los usuarios que desean reservar dichos Servicios de Anfitrión. Los Servicios de Anfitrión pueden incluir la oferta de propiedades desocupadas o de otro tipo para su uso

trabajo *online*, que puede ser ejecutado desde cualquier lugar, identificado generalmente por “micro tareas” o encargos especializados. Por otro lado, el trabajo a demanda a través de aplicaciones digitales, se ejecuta en forma *offline* y presencial, y “las plataformas aprovechan un contexto de competitividad (potencial) entre prestadores de servicios para fijar las condiciones de ejecución de encargos sobre la base de relaciones contractuales circunscritas al estricto tiempo de desempeño del mismo (*just-in time relationships*) con la consiguiente compensación económica desde esa lógica contractual (*pay-as-you-go*)”⁹⁶.

Distinguiendo precisamente esas modalidades de ejecución del trabajo *online* y *offline*, cabe destacar que las plataformas digitales han creado diferentes clases de trabajadores -no en su sentido jurídico, sino en referencia al hecho mismo del trabajo-, encontrándose por un lado, quienes precisamente son requeridos para ejecutar la labor de manera presencial, como lo son los casos de los conductores o *riders* mediante el uso de los automóviles y bicicletas en las diferentes ciudades, y por otro lado, quienes trabajan para plataformas digitales que deslocalizan sus servicios, desempeñando las tareas de forma virtual, sin importar la ubicación geográfica, identificándose estos casos como trabajos virtuales o *virtual work*⁹⁷.

Por último, la OIT ha aportado una descripción más detallada de las categorías de plataformas digitales de trabajo, partiendo del análisis exclusivo de aquellas de carácter comercial. En este sentido, estas han sido clasificadas en dos categorías, en función de si son **basadas en la web** o **en la ubicación**, es decir, *online* u *offline*. Asimismo, en ambas categorías cabe la distinción en cuanto a si se refieren a tareas asignadas a individuos

(“Alojamientos”), actividades de uno o varios días en diversas categorías (“Experiencias”), acceso a eventos y lugares únicos (“Eventos”), así como toda una gama de demás servicios relacionados o no con el viaje (<https://es.airbnb.com/>).

⁹⁶ SUÁREZ, B., “La gran transición...”, pp. 39-40.

⁹⁷ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 6.

seleccionados, o si por el contrario, son tareas designadas a un grupo de personas. En cuanto a las plataformas digitales de trabajo comerciales basadas en la web, cuyas tareas son asignadas a individuos seleccionados, estas se corresponden con la realización de trabajos *freelance* -Upwork⁹⁸; mientras que las asignadas a un grupo de personas, pueden tratarse de micro tareas -Clickworker⁹⁹ y Amazon Mechanical Turk¹⁰⁰-, o trabajos creativos basados en concurso -99designs¹⁰¹-. A diferencia de ello, en las plataformas digitales de trabajo comerciales basadas en la ubicación, cuyas tareas son asignadas a un individuo, es posible distinguir distintas actividades, como el alojamiento -Airbnb-, el transporte -Uber¹⁰², Lyft¹⁰³ y

⁹⁸ La empresa se autodefine como una plataforma basada en la web que aporta visibilidad y confianza al trabajo remoto, y que se trata del sitio web de oferta de trabajo independiente más grande del mundo (<https://www.upwork.com>).

⁹⁹ El objeto de la empresa se circunscribe al uso del conocimiento de la multitud para involucrar los conocimientos y la mano de obra de cientos de miles de trabajadores que ayudan en el procesamiento rápido y eficiente de proyectos para las empresas. Los trabajadores son considerados contratistas independientes que brindan los servicios utilizando su propio equipo y horario, utilizando un navegador web para completar las tareas por pieza. La mayoría de estas tareas son parte de un proyecto más grande y complejo (<https://www.clickworker.com>).

¹⁰⁰ La plataforma es considerada como un mercado de crowdsourcing que facilita a las personas y las empresas externalizar sus procesos y trabajos a una fuerza laboral distribuida que puede realizar estas tareas virtualmente. Esto podría incluir cualquier cosa, desde la realización de una simple validación de datos e investigación hasta tareas más subjetivas como la participación en encuestas, moderación de contenido y más. De ese modo, permite a las empresas aprovechar la inteligencia colectiva, las habilidades y los conocimientos de una fuerza laboral global para agilizar los procesos comerciales, aumentar la recopilación y el análisis de datos y acelerar el desarrollo del aprendizaje automático. Además, la empresa indica que el crowdsourcing es una buena manera de dividir un proyecto manual que lleva mucho tiempo en tareas más pequeñas y más manejables que deben completar los trabajadores distribuidos a través de Internet (también conocidos como *microtasks*) (<https://www.mturk.com>).

¹⁰¹ La organización se considera la mayor plataforma creativa del mundo, que pone en contacto a una comunidad global de diseñadores independientes con pequeños emprendedores con visión de futuro y empresarios audaces (<https://99designs.com>).

¹⁰² La plataforma considera que el servicio principal brindado es la tecnología, y que a través de la aplicación, conecta a “Socios Conductores” con usuarios para pedir viajes cuando los necesiten (<https://www.uber.com>).

¹⁰³ La plataforma Lyft proporciona un mercado en el que las personas que buscan transporte a ciertos destinos -“pasajeros”- pueden ser emparejadas con las personas que conducen hacia o a través de esos destinos -“conductores”- (<https://www.lyft.com>).

Cabify¹⁰⁴-, las entregas -Deliveroo¹⁰⁵, Glovo¹⁰⁶, Rappi¹⁰⁷, Uber Eats¹⁰⁸, Foodora¹⁰⁹, Grubhub¹¹⁰ y PedidosYa¹¹¹- y los servicios para el hogar -

¹⁰⁴ La empresa se dedica a conectar usuarios particulares y empresas con las formas de transporte que mejor se adaptan a sus necesidades, contando con más de mil empleados directos y ofreciendo oportunidades de autoempleo a cientos de miles de socios conductores (<https://cabify.com/es/>).

¹⁰⁵ La organización empresarial tiene la finalidad proporcionar un servicio sencillo y cómodo, poniendo en contacto al cliente con el Restaurante asociado y con el menú de su elección y posibilitando que ordene las comidas de preferencia. Deliveroo comercializa comidas en nombre de los Restaurantes asociados exclusivamente, concluye pedidos en nombre de éstos y le entrega al cliente las comidas. Se auto califica como una empresa de tecnología, que desarrolla un algoritmo denominado “Frank”, basado en una poderosa tecnología predictiva que evalúa la forma más eficiente de distribuir pedidos en función de la ubicación de restaurantes, *riders* y clientes. Además, ofrece expresamente a sus *riders* “la libertad de elegir cuándo y dónde trabajar” (<https://deliveroo.es>).

¹⁰⁶ La plataforma Glovo se define como una compañía tecnológica, cuya actividad principal es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica mediante la cual a través de una aplicación móvil o de una web, permite a determinadas tiendas locales de algunas ciudades en diferentes territorios ofertar sus productos a través de la misma, y en su caso, si los usuarios de la aplicación y consumidores de las citadas tiendas locales así lo solicitan, de forma accesoria, intermedia en la entrega inmediata de los productos. Asimismo, se auto define como una plataforma de intermediación “on demand” de mensajería *express*, que pretende facilitar que aquellas personas que necesiten ayuda con sus mandados o sus compras en comercios asociados, puedan realizar sus mandados mediante terceros llamados “glovers”, dispuestos a llevar a cabo voluntariamente el mandato que le confieran los clientes (<https://glovoapp.com/es/>).

¹⁰⁷ Rappi se considera una empresa que desarrolla una aplicación tecnológica, cuyo objeto se limita a: i) exhibir diferentes productos y servicios de consumo de forma publicitaria para que puedan servir de referencia a los consumidores, ii) facilitar el encuentro entre consumidores y mandatario para la realización del vínculo contractual, iii) permitir el uso de la plataforma de pagos, iv) servir de medio de envío de comunicaciones entre los consumidores y los mandatarios (<https://www.rappi.com>).

¹⁰⁸ Uber Eats se define como una plataforma de tecnología que permite a los usuarios de aplicaciones móviles de Uber o páginas web proporcionadas como parte de los servicios, organizar y planear el transporte y/o servicios de logística con terceros proveedores independientes de dichos servicios, incluidos terceros transportistas independientes y terceros proveedores logísticos independientes, conforme a un acuerdo con Uber o algunos afiliados de Uber (<https://www.ubereats.com>).

¹⁰⁹ La empresa expresamente dispone en sus términos y condiciones que no proporciona servicios de transporte, ni constituye una empresa de transporte. Por el contrario, quien ofrece dichos servicios es un tercero que utiliza una bicicleta, vehículo, etc., pudiendo el cliente programarlos mediante una aplicación tecnológica. Por dicho motivo, la empresa limita su actividad al ofrecimiento de información y un método para obtener dichos servicios de transporte de terceros (<https://www.foodora.com>).

¹¹⁰ La compañía indica que se dedica a conectar a los clientes con restaurantes locales que entregan alimentos, indicando expresamente en sus términos y condiciones del servicio que no se trata de un restaurante ni una empresa que prepara alimentos.

TaskRabbit¹¹²-; mientras que las asignadas a un colectivo, se relacionan con micro tareas locales -Streetspotr¹¹³-¹¹⁴.

Según FREEDLAND y PRASSL, todos estos modelos de negocios coinciden en la dependencia de los proveedores de una fuerza laboral amplia y constantemente disponible, a la que se asignan tareas individuales a través de algoritmos sofisticados impulsados por la demanda del consumidor¹¹⁵.

Estas características han determinado que la economía bajo demanda o también denominada de concierto, haya sido considerada por ALOISI como una nueva versión del taylorismo -es decir, la fragmentación de la mano de obra en trabajos *hiper* temporales, llamados *microtasks*, en una línea de montaje virtual o local-, fortalecida por la globalización y la informatización¹¹⁶.

Desde el punto de vista de la actividad desarrollada por las plataformas digitales, también es posible distinguir entre aquellas que son meras intermediarias entre la oferta y la demanda de un bien o servicio, de aquellas otras en que efectivamente brindan el servicio subyacente. De ese modo, CALVO identifica a las **plataformas horizontales** como aquellas

Asimismo, algunas entregas son proporcionadas por la “red de proveedores independientes de servicios de entrega” de Grubhub (<https://www.grubhub.com/>).

¹¹¹ PedidosYa se considera como “la compañía líder en delivery online de América Latina”, que desarrolla un sistema al que se puede acceder en la web o mediante una aplicación tecnológica. En dicha aplicación, el cliente puede encontrar restaurantes, supermercados, farmacias, bebidas, tiendas de mascotas y tiendas de conveniencia (<https://www.pedidosya.com.uy/>).

¹¹² Se califica como una plataforma de servicio que conecta a las personas instantáneamente con “Taskers” calificados, para ayudarlas con trabajos ocasionales y mandados. (<https://www.taskrabbit.com>).

¹¹³ Es una empresa de inteligencia de *retail* que ofrece entendimiento en tiempo real de productos y promociones en tienda. Les permite a las marcas y *retailers* mejorar la experiencia de sus clientes, impulsando las ventas en tienda y la rentabilidad. La impulsa una multitud comunitaria multinacional la cual puede ser dirigida inmediatamente a cualquier ubicación de *retail* en Europa, brindando data accionable en tiempo real e *insights* para las marcas y los *retailers* (<https://streetspotr.com>).

¹¹⁴ OIT, *Las plataformas digitales...*, p. 5.

¹¹⁵ FREEDLAND, M. y PRASSL, J., “Employees, workers and...”, p. 17.

¹¹⁶ ALOISI, A., “Commoditized workers...”, p. 653.

que están abiertas al comercio de una amplia gama de productos y servicios, creando simplemente un espacio virtual en el que las partes pueden actuar de manera libre, intercambiar y negociar sus condiciones. De esa manera, su actividad se circunscribiría a los servicios de la sociedad de la información, en tanto exista un fomento de la concurrencia de ofertantes y requirentes, “cuyas características personales y profesionales sí son valoradas y entran en concurso y competencia entre sí”. Por otro lado, se reconoce que las **plataformas verticales** están profundamente integradas al mercado y construyen una organización productiva auténtica, fijando los precios del servicio subyacente, señalando sus condiciones básicas y formas de prestación, impidiendo individualizar a los prestadores del servicio. Y “cuando, en definitiva, el poder organizativo de la plataforma hace que lo que solicitemos no sea realmente el servicio de un concreto prestador, seleccionado en función de sus características específicas, sino un servicio identificado incluso por y con la misma plataforma”¹¹⁷.

Del examen anterior es posible construir una tipología global de las plataformas digitales, considerando su análisis desde varios aspectos, relacionados con el trabajo y con la actividad cumplida por las mismas.

En primer término, partiendo de la determinación de la finalidad del negocio, es posible distinguir aquellas plataformas con **fines colaborativos** -altruistas y cuya prestación es de carácter *amateur*-, propios de la economía colaborativa, y aquellas plataformas con **fines comerciales** -con una finalidad de lucro y cuya prestación es de carácter profesional-, inherentes a la economía de plataformas.

¹¹⁷ CALVO, F., “Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 355.

En segundo lugar, no menos importante es la distinción de aquellas plataformas cuya actividad se limita a la mera **intermediación** entre oferta y demanda de bienes o servicios -plataformas horizontales que brindan exclusivamente servicios tecnológicos de la sociedad de la información-, y de aquellas plataformas que se dedican a **ofrecer el servicio subyacente** -plataformas verticales que no sólo conectan a la oferta y la demanda, sino que son quienes introducen al mercado el bien o servicio ofrecido-.

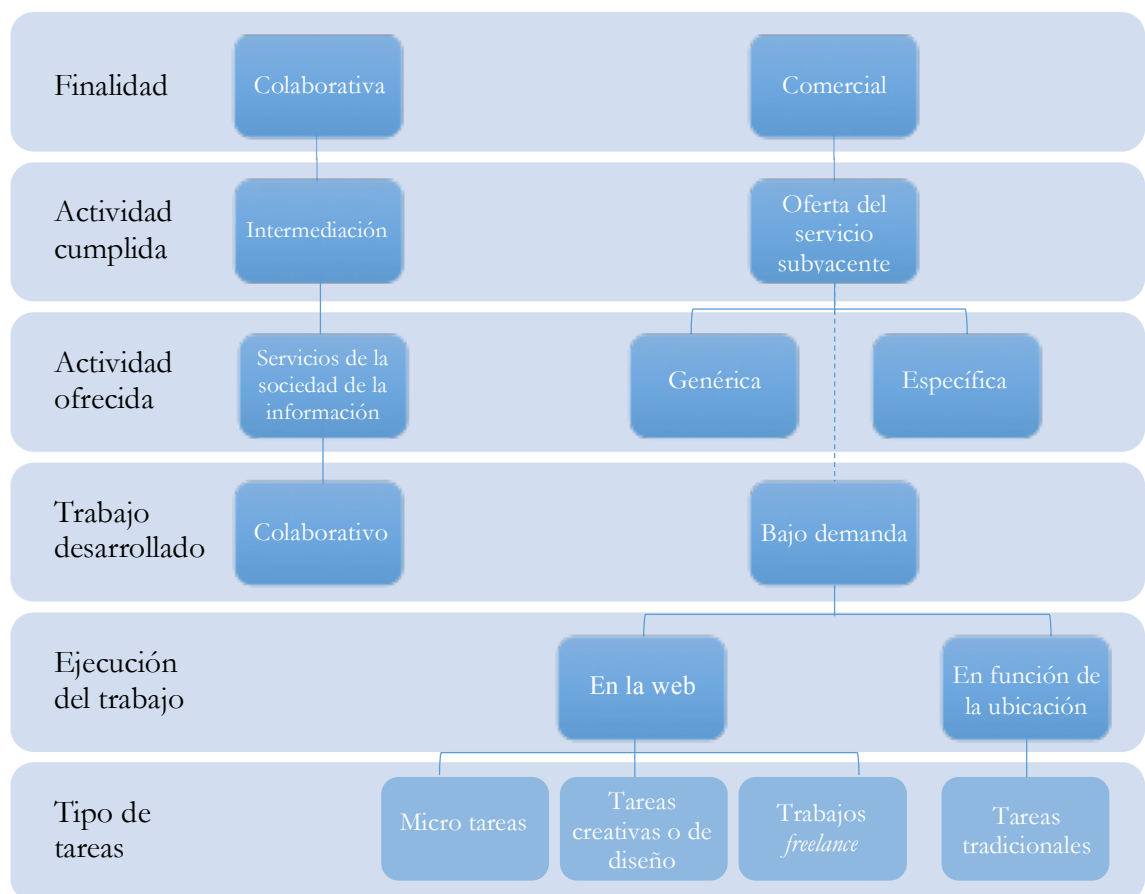
En tercer término, sin perjuicio de las tareas particulares cumplidas por el prestador de los servicios, se torna necesario distinguir entre aquellas plataformas cuya actividad ofrecida se limita a la provisión de un **servicio tecnológico de la sociedad de la información**, de aquellas otras en que la actividad ofrecida es **genérica** -abarca el ofrecimiento de muchos tipos de tareas y actividades diferentes-, o cuya actividad subyacente es **específica** -la oferta se limita exclusivamente a una actividad en concreto-.

En cuarto lugar, partiendo del estudio del trabajo desarrollado por los prestadores del servicio, es posible distinguir entre el **trabajo colaborativo** -en consonancia con los fines colaborativos de la plataforma- y el **trabajo bajo demanda** -en sintonía con los fines comerciales de la plataforma-.

Por último, también es posible distinguir las plataformas en función de la modalidad de ejecución del trabajo desarrollado por los prestadores del servicio. Así, se destacan aquellos **trabajos ejecutados en la web** -*online* o *crowdwork*-, y aquellos **trabajos ejecutados en función de la ubicación** -*offline* o presencial-. Sumado a dicha modalidad de ejecución del trabajo, también cabría diferenciar el tipo de tareas cumplidas o solicitadas por intermedio de la web o de manera presencial, distinguiéndose las **micro tareas** -*Human Intelligent Tasks* o *microtasks*, como el procesamiento de datos de textos, imágenes y videos, la

traducción, etc.-, las **tareas de tipo creativo o de diseño** -confección de logos, sitios web, *packaging*, etc.-, los **trabajos *freelance*** -como el desarrollo de aplicaciones web y móviles, marketing en redes sociales, redacción de contenidos, diseño gráfico, ayuda administrativa, etc.-, y las **tareas tradicionales** -servicios para el hogar, de transporte, de reparto, de alojamiento, turísticos, etc.-.

En el esquema presentado a continuación se ofrece una síntesis de la tipología global de las plataformas digitales:



IV. Los problemas fácticos del trabajo en la economía de plataformas digitales

IV.I. La expansión “formal” de las fronteras del trabajo autónomo

La generalización o proliferación de formas de trabajo independiente, unido a la pérdida masiva de empleos, constituyen los dos grandes efectos potenciales de los cambios tecnológicos en curso, ya sea producto de la robotización, como del auge de la economía digital¹¹⁸. En efecto, las nuevas formas de trabajo desarrolladas mediante las plataformas digitales, en sus diversas manifestaciones o formas de ejecución, confluyen en producir una expansión formal de las fronteras del trabajo autónomo. La razón es que en gran parte de los casos, los prestadores de los servicios son considerados como trabajadores autónomos o emprendedores, tanto en el discurso del modelo empresarial de las plataformas digitales, así como en los eventuales contratos suscritos dentro de la propia aplicación tecnológica al aceptarse las bases y condiciones para la utilización de la misma.

Precisamente, el componente tecnológico de estas empresas a menudo se presenta como una razón para concebir todas estas actividades como nuevas formas de trabajo y separado del resto del mercado laboral, y como tal, inadecuado para ser regulado bajo las normas laborales existentes¹¹⁹.

En ese contexto, en función de la forma en que las plataformas digitales de trabajo irrumpen en la realidad económica, se ha indicado que “rara vez aparecen como empresas con trabajadores bajo su responsabilidad, al contrario, se presentan a sí mismas como plataformas tecnológicas desprovistas de mano de obra”. Ciertamente es que estas empresas

¹¹⁸ NAVARRO NIETO, F., *El debate...*

¹¹⁹ DE STEFANO, V., “Labour is not a technology - Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy”, *IUSLabor*, 2/2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017, p. 3. Disponible en https://www.upf.edu/documents/3885005/58976718/Labour_is_not_technology_DeStefano.pdf/f0ae7b4f-d39e-0ff7-1421-2cb0eb512977 [consultado el día 28 de julio de 2019].

deben adoptar esta postura, ocultando que se tratan de auténticas empresas con trabajadores dependientes a su cargo, en virtud de que no encontrarían inversores de capital riesgo. Así, se explica que “[a] los *venture capital* no les gusta invertir en trabajo, sino en tecnología, porque buscan un efecto disruptivo...sobre el propio modelo empresarial. La pregunta inmediata es qué valor tiene el trabajo para estos inversores. Y también qué valor tienen para ellos las empresas más clásicas, más normales, menos disruptivas. La respuesta es que el valor que le dan al trabajo y a las empresas de corte clásico parece bastante marginal”¹²⁰.

De todas maneras, este trasvase del trabajo dependiente al trabajo independiente que es propio de la economía digital, es simplemente un crecimiento de una tendencia que ya se verificaba desde la época posindustrial, caracterizada además por la externalización de operaciones, y la globalización de los mercados de trabajo, asentando el corrimiento de los riesgos hacia los colaboradores autónomos. Por ello es que se destaca la proliferación de “formas acontractuales de empleo”, al recurrirse a la externalización de servicios profesionales necesarios para el negocio, sin incorporar el trabajo dentro de la organización, generándose un ahorro en los costos de transacción de la contratación laboral¹²¹.

De este modo, mucho antes del auge de las plataformas digitales ya se percibía un proceso de cambio caracterizado por “la pérdida de la hegemonía social y jurídica del trabajador típico y, correlativamente, el creciente protagonismo que está adquiriendo el desarrollo de actividades prestadas en régimen de autonomía”, siendo que la introducción de nuevas tecnologías representa uno de los factores de la revitalización del trabajo por cuenta propia, que ocupa espacios reservados tradicionalmente al trabajo dependiente. Por ello, con la crisis del modelo taylorista-fordista,

¹²⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 4.

¹²¹ NAVARRO NIETO, F., *El debate...*

se gesta un espacio óptimo para que un mismo tipo de trabajo pueda ser ejecutado indistintamente mediante un régimen de dependencia o un régimen de autonomía¹²².

Este incremento del trabajo por cuenta propia responde a estrategias empresariales concretas, como la externalización productiva y de mano de obra, y a determinados cambios que han afectado a la mano de obra, como lo son el aumento de la formación, el mayor número de mujeres que ingresan al mercado de trabajo, las crecientes necesidades de empleo para ciertas categorías de personas vulnerables que se encuentran excluidas del mercado laboral, entre otras. Asimismo, el autoempleo es percibido como una alternativa real al empleo dependiente, en especial, considerando ciertas necesidades de conciliación entre la vida personal y profesional, así como por las facilidades brindadas por las NTIC. En este contexto, se ha verificado un salto cualitativo con el surgimiento de “los *nuevos* trabajadores autónomos, es decir, los que ejercen actividades que *a priori* no se integran en los marcos tradicionalmente establecidos para las profesiones independientes y sin olvidar las formas tradicionales de trabajos por cuenta propia (profesionales liberales, artesanía, pequeño comercio, agricultura)”¹²³.

Esta expansión formal de las fronteras del trabajo por cuenta propia, guarda relación con el modelo empresarial organizativo adoptado por las empresas de plataformas digitales, al funcionar con una política de “hechos consumados”, sobre la base de la imposición de reglas propias, sin importar si son contestes con las normas fiscales y laborales del país en donde se insertan. Por ello es que se las cataloga como disruptivas, en

¹²² VALDÉS, A., “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 26, Ministerio del Trabajo e Inmigración, España, 2000, pp. 13-19.

¹²³ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LA LEY 15181/2018 [consultado el día 29 de diciembre de 2018].

tanto que “hacen que las regulaciones en vigor en dichos países parezcan inadecuadas para las nuevas realidades, dado que, en lugar de cumplir las leyes vigentes o intentar modificarlas por los canales establecidos al efecto, las retan y las presentan como algo perteneciente al pasado”. En este mismo sentido, también se hace un uso cuidadoso de los términos, al sustituir la idea del trabajador por la del *partner*, socio colaborador o proveedor de servicios¹²⁴.

A modo de síntesis descriptiva de esta realidad formal creciente, se ha señalado que:

La creación de esta narrativa de ruptura con el pasado no es en modo alguno inocente. La idea que va transmitiendo al acervo colectivo es la ruptura también en relación con la regulación y las instituciones laborales existentes. Si los fenómenos a los que nos enfrentamos a consecuencia de la aparición de las plataformas digitales de trabajo son radicalmente novedosos, las reglas e instituciones elaboradas en el pasado pueden resultar desfasadas u obsoletas para ser aplicadas a los mismos. Lo que quiere significar que los derechos y garantías laborales construidos en el pasado no sirven ya para afrontar esta nueva realidad¹²⁵.

Por otro lado, esta expansión del trabajo autónomo es precisamente formal, en tanto que además de lo expresado anteriormente, la actividad en si misma considerada no tiene ninguna novedad en cuanto a su forma de ejecución. Así, se ha destacado que “el trabajo real de los trabajadores que siguen formando parte del sistema es el que ha cambiado menos”, ya que el trabajo desarrollado mediante plataformas digitales “se asemeja a muchas modalidades laborales de vieja data, que en este caso agregan simplemente una herramienta digital como intermediaria”¹²⁶.

¹²⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 5.

¹²⁵ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 5.

¹²⁶ OIT, *Las plataformas digitales...*, p. 7.

Coincidentemente, ALOISI ha reflexionado que es vital admitir la inexactitud de cualquier intento de describir el aumento en el número de trabajadores por cuenta propia como un producto puro de la economía entre pares. Por ello es que este autor destaca que los prestadores de servicios están comenzando a demandar a algunas compañías por efectuar una calificación inapropiada como trabajadores autónomos¹²⁷.

Precisamente, también se ha catalogado a este fenómeno como un desplazamiento potencial del empleo dependiente al empleo autónomo, que aunque impere en los hechos, puede observarse en muchos casos que “atendiendo al control, carácter jerárquico y de subordinación”, existen similitudes importantes con el trabajo asalariado¹²⁸.

Por estos motivos, se destaca una “tensión entre protección del trabajo y fomento de la actividad económica”, que “aflora con renovada intensidad en el marco de la economía digital, resolviéndose a nivel práctico a través de una generalizada ‘huida’ del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo”¹²⁹.

IV.II. La laxitud del tiempo de trabajo en la economía de plataformas digitales

Otro aspecto que constituye una variable suficientemente representativa y patente en el trabajo en la economía de plataformas digitales, lo constituye la particular forma de desarrollo del mismo en relación al tiempo de su prestación. En este sentido, es posible destacar que el prestador de

¹²⁷ ALOISI, A., “Commoditized workers...”, p. 663.

¹²⁸ SUSO, A., “El impacto de las plataformas digitales sobre el mercado de trabajo”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M, (Dir.), *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018, p. 46.

¹²⁹ SERRANO, R., “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 24.

servicios puede desarrollar su tarea de una forma muy diferente a la forma de prestación del trabajo típica de lo que constituye la modalidad del trabajo dependiente -o al menos así se desprende teóricamente del modelo instaurado por las plataformas digitales-. En este sentido, la variable tiempo se encuentra flexibilizada en las modalidades de trabajo vía plataformas digitales, al inducirse una falta de determinación de horarios fijos de trabajo, y una presunta libertad de elección de los prestadores en relación al momento en que decidan ofrecer su trabajo.

En función de ello, las propias plataformas digitales utilizan la promesa del equilibrio entre el trabajo y la vida personal como su principal herramienta para atraer mano de obra. La suposición subyacente es que los trabajadores pueden decidir por sí mismos cuándo trabajar, dónde trabajar y qué trabajo aceptar¹³⁰.

Así es que los prestadores de servicios a través de plataformas digitales prefieren acceder a un trabajo cuyas características les garanticen cierta flexibilidad, sin la eventual necesidad de cumplir con horarios predeterminados y fijos, y con la posibilidad de ofrecer su fuerza de trabajo en el momento en que deseen, por sobre el acceso a los derechos laborales típicos del trabajador dependiente. Por este motivo, se infiere que al ofrecerse la referida flexibilidad en la determinación de los horarios, la economía del trabajo esporádico posibilitaría que los prestadores de servicios coordinen su trabajo con otras actividades y su tiempo de disfrute personal -como otros empleos, el estudio, el tiempo libre y de ocio y las responsabilidades de cuidados-, así como también constituiría un mecanismo que facilita el acceso a oportunidades de trabajo¹³¹.

En similar sentido, si bien el trabajo vía plataformas digitales constituye por sí mismo un beneficio de acceso al empleo y una alternativa

¹³⁰ OIT, “Working time and the future of work”, *ILO future of work research paper series*, N° 6, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018, p. 23.

¹³¹ OIT, “Garantizar un tiempo...”, p. 297.

a la imposibilidad de acceder a uno de carácter convencional, en otras ocasiones, los prestadores de servicios también valoran de manera positiva a la flexibilidad y autonomía ofrecidas por estas nuevas formas de trabajo¹³².

Sin embargo, más allá de estas premisas teóricas, en los hechos se constata una importante matización de la pretendida flexibilidad de la prestación del trabajo a través de plataformas digitales, que se desdibuja marcadamente por la confluencia de varios factores.

En primer lugar, por la creciente competencia en la oferta de dichos servicios, no sólo producida por la multiplicidad de plataformas digitales que compiten entre sí, sino por la propia convergencia de ofertas de trabajo por parte de diferentes personas prestadoras de dichos servicios. Dicha competencia se acentúa aún más en el caso de los *microworkers* o *clickworkers*, “pendientes en todo momento de si entra o no una petición de trabajo en la plataforma on-line en la que están registrados para realizar una centésima parte de la función o tarea en que antes consistía un trabajo (la partición en tareas o micro-tareas de las anteriores ocupaciones laborales es un signo característico de las plataformas digitales) y cobrar, por tanto, una centésima parte de lo que antes era un salario”. En tales supuestos, se desdibujan casi por completo los beneficios de la flexibilidad temporal de la prestación de las tareas, al ser característica de estos prestadores de servicios una importante inestabilidad del trabajo, vinculada a un escaso nivel de ingresos obtenidos por su trabajo ofrecido mediante las plataformas digitales, y una remarcada ausencia de delimitación entre la vida laboral y la vida personal, en tanto que usualmente el trabajo suele ser ejecutado desde el propio hogar¹³³.

¹³² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 2.

¹³³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 6.

En segundo lugar, al examen anterior se agrega que la mayor competencia y el escaso tiempo a disposición para ejecutar tareas repercuten inevitablemente en los niveles de ingresos de estos prestadores de servicios. De ese modo, la amplitud de la disponibilidad de conectividad online a internet, produce un aumento del número de prestadores de servicios que compiten en la oferta de su trabajo, y correlativamente, disminuyen los niveles de sus ingresos y les obliga a “trabajar más horas para sacar un salario decente”. Tampoco puede omitirse el hecho de que algunos trabajos requieren ser ejecutados en determinados momentos del día, o incluso son anunciados exclusivamente en un espacio temporal muy breve y concreto, por lo cual ello también incide y limita considerablemente la libertad de elección de los horarios en que el trabajo sea ejecutado por estos prestadores de servicios. La globalización constituye otro factor determinante que matizan las ventajas formalmente enunciadas, en tanto que los requerimientos de servicios desde distintos lugares y husos horarios, inciden directamente en la limitación de los períodos en que deban ejecutarse esos trabajos, requiriendo en algunos casos una prestación del trabajo durante la noche o en horarios contrarios a una adecuada conciliación entre el tiempo personal y el trabajo¹³⁴.

En tercer término, tal como se encuentra preponderantemente instrumentado en los hechos, el régimen de retribuciones en estas nuevas formas de trabajo en lugar de tener relación con el tiempo de trabajo, están condicionados por la prestación efectiva de tareas y sus resultados; por lo cual podría sostenerse que dichos modelos guardan similitudes con modalidades de trabajo a destajo¹³⁵. En tal caso, la dependencia de un ingreso a la efectiva prestación de trabajo, naturalmente que condiciona la libertad de elección del prestador, quien incluso deberá dedicar mayor

¹³⁴ OIT, “Garantizar un tiempo...”, p. 297.

¹³⁵ OIT, *Las plataformas digitales...*, p. 7.

tiempo, en la medida en que desee conseguir mayores beneficios económicos.

Sin perjuicio de dicha libertad formal, se han decantado algunos datos estadísticos que han demostrado que la realidad es diferente, y que el prestador del servicio debe dedicar muchas horas de trabajo para obtener un beneficio económico suficiente para vivir dignamente. En el caso de Uruguay, analizando exclusivamente la actividad del traslado de pasajeros, para conductores de trabajo intensivo, se ha señalado que para un trabajo de 8 horas diarias, durante 6 días a la semana, por cada mes trabajado el saldo neto de ingresos asciende a \$17.153 -su equivalente en USD479-; para un trabajo de 12 horas diarias, durante 6 días a la semana, por cada mes trabajado el saldo neto de ingresos asciende a \$33.503 -su equivalente en USD936-; y para un trabajo de 12 horas diarias, todos los días de la semana, por cada mes trabajado el saldo neto de ingresos asciende a \$41.361 -su equivalente en USD1.115-. En cambio, para conductores de trabajo moderado, para un trabajo de 3 horas diarias, durante 5 días a la semana, por cada mes trabajado el saldo neto de ingresos asciende a \$10.475 -su equivalente en USD292-; y para un trabajo de 7 horas diarias, durante 5 días a la semana, por cada mes trabajado el saldo neto de ingresos asciende a \$24.442 -su equivalente en USD682-¹³⁶.

Por su parte, analizando el tema de las NTIC, la OIT ha hecho referencia a la existencia de una “difuminación” entre el tiempo de trabajo y el tiempo personal. Asimismo, dicho organismo ha ratificado que las expectativas sobre el equilibrio entre el trabajo y la vida privada en la economía de las plataformas digitales son generalizadas, pero rara vez se basan en pruebas empíricas sólidas. Como ejemplo, se señala que los

¹³⁶ INTENDENCIA DE MONTEVIDEO, *Estudio sobre el funcionamiento del sector de transporte por aplicaciones y sus consecuencias en el sector de transporte oneroso de pasajeros en la ciudad de Montevideo*, 2019. Disponible en <http://www.montevideo.gub.uy/sites/default/files/biblioteca/informefinalt.oneroso12032019.pdf> [consultado el día 24 de junio de 2019].

choferes de la plataforma Uber se ven obligados a aceptar a cualquier cliente una vez que inician sesión en el sistema, ya que la negativa puede acarrear en la suspensión de la cuenta del conductor. De este modo, los trabajadores viven con una incertidumbre constante sobre el salario y el tiempo de su trabajo. Este sistema se combina con una estructura de incentivos que ofrece salarios garantizados para los choferes con alta confiabilidad y notificaciones persuasivas para los conductores que deciden desconectarse en áreas con alta demanda. Por ello es que, en realidad, la flexibilidad prometida se rompe y los límites entre la vida laboral y personal se vuelven cada vez más borrosos para los trabajadores que prestan servicios a demanda¹³⁷.

De ese modo, puede afirmarse que el tiempo de trabajo en la economía de plataformas digitales, en lugar de ser flexible, tal como originalmente es ofrecido en el discurso de los modelos instaurados por estas nuevas formas de trabajo, pasa a ser simplemente laxo y desdibujado, perdiendo las eventuales ventajas asignadas formalmente al mismo.

Este hecho termina por confirmar la premisa en relación a que “la eliminación de la rígida frontera entre tiempo de trabajo y descanso” puede generar en definitiva “una situación en la que el trabajo (prestación laboral propiamente dicha o ciertas gestiones relacionadas con el mismo) lo invada todo y el trabajador ya no disponga de un tiempo fijo de descanso genuino y propio”. Esto ha dado lugar a que se califique al trabajador que utiliza estas herramientas tecnológicas como “el nuevo esclavo tecnológico del siglo XXI, como si la historia estuviese condenada a repetirse”¹³⁸.

¹³⁷ OIT, “Working time...”, pp. 19-25.

¹³⁸ MELLA, L., *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LALEY 1902/2016 [consultado el día 7 de enero de 2019].

Este fenómeno, que toma la forma de contratos de cero horas -con el término anglosajón de *zero hour contracts*-, trabajo “a pedido” o “a demanda”, según DE STEFANO a menudo se corresponde o se asemeja asombrosamente, a formas de trabajo informal que siempre han existido tanto en países en desarrollo como desarrollados¹³⁹. En efecto, BERG y DE STEFANO han afirmado que cuando se observa de cerca a la economía de plataformas, se desprende que en lugar de la “nueva” revolución digital 4.0, el trabajo de la *gig economy* es simplemente un trabajo informal del siglo XXI renombrado¹⁴⁰.

IV.III. La afectación a la salud y seguridad del prestador del trabajo en la economía de plataformas digitales

En relación a la salud y seguridad del prestador del trabajo en la economía de plataformas digitales, debe partirse de la base de que en general las condiciones de trabajo de estas personas no suelen ser uniformes. Sin perjuicio de dicha premisa, también es posible verificar ciertas coincidencias, y de ese modo enmarcar a las condiciones particulares de la prestación de dichas tareas dentro de la categoría de modalidades “atípicas”, por la verificación en muchos de los modelos de un trabajo sin un espacio físico determinado, sin un contrato de trabajo, sin una vinculación contractual a largo plazo, sin un horario de trabajo a tiempo completo, etc.¹⁴¹

¹³⁹ DE STEFANO, V., “Labour is not...”, p. 8.

¹⁴⁰ BERG, J. y DE STEFANO, V., “It’s time to regulate the gig economy”, *Sheffield Political Economy Research Institute (SPERI)*. Entrada de Blog del día 18 de abril de 2017. Disponible en <http://speri.dept.shef.ac.uk/2017/04/17/its-time-to-regulate-the-gig-economy/> [consultado el día 19 de enero de 2020].

¹⁴¹ RIMBAU-GILABERT, E., “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, *IUSLabor*, 2/2019, Universitat Pompeu Fabra, 2019, p. 8. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/Rimbau.pdf/70e7b5b0-686d-d2f0-5c98-4a6cb2ec0019> [consultado el día 28 de julio de 2019].

A ese listado de condiciones de trabajo comunes, también se le agregan determinadas características homogéneas del trabajo prestado a través de plataformas digitales, que terminan incidiendo como factores de riesgo laboral. Así por ejemplo, se destaca la fragmentación del trabajo, la competencia de los prestadores del servicio para ejecutar las tareas, la preocupación de las plataformas por un servicio prestado con excelencia, condiciones de trabajo precarias en materia de jornada, descansos y compensaciones económicas, etc.¹⁴²

En función de ello, se aprecia que “el modo de actuar de las plataformas se caracteriza por acentuar lo que es el proceso de división del trabajo o la denominada ‘desagregación de tareas’ (*unbundling tasks*)”. En tal sentido, en una concepción tradicional del empleo, el trabajo requerido para la producción de un bien o la prestación de un servicio, no se materializa mediante “tareas individuales” que puedan ser desagregadas y contratadas de manera separada, sino que todo por el contrario, dichas actividades conforman el “puesto de trabajo” que es asignado a un trabajador en concreto. Por el contrario, en el trabajo mediante plataformas digitales, la prestación es brindada mediante la cobertura de la oferta de actividades particulares, contratadas individualmente; lo que determina que las tareas se desligan del puesto de trabajo, ya que una multiplicidad de prestadores de servicios se ocuparán -en forma temporal u ocasional- de prestar cada una de las tareas concretas propias del puesto de trabajo. Ello permite concluir que en definitiva en esta realidad lo que se ofertan son tareas determinadas y no un puesto de trabajo¹⁴³.

Tampoco caben dudas en cuanto a que los prestadores de servicios a través de plataformas digitales suelen tener una marcada competencia entre ellos, a los efectos de conseguir la tarea que resulta necesaria ejecutar

¹⁴² FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo...*, pp. 47-70.

¹⁴³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo...*, pp. 51-52.

y que es ofertada en la plataforma, y precisamente, uno de los elementos determinantes para obtener la misma, es la reputación de los trabajadores. Dicha reputación, depende de los algoritmos informáticos y de la opinión y calificación asignada por los usuarios o clientes. En concreto, la misma mejorará siempre y cuando el trabajador complete un mayor número de actividades, y además, obtenga una buena valoración. Por tal motivo, se sostiene que “la persona que tiene capacidad para aceptar más trabajos tendrá una mejor reputación, lo que le llevará, nuevamente, a más trabajos, entrando así en una espiral laboral que puede acabar con una *sobrecarga de trabajo*”¹⁴⁴.

En línea con lo anterior, habitualmente los trabajadores de plataformas digitales no pueden negarse a prestar un trabajo, en tanto que corren el riesgo de obtener malas evaluaciones, y por ende, tal aspecto influye negativamente en su poder de autonomía y aumenta potencialmente el conflicto entre la vida personal y el trabajo. Es por ello que también se aprecia una incertidumbre creciente en tales prestadores, en virtud de no tener una garantía de trabajos ni de ingresos continuos y/o mínimos¹⁴⁵. Dicha mayor inseguridad laboral a la que se someten los trabajadores de las plataformas digitales, en definitiva, trae aparejada una repercusión en su salud en términos de ansiedad, estrés, etc.¹⁴⁶

De hecho existe muy escaso contacto humano en el trabajo mediante plataformas digitales, creándose una nueva categoría de “trabajador invisible”, generando el riesgo de que las actividades cumplidas por los prestadores del servicio no sean siquiera reconocidas como trabajo. En ese sentido, a menudo se designan como “conciertos”, “tareas”, “favores”, “servicios”, “viajes”, etc. Los términos “trabajo” o “trabajadores” son muy poco utilizados en este contexto, y el mismo

¹⁴⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo...*, pp. 52-53.

¹⁴⁵ RIMBAU-GILABERT, E., “Digitalización y bienestar...”, p. 16.

¹⁴⁶ SUSO, A., “El impacto de...”, p. 53.

eslogan *gig economy* resume este aspecto, ya que el término se utiliza a menudo para indicar una especie de dimensión paralela en la que se supone que la protección laboral y la regulación del empleo no se aplican por defecto. Consecuentemente, las consecuencias prácticas de ocultar la naturaleza de “trabajo” de estas actividades y sus componentes humanos también son potencialmente perjudiciales¹⁴⁷.

En función de estas características que se desprenden de la forma de prestación del trabajo, desarrollado en el marco de la utilización de nuevas tecnologías, se extraen una serie de riesgos para la persona a la hora de ejecutar la actividad, que se desdoblán naturalmente en riesgos de carácter físico y psicosocial.

De ese modo, haciendo referencia a los medios tecnológicos utilizados en el ámbito del trabajo, MELLA indica que “la falta de adecuada desconexión tecnológica y del debido respeto al tiempo de descanso y vida privada del trabajador también implica sus propios riesgos laborales para la salud de este, tanto física como mental”. Por ello, los **riesgos físicos** se manifiestan en una serie de factores, como lo son las malas posturas corporales, o el uso prolongado de un aparato tecnológico en una postura fija durante mucho tiempo. Además, debe tenerse presente que se pueden provocar dolores en el cuerpo, de cabeza, etc.¹⁴⁸

Dichos riesgos físicos se detectan tanto en el trabajo ejecutado de manera online, como aquel que es deslocalizado u *offline*, al generarse trastornos músculo-esqueléticos en diversas zonas del cuerpo. En la primera de las modalidades de prestación del trabajo, dichos trastornos tienen como principal causa la forma física del trabajo, derivada de las posturas, repetición de movimientos, etc. En cambio, en la otra modalidad de trabajo que implica desplazamientos del trabajador, la causa más

¹⁴⁷ DE STEFANO, V., “The rise of...”, pp. 4-5.

¹⁴⁸ MELLA, L., *Nuevas tecnologías...*

importante de estos trastornos está relacionada con una manipulación de elementos pesados o cargas, tal como ocurre en el caso del traslado de bienes a un cliente. Pero además de dichos trastornos, también existen otros relacionados con la utilización de las pantallas de visualización de datos, es decir, por el uso del teléfono móvil o la computadora personal, que naturalmente generan riesgos para la salud visual, derivados de la iluminación, o las condiciones de las pantallas -orientación, inclinación, entre otros-. Adicionalmente, tampoco pueden dejar de señalarse determinados riesgos específicos de algunas actividades, tal como ocurre con las prestaciones *offline* que implican la conducción y el traslado de bienes o de personas, en tanto que los prestadores de servicios están particularmente expuestos a los accidentes de tránsito en la vía pública¹⁴⁹.

Asimismo, el trabajo móvil, que es considerado como una forma de trabajo flexible, y además ejecutado en algunas plataformas digitales, constituye uno de los ejemplos de exteriorización de los riesgos físicos, en tanto que al poder ejecutarse la actividad desde cualquier lugar, puede ocurrir que la localización seleccionada -el hogar, espacios públicos o medios de transporte- no sea apropiada desde el punto de vista de la ergonomía, o incluso que implique un trabajo excesivo en número de horas. Por ello es que se ha señalado que en el trabajo mediante plataformas digitales, y dado que suele calificarse como trabajo autónomo, se externalizan en el prestador de servicios las obligaciones propias del empleador de realizar las evaluaciones de riesgos y eventualmente adoptar las medidas que sean adecuadas para asegurar unas buenas condiciones de trabajo y entorno laboral. Ello se colige en detectar que “se transfiere el riesgo a los trabajadores individuales, que normalmente no poseen los

¹⁴⁹ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo...*, pp. 70-73.

conocimientos suficientes para asegurarse de la seguridad de su entorno y su proceso de trabajo”¹⁵⁰.

Los **riesgos psicosociales** también constituyen una constante detectada en este tipo de actividades. Efectivamente, por un lado, las nuevas tecnologías intensifican el trabajo, y a su vez, aumentan la distancia entre “la tarea prescrita y el trabajo real”; y por otro lado, existe una incidencia directa del uso de aparatos digitales en el trabajo, sobre “la disponibilidad temporal y los factores de riesgos psicosociales asociados al sentimiento de conectividad permanente”¹⁵¹. De ese modo, se pueden manifestar “el estrés laboral general o, más específicamente, el tecnoestrés, o su opuesto, la tecnoadicción o, incluso, la más amplia adicción al trabajo o al hecho de trabajar (*workaholims*). Ambos riesgos suelen ir acompañados de efectos secundarios específicos y comunes como la tecnofatiga, la tecnoansiedad o la sobrecarga informativa”¹⁵².

En ese contexto, se ha indicado que “las nuevas formas de empleo, como es el caso de la economía de las plataformas, constituyen el caldo de cultivo perfecto para que el estrés aumente y se difunda en mayor medida, en particular, porque su modelo de organización del trabajo está relacionado con dos de los principales elementos que provocan la aparición del estrés”: el uso de las NTIC y la consideración de la economía de las plataformas como una forma de empleo no tradicional¹⁵³.

El tecnoestrés se manifiesta cuando el trabajador aprecia que no existe una correspondencia entre las demandas exigentes de trabajo y los carentes o bajos recursos personales para adaptarse o adecuarse al uso de

¹⁵⁰ RIMBAU-GILABERT, E., “Digitalización...”, p. 11.

¹⁵¹ TRIONFETTI, M., BINGEN, A., MARTINEZ, E., “Estudio del impacto de las nuevas formas de trabajo sobre la salud de los trabajadores”, *IUSLabor*, 2/2019, Universitat Pompeu Fabra, 2019, pp.49-50. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/3.Trionfetti+et+al.pdf/3488e9c6-0108-4ae1-1d1b-1ba24d537d5a> [consultado el día 28 de julio de 2019].

¹⁵² MELLA, L., *Nuevas tecnologías...*

¹⁵³ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo...*, p. 87.

las nuevas herramientas tecnológicas disponibles en el trabajo. En este caso, se provoca “un estado psicológico negativo, de sufrimiento interno, a la vez que una actitud de repudio hacia la utilización de este tipo de instrumento de trabajo”. Contrariamente, la tecno-adicción se presenta en los casos en que el trabajador conoce y comprende de buena manera a la tecnología, al punto de considerarla como una pasión, y por este motivo se genera una “incontrolable compulsión a utilizar las nuevas tecnologías durante largos períodos de tiempo”, lo que trae como consecuencia de que “el riesgo psicosocial no venga de la mano del rechazo, sino de la adicción a las mismas”¹⁵⁴.

En cuanto a los factores de riesgo psicosociales, el principal que surge en el trabajo de la economía de plataformas lo constituye la fragmentación del trabajo, al existir una distribución en micro tareas vinculadas con la generación de la retribución del trabajador. De ese modo, se señala que dicha circunstancia “está directamente relacionada con la intensificación del trabajo, es decir, los trabajadores se ven obligados a realizar largas jornadas de trabajo, muchas veces sin descanso, para finalizar la micro tarea lo antes posible y poder aceptar una nueva y obtener así una retribución digna”. En otro orden, el hecho de que los prestadores de servicios sean evaluados por los clientes, también constituye un factor de riesgo psicosocial, al tiempo de que las calificaciones suelen condicionar los niveles de ingresos y la permanencia del prestador en la plataforma digital¹⁵⁵. En relación con lo anterior, la forma de obtención del trabajo también constituye un factor de riesgo, en tanto que existe una importante competencia entre trabajadores mediante un proceso selectivo que alienta la excelencia¹⁵⁶.

¹⁵⁴ MELLA, L., *Nuevas tecnologías...*

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo...*, p. 83.

¹⁵⁶ MELLA, L., “Los derechos laborales y de protección social de los prestadores de servicios mediante plataformas digitales”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M,

Al igual que en el caso de los riesgos físicos, el control de esta clase de riesgos psicosociales se encuentra transferido al trabajador, que no tiene capacidad ni formación para evaluarlos ni eliminarlos. De ese modo, es posible ejemplificar que “cuando el servicio se presta en el domicilio del cliente o en circulación, existe un claro riesgo de violencia o acoso interpersonal, así como muchas posibilidades de accidentes”. También se destaca que esta clase de prestadores de servicios “acostumbran a estar aislados unos de otros, lo que genera la falta de apoyo social”¹⁵⁷.

Sumado a lo anterior, los costos que deben afrontar los trabajadores formalmente autónomos o microempresarios, inciden fuertemente en el nivel de ganancias real, arrojando consecuencias directas e indirectas importantes. En efecto, la situación de precariedad generada influye de manera significativa y directa en el bienestar psicofísico de los trabajadores, en tanto que una de las preocupaciones principales de estos es la de no conseguir trabajo suficiente. Asimismo, indirectamente existe una incidencia en las posibilidades de efectivizar y hacerse cargo de la salud y seguridad propias. Ello considerando que los trabajadores podrían infrautilizar instrumentos de protección con el fin de reducir sus costos, o buscar elementos de menor calidad procurando el ahorro dinerario, lo cual evidentemente incrementa la exposición a los riesgos. Además, DAGNINO manifiesta que “la inexistencia de límites temporales en la prestación de los *on-demand workers* expone a algunos de ellos a un fuerte riesgo de *overworking* con consecuencias en su salud y, en algunas ocasiones, en la seguridad de los clientes y de terceros”¹⁵⁸.

Del examen anterior se advierte el incisivo diagnóstico en relación a estas nuevas formas de trabajo, siendo evidenciable que a través de las

(Dir.), *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018, p. 110.

¹⁵⁷ RIMBAU-GILABERT, E., “Digitalización...”, p. 16.

¹⁵⁸ DAGNINO, E., “Uber law: perspectiva...”, pp. 15-16.

mismas “[s]e impulsa un paradigma en el que el éxito del trabajador/emprendedor radica en su autoexplotación”¹⁵⁹.

IV.IV. Las dificultades de la acción colectiva de los prestadores del trabajo en la economía de plataformas digitales

Por otro lado, bajo la perspectiva formal en la que se constituyen las relaciones entre las plataformas digitales y los prestadores de servicios, es decir, en base a la consideración de la autonomía funcional de estos últimos sujetos, es posible señalar un impedimento importante a los efectos del ejercicio del derecho de sindicación en favor de estos prestadores de servicios.

Es así que se señala muy ilustrativamente que:

Hay palabras que evocan en sí mismas la aplicación de un determinado régimen jurídico. La palabra trabajador es sin ninguna duda una de ellas. No sólo en relación con el conjunto de derechos aplicables a la relación de trabajo (salario mínimo, limitación de jornada, etc.), sino también respecto del régimen de Seguridad Social o las instituciones colectiva creadas para la representación y defensa de los intereses del trabajo asalariado. Decir trabajador es decir también sindicato, huelga o negociación colectiva. De ahí que evitar la utilización de las denominaciones más clásicas y emplear otras nuevas no sea tanto una cuestión de modernidad, innovación o creatividad, cuanto de excluir todo el significado jurídico que tienen la utilización de una determinada denominación. Cuando decimos *partner* o proveedor no sabemos los derechos laborales que invocamos, ni conocemos el régimen de protección social aplicable,

¹⁵⁹ SCASSERRA, S., “El despotismo de los algoritmos. Cómo regular el empleo en las plataformas”, *Nueva Sociedad*, N° 279, Enero-Febrero, Nueva Sociedad, 2019, p. 133. Disponible en https://nuso.org/media/articles/downloads/9.TC_Scasserra_279.pdf [consultado el día 21 de junio de 2019].

ni los instrumentos de auto-tutela colectiva que pueden ser utilizados, de manera que se vuelve más fácil la elusión o dilución de los estándares que se aplican a la figura de trabajo asalariado¹⁶⁰.

Tal como lo expresa VILLAVICENCIO con sentido dogmático, “la libertad sindical es el derecho de los trabajadores a constituir y a afiliarse libremente a organizaciones sindicales, y el de éstas y de aquellos a desarrollar actividades sindicales en defensa de sus intereses”¹⁶¹. En efecto, constituye una barrera infranqueable para el ejercicio del derecho de sindicación, el hecho de que los prestadores de servicios sean calificados como auténticos trabajadores dependientes. Ello ha llevado a que la justicia interviniera en algún caso a los efectos de determinar la posibilidad del ejercicio del derecho de sindicación en tales supuestos. Así, a vía de ejemplo, el 19 de marzo de 2019 se dictó una sentencia por parte del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 37 de la ciudad de Buenos Aires, Argentina¹⁶², disponiendo hacer lugar a una medida innovativa solicitada por tres *riders*, y ordenando a la empresa Rappi a desbloquear el acceso a la aplicación digital de los reclamantes, en virtud de considerar que tal acto constituía una conducta antisindical. Sin embargo, el día 19 de julio de 2019, la Sala IX de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo¹⁶³, dispuso la revocación de dicho pronunciamiento.

En esta línea de razonamiento se expresa DE STEFANO, al señalar que muchas de las limitaciones y restricciones existentes a la libertad sindical, el derecho a la negociación colectiva y el derecho a la huelga,

¹⁶⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 5.

¹⁶¹ VILLAVICENCIO, A., *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT*, FCU, Montevideo, 2007, p. 33.

¹⁶² Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 37 de la ciudad de Buenos Aires, Sentencia interlocutoria definitiva N° 1141, 19.03.2019.

¹⁶³ Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, Sala IX, Causa N° 46618/2018, 19.07.2019.

afectan desproporcionadamente a los trabajadores no tradicionales¹⁶⁴. Este autor incluso indica que en algunos casos dichas restricciones llegan tan lejos como hasta la negación del acceso a los derechos colectivos. De ese modo, son destacables dos elementos importantes que tienden a imponer restricciones prácticas a los derechos colectivos. Por un lado, en virtud de una “amenaza implícita” de la pérdida del empleo, en tanto que las medidas protectorias previstas en los sistemas jurídicos no son suficientes, dado que en la práctica los remedios pueden eludirse fácilmente para los trabajadores no tradicionales que prestan tareas a demanda, reduciendo a cero sus horas de trabajo¹⁶⁵. Por otro lado, en algunos sistemas legales el derecho de sindicación y el derecho a la negociación colectiva en favor de los trabajadores independientes pueden restringirse o prohibirse por razones antimonopólicas.

A la dificultad apuntada se le suman otros problemas del trabajo prestado vía plataformas digitales, tales como la soledad y aislamiento social de los prestadores de servicios, provocando problemas para establecer lazos entre colegas, generando una desorganización en el propio colectivo de trabajadores¹⁶⁶. Del mismo modo, es posible señalar otras dificultades para la acción y defensas colectivas, provenientes de la dispersión geográfica, alta movilidad, la falta de identidad profesional clara de los trabajadores, así como un eventual sentimiento de recelo entre los

¹⁶⁴ Recogiendo las conclusiones de un encuentro de expertos nacionales de la OIT, el autor incluye dentro de la noción de trabajadores no tradicionales, a los contratos de duración determinada y otras formas de trabajo temporal, los trabajos prestados por agencias de empleo temporal y otros acuerdos contractuales que involucran a múltiples partes, las relaciones de trabajo encubiertas, el auto empleo dependiente y el trabajo a tiempo parcial (DE STEFANO, V., “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, *Industrial Law Journal*, Vol. 46, N° 2, Industrial Law Society, 2017, p. 188).

¹⁶⁵ DE STEFANO, V., “Non-Standard Work...” pp. 186-191.

¹⁶⁶ TRIONFETTI, M., BINGEN, A., MARTINEZ, E., “Estudio del impacto...”, p. 50; FERRANDO, M., “La tutela colectiva de los derechos de los trabajadores que operan a través de plataformas colaborativas”, en ALFONSO, R. y VALERO, J. (Dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, p. 456.

diferentes prestadores del servicio, motivado en la continua competitividad entre los mismos¹⁶⁷.

En similar sentido, la ausencia de conocimiento de los trabajadores entre sí, así como la falta de contacto personal, constituyen factores importantes en la construcción de los vínculos y de la confianza necesarios para crear y posicionar una voz colectiva¹⁶⁸.

Sin perjuicio de ello, el impedimento del ejercicio del derecho de sindicación no implicará que estos prestadores de servicios no puedan ejercer otros derechos fundamentales con proyecciones colectivas, tal como lo constituye el derecho de asociación. Tal diferenciación ha sido remarcada por OJEDA AVILÉS, manifestando que “la libertad de asociación no equivale a la libertad sindical”, para sustentar argumentos que otros tratadistas españoles han considerado trascendentes; “extender el sindicalismo a situaciones diferentes al trabajo subordinado desnaturalizaría la significación jurídica de la libertad sindical (Cruz Villalón, 2000, 161), e incluso crearía un dumping social perjudicial para los trabajadores típicos debido a la ausencia de niveles protectores que harían atractiva la contratación de autónomos (Gottardi, 1999, 656)”¹⁶⁹.

En este contexto, a nivel comparado se han verificado en los hechos diferentes agrupaciones o asociaciones de estos trabajadores, especialmente en el ámbito de la actividad del transporte de pasajeros y del reparto de bienes.

Por ejemplo, en el caso de Uruguay se conocen al menos tres organizaciones, denominadas ACUA (Asociación de Conductores Uruguayos de Aplicaciones), UCTRADU (Unión de Conductores Trabajadores de Aplicaciones del Uruguay) -agrupada dentro de la central

¹⁶⁷ MELLA, L., “Los derechos...”, p. 102.

¹⁶⁸ DAGNINO, E., “Uber law: perspectiva...”, pp. 24-25.

¹⁶⁹ OJEDA AVILÉS, A., “La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos”, *Aranzadi Social*, N° 5, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2000, pp. 703-718.

sindical del PIT-CNT- y SINUREP (Sindicato Único de Repartidores) - filial de FUECYS, que constituye la federación de empleados del comercio y servicios-. Cabe destacar que esta última nuclea no sólo a repartidores de las plataformas digitales, sino que también a todo tipo de repartidores, de cadeterías, empleados directos de los comercios, etc. Otros ejemplos son los casos de Argentina, en donde ha surgido la APP (Asociación de Personal de Plataformas); Chile, con el surgimiento del Sindicato RV de Conductores de Uber Chile; Estados Unidos, concretado con el IDG de Nueva York (Independent Drivers Guild) y España, con la agrupación Free Riders -que agrupa ciclo-mensajeros- y Riders x Derechos -que nuclea a los denominados *riders*-.

Además de haberse constituido estas organizaciones, también puede citarse como ejemplo claro de una proyección colectiva, la adhesión a medidas concertadas a nivel mundial, tal como fue la denominada “huelga global”, desconexión o “apagón mundial” de los choferes de aplicaciones tecnológicas, dos días antes de que Uber comenzara a cotizar en la bolsa de Nueva York. En concreto, muchos de los colectivos de trabajadores de choferes de aplicaciones en el mundo, y en Uruguay en particular, adhirieron a tales medidas en protesta de la precarización laboral, tarifas abusivas, bloqueos arbitrarios de choferes, etc. En otros casos, también han existido acciones coordinadas entre sindicatos de Europa y Norteamérica para asegurar condiciones laborales más equitativas, siendo un ejemplo de ello la Declaración de Frankfurt del mes de diciembre de 2016¹⁷⁰.

Más dificultades se generan en torno a la posibilidad de que estas asociaciones puedan negociar colectivamente y concretar convenios

¹⁷⁰ *Frankfurt Paper on Platform-Based Work. Proposals for platform operators, clients, policy makers, workers, and worker organizations*, 06.12.2016. Disponible en https://www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Base_d_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf [consultado el día 20 de julio de 2019].

colectivos de trabajo. En efecto, el propio nombre indica que no se tratarían de negociaciones vinculadas con condiciones laborales propias de un trabajo subordinado, sino de medios de regulación de una contratación civil. Inclusive, esta circunstancia viene avalada además por la propia normativa generalmente uniforme y vigente a nivel comparado, en tanto que se suelen regular los sistemas de negociación colectiva de modo de limitar la legitimación de los sujetos habilitados para suscribir convenios colectivos, no incluyéndose a las asociaciones de este tipo.

De ese modo, en muchos sistemas jurídicos se impone la conclusión de que las organizaciones colectivas que no reúnan las condiciones jurídico formales de constituir un sindicato representativo de trabajadores subordinados, no podrán celebrar convenios alcanzados por el Derecho colectivo de trabajo, ni producirán efectos o alcanzarán a sujetos ajenos a los contratos individuales de la prestación de trabajo de base.

Por ello es que determinadas organizaciones sindicales, como la UGT, han centrado su estrategia sindical en algunas medidas concretas para paliar el inconveniente de la acción colectiva de este conjunto de trabajadores; por un lado, afiliar y organizar a los prestadores de servicios de plataformas digitales, incluyendo una colaboración con organizaciones o formas de organización emergentes entre los propios prestadores, y por otro lado, recurrir a la utilización de las vías administrativa y judicial a los efectos de obtener el reconocimiento de la relación laboral de fondo¹⁷¹.

Sin embargo, y en sentido opuesto a dicho apunte, aún considerándose a este tipo de trabajos como ajenos a la noción de subordinación o dependencia, sería de todos modos posible “sortear el

¹⁷¹ UGT, “El trabajo en las plataformas digitales de reparto”, *Estudios*, N° 1, Servicio de Estudios de la Confederación de UGT, 2019, pp. 78-79. Disponible en <https://www.ugt.es/sites/default/files/el-trabajo-en-las-plataformas-digitales-de-reparto-ugt.pdf> [consultado el día 23 de septiembre de 2019].

obstáculo que históricamente desacreditó a la negociación colectiva de trabajadores autónomos”, entendiéndose por tal a “la inexistencia o la dificultad de identificación de una contraparte con quien negociar”. De ese modo, CAPARRÓS plantea que en “estas nuevas relaciones, la contraparte negocial es fácilmente identificable. El sujeto titular de la plataforma virtual reúne las condiciones necesarias para integrar, junto a los prestadores de servicios, la correspondiente unidad de negociación”¹⁷².

IV.V. Los inconvenientes de protección social de los prestadores del trabajo en la economía de plataformas digitales

La protección social de quienes trabajan en la economía de plataformas digitales también es otro de los temas que ameritan un destaque especial como un problema fáctico de esta clase de modelos y formas de organización del trabajo.

En este sentido, MALO ha señalado que la preocupación detrás de la automatización es la destrucción de empleo, mientras que en el caso de las plataformas, la preocupación mayor se concentra en la calidad del empleo y en la protección social¹⁷³.

El principal problema para quienes prestan tareas vía plataformas digitales, se deriva de su condición de trabajadores por cuenta propia, en lugar de su consideración como trabajadores dependientes, encontrándose “fuera del rango de protecciones sociales de las y los empleados de la economía asalariada”¹⁷⁴.

¹⁷² CAPARRÓS, L., “Acción colectiva y prestación de servicios en la economía de plataformas”, *Revista derecho del trabajo*, N° 22, La Ley Uruguay, 2019, pp.73-88.

¹⁷³ MALO, M., “El futuro del empleo ante el cambio tecnológico: De los robots a las plataformas”, *Web de Miguel Ángel Malo*, 2017. Disponible en <http://diarium.usal.es/malo/2017/12/15/el-futuro-del-empleo-ante-el-cambio-tecnologico-de-los-robots-a-las-plataformas/> [consultado el día 16 de abril de 2020].

¹⁷⁴ SUSO, A., “El impacto de...”, pp. 52-53.

Así incluso es declarado por varias plataformas digitales en sus términos de uso y de servicios, mediante los cuales se pretende “eliminar la responsabilidad de las plataformas de brindar la protección laboral estándar establecida por las leyes laborales o los convenios colectivos, incluidos los beneficios de protección social”. Mediante un estudio de campo, la OIT ha destacado que “la cobertura de protección social está inversamente relacionada con la dependencia que la persona tiene del trabajo en una plataforma digital: es más probable que los trabajadores que dependen principalmente del trabajo en plataformas digitales estén desprotegidos”¹⁷⁵.

En algunos casos como el español, estos prestadores de servicios tendrán acceso al sistema de protección social a través de un régimen especial -RETA-, aunque con la carga negativa de ser ellos quienes deben soportar las cotizaciones sociales. Esto puede generar que algunos prestadores de servicios no puedan asumir dichos costos, y por ejemplo, quedar fuera de la protección de determinadas contingencias cuya cotización y acceso es voluntario, como el caso de los accidentes o enfermedades¹⁷⁶.

Los problemas de protección social han sido resumidos en dos grandes grupos; por un lado, identificando casos de desprotección total -por exclusión del sistema-, o parcial -por falta de cobertura de determinadas contingencias-, y por otro lado, una protección insuficiente e inadecuada -por las condiciones precarias del empleo y su proyección en los sistemas contributivos de seguridad social-¹⁷⁷.

Por ello, a modo de síntesis, el alcance de la protección social dependerá en gran medida del encuadramiento de estos prestadores de

¹⁷⁵ OIT, *Las plataformas digitales...*, pp. 63-64.

¹⁷⁶ MELLA, L., “Los derechos...”, p. 119.

¹⁷⁷ SUÁREZ, B., “La gran transición...”, p. 60.

servicios dentro de la categoría de trabajadores dependientes o autónomos.

Como si esto fuera poco, también se plantean problemas serios para los sistemas de Seguridad Social derivados del “impacto negativo que las características de esta actividad económica a través de plataformas digitales han de producir en la financiación del sistema y en su futura sostenibilidad”¹⁷⁸.

En síntesis, DEGRYSE señala que en estas nuevas formas de trabajo asociadas al *crowdwork*, no existe un contrato laboral, ni normas salariales, ni regulaciones o normas de tiempo de trabajo relacionadas con el horario laboral, el lugar de trabajo, la capacitación, el acceso a los sindicatos o la acción colectiva. En definitiva, el trabajador debe gestionar, sobre la base de un contrato de prestación de trabajo por cuenta propia, su propia protección social -desempleo, pensión de jubilación, provisión de enfermedad profesional-, así como la protección de su salud y seguridad¹⁷⁹.

V. Los problemas de calificación jurídica generados en el trabajo prestado mediante plataformas digitales

Según se reseñó precedentemente, estas nuevas formas de trabajo han sido estructuradas organizativamente, en la mayoría de los casos, de manera tal de quedar formalmente alejadas del ámbito de aplicación normativo del Derecho del Trabajo. En este sentido, el diseño de los modelos empresariales están contruidos sobre la base de un discurso metódico, así

¹⁷⁸ SUÁREZ, B., “La gran transición...”, p. 62.

¹⁷⁹ DEGRYSE, C., *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, European Trade Union Institute, Bruselas, 2016, p. 35. Disponible en <https://www.etui.org/fr/content/download/22130/184851/file/ver+2+web+version+Working+Paper+2016+02-EN+digitalisation.pdf> [consultado el día 4 de noviembre de 2019].

como de una implementación formal que se sustenta en dos ideas centrales: la primera de ellas, relacionada con la naturaleza jurídica de la actividad de dichas estructuras empresariales; y la segunda, que reposa naturalmente en la anterior, vinculada con la relación jurídica entablada entre el prestador del servicio subyacente y la propia plataforma digital.

Sobre estos aspectos, existe una gran tentación de “cerrar el caso” instando a una re-calificación generalizada, dirigida a proteger a los trabajadores que participan en formas de empleo particularmente flexibles. Sin embargo, esta sería una manera fácil de resolver la controversia de forma rápida y definitiva, aunque la idea puede resultar errónea, ya que consiste en generalizar que todo el trabajo desarrollado mediante plataformas sea considerado como un falso trabajo por cuenta propia - falsos autónomos-¹⁸⁰.

En efecto, debe advertirse que no todas las plataformas digitales operan de la misma forma¹⁸¹, “ni tampoco las prestaciones de servicios que se desarrollan en el marco de este tipo de empresas son en absoluto homogéneas”, aunque, sin embargo, tienen un denominador común, al utilizar internet y aplicaciones para conectar al usuario con el oferente de un bien o servicio¹⁸². Por su parte, las plataformas digitales realmente pertenecientes a la economía colaborativa, serán en principio excluidas del alcance del Derecho del Trabajo, ya que suelen encuadrarse dentro de acciones voluntarias o trabajos amistosos y benevolentes¹⁸³; mientras que las restantes, que se desarrollan de manera profesional, también tendrán sus características particulares que exigirán su adecuado estudio y encuadre jurídico, teniendo algunas de ellas un especial vínculo con el Derecho Laboral.

¹⁸⁰ DE STEFANO, V. y ALOISI, A., *European legal framework...*, p. 47.

¹⁸¹ PRASSL, J. y RISAK, M., “Uber, Taskrabbit, & Co...”, p. 3; DE STEFANO, V., “The rise of...”, p. 1.

¹⁸² SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 25.

¹⁸³ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 372.

A pesar de esta distinción, cabe señalar que, en resumidas cuentas, muchas de las empresas de plataformas digitales se consideran a sí mismas como prestadoras de servicios de la sociedad de la información, cuya actividad se limita exclusivamente a la intermediación entre el usuario o cliente que solicita un servicio en concreto dentro de esa plataforma y el prestador de dicho servicio. Por ello, las plataformas se presentan formalmente como intermediarias entre oferta y demanda, sin controlar ni desarrollar el producto que se ofrece, aplicando sus energías en la creación de un simple soporte tecnológico¹⁸⁴. Es por este motivo que estas empresas suelen auto etiquetarse como plataformas que se desarrollan dentro del ámbito de la economía colaborativa.

En consonancia con dicho postulado, si la empresa únicamente concentra su actividad en el desarrollo de un producto tecnológico, como lo es una aplicación o plataforma digital, y efectivamente no brinda ningún otro servicio adicional, naturalmente no será necesario que cuente con trabajadores dependientes a los efectos de la prestación de una actividad diferente que no constituye ni integra su giro. Por ello es que los prestadores del servicio subyacente ofrecido dentro de la plataforma, son considerados por estas como trabajadores por cuenta propia o auténticos emprendedores y empresarios.

Sin embargo, incorporando un análisis de esta realidad a partir del Derecho del Trabajo, se genera una problemática desde el momento en que estas premisas discursivas y formales, comienzan a distanciarse de la materialidad de los hechos. En ese sentido, el primer aspecto a considerar es si al soporte tecnológico se le agrega la oferta de un servicio subyacente, que permita comprender que el mismo se incorpora o constituye el giro habitual o principal de las plataformas digitales.

¹⁸⁴ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

Además de lo anterior, el segundo elemento para analizar se corresponde con el desarrollo del trabajo prestado por quienes son formalmente trabajadores autónomos, teniendo presente que el panorama se complejiza cuando la plataforma digital ordena, gestiona y controla al trabajador y, además, percibe una comisión por cada prestación que se lleve a cabo¹⁸⁵. En tales supuestos, el modelo organizativo de dichas plataformas podría desplazarse desde la auto calificación como empresas de la economía colaborativa, hacia la economía de plataformas digitales u *on demand economy* -extremo que ha llevado a designar a estas situaciones como modelos impropios o en sentido amplio de la economía colaborativa¹⁸⁶-, y asimismo, eventualmente a re-encausar la calificación de la relación jurídica entablada con el prestador de servicios, hacia el trabajo dependiente.

La complejidad apuntada se refuerza por el hecho de que lo que surge de las formas no constituye un elemento determinante a los efectos de definir la aplicación del régimen jurídico propio del Derecho del Trabajo, sino que por el contrario, lo esencial para determinar la extensión de la normativa tuitiva laboral, se limita al análisis de lo que acontece en la realidad material de la vida. Por ello es que el Derecho del Trabajo ha asentado tradicionalmente sus bases sobre los conceptos de dependencia o subordinación y ajenidad, a los efectos de comprender dentro de su ámbito de aplicación a todas las relaciones jurídicas que reúnan esos elementos esenciales.

Consecuentemente, se asiste a una “dificultosa operación de encuadramiento jurídico de la prestación de trabajo y del sujeto que la lleva a cabo como consecuencia de las confusas fronteras entre la potencial condición de trabajador y la de usuario de la *Red*”¹⁸⁷.

¹⁸⁵ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

¹⁸⁶ MIRANDA, L., “Economía colaborativa...”, pp. 207 y 208.

¹⁸⁷ TRILLO, F., “Relaciones de trabajo...”.

Por tal motivo, las nuevas formas de trabajo analizadas bajo la óptica del Derecho Laboral encierran un problema de calificación jurídica, a partir del cual su resolución conducirá a comprender determinada situación fáctica dentro del ámbito de aplicación y protección del ordenamiento jurídico laboral, o por el contrario, en excluirlo del mismo.

Ello determina que una eventual calificación errónea, implicará la puesta en juego de varios aspectos en concreto, como el salario mínimo y prestaciones laborales propias del derecho individual del trabajo, así como la tutela en otros derechos laborales fundamentales, vinculados con el derecho colectivo¹⁸⁸.

Puesto en su contexto, el problema de la calificación jurídica de ese trabajo está íntimamente relacionado con la tipología de las plataformas digitales en función del modo de prestación del servicio, y de la dilucidación de si su actividad se centra en la intermediación entre clientes y prestadores, o en la prestación efectiva de un servicio subyacente, mediante el control e influencia de las empresas propietarias de plataformas sobre el mismo¹⁸⁹.

¹⁸⁸ DE STEFANO, V., “La ‘gig economy’...”, p. 161.

¹⁸⁹ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 26.

CAPÍTULO II: LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Sumario: I. El problema de la calificación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales. II. Las plataformas digitales consideradas como intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información. III. Las plataformas digitales consideradas como prestadoras del servicio subyacente ofrecido por medios tecnológicos. IV. Respuestas normativas a nivel comparado. IV.I. Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia. IV.II. La intervención normativa en Uruguay: Decretos de las Juntas Departamentales de Montevideo y Maldonado, y proyecto de ley de regulación de los servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas. IV.III. Proyectos de ley en Chile. IV.IV. Proyecto de ley sobre el “Trabajo Digital” en Colombia. V. Criterios para la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales. VI. La influencia de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales en la calificación del vínculo mantenido con el prestador del servicio subyacente.

I. El problema de la calificación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales

Tal como fuera descripto, las empresas propietarias de plataformas digitales que introducen nuevas formas de trabajo, han consolidado sus negocios sobre la base de considerarse a si mismas como empresas de tecnología, que desarrollan su actividad en el marco de la sociedad de la información y comunicación. En efecto, estos emprendimientos se auto definen como organizaciones que desarrollan una plataforma web y/o móvil, que es administrada por las mismas y que permite que concurren los usuarios o consumidores y los prestadores del servicio subyacente, a los que se los ha denominado de diferentes maneras, aunque con la coincidencia de entender que se tratan de trabajadores independientes o

autónomos. En definitiva, bajo este panorama, las empresas de plataformas digitales solamente actuarían como meros intermediarios, en el sentido de que su actividad se circunscribiría y limitaría a la creación de un espacio virtual y tecnológico que serviría de base para la concurrencia de la oferta y la demanda de un bien o servicio en concreto.

Por ello es que las nuevas formas de trabajo gestadas a través de las plataformas digitales son susceptibles de generar diferentes problemas jurídicos, que pueden analizarse desde muchas disciplinas del Derecho. Así, algunas de las principales interrogantes se refieren al análisis que desde el Derecho Tributario se puede efectuar sobre el alcance y comprensión fiscal tanto de la actividad cumplida por estas plataformas, como de los prestadores del servicio subyacente. Asimismo, la indagación se puede cometer desde las normas del Derecho Administrativo, en cuanto a si resulta necesario el cumplimiento de requisitos previos para la ejecución de la actividad en concreto que es ofrecida vía plataformas digitales. Lo mismo ocurre desde el punto de vista del Derecho Mercantil, en relación a si de la forma en que se ejecutan estos servicios, existen actos que puedan ser considerados como una competencia desleal. En otro orden, también puede citarse el ejemplo del Derecho de la Seguridad Social, al ser necesario responder cuál es o debería ser el régimen de protección social de esos prestadores de servicios, y en su caso, determinar su comprensión dentro del sistema de aportación solidaria. Y finalmente, aunque sin constituir una lista cerrada de problemas, podemos citar el necesario examen desde el Derecho del Trabajo, para determinar si existe normativa que extienda los principios sobre protección a la salud y seguridad en el trabajo para los prestadores de servicios, y si estos últimos sujetos se encuentran comprendidos por el ámbito de aplicación del Derecho Laboral -individual y colectivo-.

En función de ello, este tema concreto ha generado profusos debates y controversias tanto en el ámbito académico -con el aporte de reflexiones en diversas disciplinas del derecho-, así como ante diferentes órganos judiciales y administrativos a nivel comparado, al concretarse conflictos jurídicos que requirieron su intervención y resolución.

De todos modos, cabe destacar que la discusión judicial se ha verificado preponderantemente en el trabajo a demanda vía aplicaciones móviles cuyo ámbito de ejecución es local u *offline*, es decir, en plataformas basadas en la ubicación, en donde además las tareas son designadas a individuos particulares y generalmente relacionadas con las actividades del transporte de personas o las entregas de bienes o productos.

Este tema incluso ha motivado un pronunciamiento concreto por parte de la Sección 1 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo de España, declarando el interés casacional objetivo, en virtud de considerar que es necesario “determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte”. En concreto, en dicho procedimiento se ha debatido si una actividad como la de la plataforma Uber “se enmarca en el ámbito de la normativa de transportes -que exige el previo título habilitante para su ejercicio- o si, por el contrario, sus particulares características la sitúan en el ámbito de la LSSI y, en última instancia, en el ámbito de la Directiva de Servicios -en el que la premisa de partida es el libre establecimiento y la libre prestación de servicios”¹⁹⁰.

¹⁹⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 1, Auto fecha 13.03.2017, N° de Recurso 313/2016.

Además de dicha sentencia, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo también analizó recientemente el tema de la naturaleza de la actividad cumplida por una empresa propietaria de una plataforma digital en concreto -Glovo-, entendiendo que no se trataba de una mera intermediaria entre oferta y demanda del servicio de transporte de bienes o mercaderías, sino que por el contrario, esta empresa prestaba efectivamente el servicio subyacente ofrecido por intermedio de la aplicación tecnológica¹⁹¹.

En efecto, las controversias jurídicas reiteradas en los diversos países, referidas a la determinación de la naturaleza de la actividad de las empresas propietarias de plataformas digitales, se ha desarrollado en el marco de la concreción de los requisitos necesarios para el desarrollo de su actividad. Así es que, en las plataformas que se desarrolla subyacentemente un servicio de transporte, las dificultades han girado en torno a la definición sobre la aplicabilidad de la normativa correspondiente a dicha actividad, y eventualmente, a los diversos requisitos que surgen de la misma -como por ejemplo, la necesidad de obtener una autorización administrativa previa o la concesión de licencias-. Lo mismo ha ocurrido en relación a la actividad de la entrega de bienes o mercaderías, en cuyo caso en algunos países existen exigencias normativas en torno a las habilitaciones para el manejo, conservación y traslado de alimentos o productos farmacéuticos, entre otros ejemplos.

Asimismo, otros pronunciamientos se han referido al problema de calificación jurídica de la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre dichas empresas y los prestadores del servicio subyacente, para cuya resolución ha sido necesario resolver previamente este otro

¹⁹¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019.

problema de calificación de la naturaleza de la actividad cumplida por las empresas titulares de estos soportes tecnológicos.

II. Las plataformas digitales consideradas como intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información

Los diversos fallos dictados a nivel comparado que han considerado que las empresas propietarias de las plataformas digitales son intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información, han recurrido en primer término al análisis sobre su documentación social. A tales efectos, se suele profundizar en el objeto social y mercantil, destacando en casos concretos que este se encuentra limitado a la prestación de servicios de la sociedad de la información, en tanto que la actividad principal se relaciona con el desarrollo de plataformas tecnológicas de intermediación a cuatro bandas¹⁹².

De ese modo, la auto definición de las mismas como empresas tecnológicas es evaluado y confirmado por la jurisprudencia, al manifestarse que las mismas operan como facilitadores del contacto entre personas que requieren un servicio y los sujetos que ofrecen la venta del mismo. La particularidad en este punto radica en los sujetos intervinientes en las diversas actividades, ya que, en el caso del transporte de personas o pasajeros, quienes se ponen en contacto son el usuario con el definitivo

¹⁹² Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 15 de Barcelona, Sentencia N° 179/2016, 18.07.2016, N° de Recurso 439/2015; Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 17 de Barcelona, Sentencia N° 287/2016, 05.10.2016, N° de Recurso 436/2015; Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019; Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017.

prestador del servicio; y a diferencia de ello, en la entrega de bienes o productos se suma un actor adicional, que puede concretarse en diversas clases de comercios -restaurantes, farmacias, supermercados, etc.-.

En un segundo grupo de argumentos, también se ha recurrido al análisis del contrato suscrito entre la empresa propietaria de la plataforma digital y los prestadores del servicio subyacente. En virtud de ello, la auto calificación de estas empresas como intermediarias ha sido aceptada en función de lo que se ha consignado por escrito en forma recurrente en dichos contratos. Los referidos acuerdos, suelen documentarse virtualmente en “términos y condiciones” para la utilización de la aplicación tecnológica, es decir, con un objeto diverso al servicio subyacente ofrecido ulteriormente. Además, se evidencia de manera generalizada que existe una consignación escrita confeccionada unilateralmente por dichas empresas, en relación a que estas se dedican exclusivamente al desarrollo de tecnología y que no brindan el servicio final solicitado y utilizado por el usuario -el transporte de pasajeros, la entrega de bienes, etc.-¹⁹³.

Complementariamente, un tercer grupo de argumentos se relaciona con la modalidad de cobro efectuado por estas plataformas. De ese modo, se ha afirmado que al constituir una solución de tecnología de la sociedad de la información, la percepción económica obtenida de los prestadores del servicio y de los diversos usuarios, se relaciona con los gastos de su operación y no guarda ninguna vinculación con el servicio subyacente¹⁹⁴.

Es por ello que podría concluirse que estas interpretaciones judiciales concentran las baterías argumentativas en aspectos formales, partiendo de la base de otorgarle preponderancia probatoria a lo que surge

¹⁹³ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017.

¹⁹⁴ 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010044-43.2017.5.03.0012, 30.05.2017.

de los documentos, y en particular, a la documentación social de las empresas y a los términos y condiciones confeccionados unilateralmente por las plataformas digitales, que son aceptados por los prestadores de servicios al momento de la creación de las respectivas cuentas o perfiles para acceder al uso de las aplicaciones digitales, sin tener ningún poder de negociación y/o de modificación del alcance y contenido de los mismos.

III. Las plataformas digitales consideradas como prestadoras del servicio subyacente ofrecido por medios tecnológicos

La fundamentación proferida por los tribunales de justicia y organismos administrativos ha sido más abundante y diversa para concluir que, en definitiva, algunas de las empresas desarrolladoras de plataformas digitales no deben ser consideradas como meras intermediarias entre oferta y demanda, sino que, por el contrario, estas ofrecen y brindan el servicio subyacente respectivo. Para sustentar dicha posición interpretativa, el análisis de cada caso en concreto ha sido más práctico que abstracto, así como se ha prestado especial atención a la realidad material de los hechos, antes bien que a lo que pudiera surgir de los documentos aportados principalmente por estas empresas.

El caso más importante en esta materia se corresponde con el que fuera sometido a decisión del TJUE, cuya intervención se ha circunscripto a una cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona, con respecto a un procedimiento entre la Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L. El origen del conflicto estaba vinculado con una presunta práctica de competencia desleal de la empresa Uber, al evitar las limitaciones que el ordenamiento jurídico español le impone al servicio de transporte de pasajeros no colectivo,

destacándose entre ellas a la necesaria autorización previa y la concesión de licencia¹⁹⁵.

Precisamente, en dicha ocasión el Tribunal ha debido calificar la naturaleza jurídica del servicio prestado por Uber, analizando si este se trata de un servicio de intermediación, que conecta mediante una aplicación de teléfonos inteligentes a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano; o si por el contrario, crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas. La sentencia se decanta por la segunda interpretación y concluye que “debe considerarse que este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte”¹⁹⁶.

La referida conclusión se deriva de la consideración de que un servicio como el controvertido en dicho litigio, no se limita a uno de intermediación consistente simplemente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano. En efecto, en el caso, se señala que el transporte de pasajeros lo ejecutan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, mientras que el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas -mediante la aplicación-, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que desean recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano en concreto.

¹⁹⁵ TRILLO, F., “Uber, ¿sociedad de la información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017”, *Revista de Derecho Social*, N° 80, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 127-128.

¹⁹⁶ TJUE, Sentencia del 20 de diciembre de 2017, C-434/15.

Asimismo, el Tribunal ha explicado que el servicio de intermediación de Uber se basa en una selección de choferes no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta empresa les proporciona una aplicación, sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados choferes. Por ello es que el TJUE expresamente sostiene que “Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores”, estableciendo el precio máximo del traslado, recibiendo el pago del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo, y ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar en la exclusión de éstos.

De ese modo, el TJUE sostiene que tal calificación es conteste con la jurisprudencia del Tribunal, que considera como servicio en el ámbito de los transportes, no sólo los servicios de transporte como tales, sino también cualquier servicio ligado de forma inherente a un desplazamiento de personas o mercancías de un lugar a otro gracias a un medio de transporte.

A la vez, el abogado general del TJUE había analizado previamente la posibilidad de atribuir una naturaleza mixta a la actividad cumplida por la empresa, es decir, si podría calificarse que en parte prestaba servicios inherentes a la sociedad de la información, y en parte servicios del transporte de pasajeros. Sin embargo, descartó dicha posibilidad, al entender que el eventual servicio de intermediación “no reporta ningún beneficio económico de forma autónoma”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ TRILLO, F., “Uber, ¿sociedad...”, p. 133.

Por este motivo, señaló que “la prestación de transporte es sin lugar a dudas la principal y la que le confiere su sentido económico. Los usuarios buscan a los conductores con un único objetivo, el transporte de un punto a otro. Por tanto, la fase de conexión tiene únicamente carácter preparatorio, a fin de permitir la realización de la prestación principal en las mejores condiciones”¹⁹⁸.

Además de dicho antecedente jurisprudencial, se han verificado múltiples fallos en diferentes países, de los que surge una copiosa fundamentación tendente a apoyar la misma conclusión apuntada por el TJUE. En el mismo sentido lo ha hecho la doctrina, al señalar en apoyo a esta línea de razonamiento que empresas de este tipo,

prestan un servicio específico por más que se autodefinan como simples bases de datos. Se insertan en un sector concreto, establecen un sistema de retribución, inciden en el precio del servicio, controlan a los prestadores del servicio tanto estableciendo procesos de selección como con un sistema de retroalimentación de las opiniones de los clientes además de la fiscalización del prestador del servicio a través de las propias plataformas y de herramientas de geolocalización¹⁹⁹.

Asimismo, algunos autores han indicado que “en el trabajo a demanda vía apps/internet, el trabajo de los prestadores de servicios...es central, no tangencial, para el negocio de la plataforma”²⁰⁰, y que por lo tanto, “[l]legados a este punto, nos situamos ante plataformas integrales

¹⁹⁸ Conclusiones del Abogado General del TJUE, 11 de mayo de 2017, C-434/15. Disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=req&dir=&occ=first&part=1&cid=2515049> [consultado el día 15 de julio de 2019].

¹⁹⁹ VALLECILLO GÁMEZ, M., “Economía colaborativa...”, p. 464.

²⁰⁰ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 23.

(PI) y no ante prestadoras de servicios de la sociedad de la información (PSSI)”²⁰¹.

En otro orden, los pronunciamientos han partido de un primer escalón argumental, al reconocer que estas empresas desarrollan tecnología al crear la aplicación o plataforma digital que resulta fundamental para el cumplimiento y ejecución de la actividad.

Sin embargo, dicha primera aproximación se contrarresta con el reconocimiento esencial de que la acción de estas empresas se concreta en un *quid pluris* o valor añadido que consiste precisamente en una actividad que va más allá de la simple creación de tecnología al servicio de clientes y prestadores²⁰².

En efecto, en primer término, constituye un elemento determinante a la hora de considerar que estas empresas pueden ofrecer y brindar el servicio subyacente, el hecho de comprobarse una cierta organización, gestión y control de la mano de obra que ejecuta el mismo. En segundo término, también resulta fundamental la constatación de que las mismas empresas organicen, gestionen y controlen el servicio en sí mismo considerado.

En función de ello, se han valorado diferentes proyecciones prácticas que demuestran el grado de organización, dirección y control aludidos. Tal es el caso de que las plataformas tengan una participación activa en la selección de los prestadores del servicio -fundamentalmente conductores y repartidores-²⁰³; que establezcan unilateralmente las tarifas

²⁰¹ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

²⁰² Juzgado de lo Social de Barcelona N° 31, Sentencia N° 193/2019, 11.06.2019, N° de Recurso 662/2017.

²⁰³ Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto N° 15/2017, 23.01.2017, Rollo de apelación N° 494/2016; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015; State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

del servicio²⁰⁴; que se beneficien directamente del marketing realizado por ellas -ya que este no está destinado a ningún prestador individual-²⁰⁵; que actúen frente a los clientes y sean percibidos por aquellos como un auténtico oferente del servicio subyacente²⁰⁶; que indiquen ciertas prohibiciones de conductas a los prestadores²⁰⁷; que ejerzan cierto control sobre la calificación de los prestadores²⁰⁸; que sancionen o disciplinen a los prestadores que no cumplen con las indicaciones de la empresa -generalmente mediante su desactivación de la plataforma, temporal o definitiva, o mediante la merma de actividades adjudicadas-²⁰⁹; o que organicen todas las etapas del proceso productivo²¹⁰.

También se ha considerado poco plausible que sean las empresas propietarias de las plataformas quienes le brindan un servicio a los prestadores, o que el volumen del negocio no esté relacionado o

²⁰⁴ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimoctava, Auto N° 15/2017, 23.01.2017, Rollo de apelación N° 494/2016; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015; State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

²⁰⁵ Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202550/2015 & Others, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 28.10.2016; Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N° UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017; Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018; State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

²⁰⁶ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 343; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019.

²⁰⁷ United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015.

²⁰⁸ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015; State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

²⁰⁹ State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

²¹⁰ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

determinado por la concreción y ejecución del servicio subyacente -la entrega de alimentos, los traslados de pasajeros o viajes, etc.-²¹¹.

En resumidas cuentas, tanto la doctrina como los pronunciamientos citados que se dictaron a nivel comparado, han aportado una evaluación de cada caso sometido a su estudio, en función de la comprobación de una serie de factores desarrollados en la realidad material de los hechos, antes bien que concentrar el análisis en las formalidades. De ese modo, el análisis concreto del control dispensado por las plataformas digitales tanto en la forma y condiciones de prestación del servicio, como sobre las propias personas que ejecutan el mismo, constituyó un factor determinante a los efectos de la re-calificación de la naturaleza de la actividad cumplida por las mismas, en el sentido de asignarles la prestación del servicio subyacente dentro de su objeto social principal, y alejarlas de una operación de simples intermediarias entre oferta y demanda de los mismos.

IV. Respuestas normativas a nivel comparado

Además de la intervención de la justicia en casos como los descriptos precedentemente, que, naturalmente, ostentan de una eficacia relativa en cuanto a su extensión subjetiva y por ende aportan soluciones a situaciones concretas sometidas a la decisión judicial, también es posible detectar en

²¹¹ Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14762, 15.01.2019; Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202550/2015 & Others, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 28.10.2016; Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N° UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017; Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-cv-04065-VC, “Patrick Cotter, et al., v. Lyft, Inc.”, 11.03.2015; Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017.

algunos países la injerencia del Estado mediante su función legislativa, intentando cumplir una finalidad más ambiciosa, al pretender regular de manera abstracta y general determinadas situaciones.

De ese modo, tal como se adelantó, los problemas generados por el trabajo desarrollado vía plataformas digitales son variados, y no se encuentran únicamente limitados a una rama del derecho en concreto, ya que, por el contrario, los puntos de contacto son multivariados, generándose interrogantes para diversas disciplinas jurídicas. Y precisamente, la intervención del Estado mediante su función legislativa en cada uno de estos problemas, ha requerido en algunos casos un pronunciamiento específico con respecto a la naturaleza de la actividad cumplida por las empresas propietarias de plataformas digitales.

IV.I. Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia

Uno de los ejemplos de intervención normativa es el caso de Italia. El Decreto-Ley N° 101 contiene disposiciones urgentes para la protección del trabajo y, en particular, para garantizar la protección económica y reglamentaria de algunas categorías de trabajadores particularmente débiles, entre otros, los denominados *riders*²¹². En función de ello, en el artículo 1 se modifica el Decreto-Legislativo N° 81²¹³ -que forma parte de la *Jobs Act*-, y se introduce un Cap. V-bis, sobre protección laboral a través de plataformas digitales.

A los efectos de este decreto se consideran plataformas digitales los programas y procedimientos informáticos de las empresas que, independientemente del lugar de establecimiento, organizan las

²¹² Disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/09/04/19G00109/sg>.

²¹³ Disponible en https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf.

actividades de entrega de bienes, fijando el precio y determinando los métodos de ejecución del servicio. Por tal motivo, y aunque sin pronunciarse expresamente, se extrae interpretativamente que la norma se decanta por considerar a estas plataformas digitales como prestadoras del servicio subyacente de reparto de bienes.

IV.II. La intervención normativa en Uruguay: Decretos de las Juntas Departamentales de Montevideo y Maldonado, y proyecto de ley de regulación de los servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas

En Uruguay se ha regulado la actividad del transporte de personas en la ciudad de Montevideo, por intermedio del Decreto N° 36.197 de la Junta Departamental de Montevideo -modificado parcialmente por el Decreto N° 37.089-. A través de dicha regulación, se ha concebido a las plataformas digitales como intermediarias entre la oferta y demanda de los servicios de transporte de pasajeros²¹⁴. Contrariamente, la Junta Departamental de Maldonado, que también ha regulado la actividad del transporte de personas, aunque dentro de la circunscripción territorial propia de su departamento, por Decreto N° 4001/2018 ha señalado que esas plataformas digitales prestan propiamente un servicio de transporte de pasajeros²¹⁵.

²¹⁴ En ese sentido, la normativa dispone que “El transporte oneroso de pasajeros en vehículos privados contratado a través del uso de plataformas electrónicas que unan la oferta con la demanda de tales servicios...es una actividad privada de interés público”.

²¹⁵ En concreto, la regulación indica que “el funcionamiento de servicios de transporte oneroso entre privados operados mediante plataformas digitales desarrolladas o promocionadas por Empresas de Redes de Transporte (ERT)”. Y precisamente define a estas ERT como “empresas que intermedien en la prestación de servicios entre los conductores y usuarios, a través de plataformas tecnológicas, o bien promocionen el uso de dichas plataformas y los servicios de transporte que se contratan a través de éstas”.

Sin perjuicio de que dicha normativa se encuentra vigente en el ámbito territorial de esos dos departamentos, y aún cuando se desprenda una clara desavenencia y contradicción jurídica entre ambos instrumentos, a nivel nacional se ha promovido un proyecto de ley para la regulación de los “servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas”²¹⁶, considerando que las personas físicas o jurídicas que presten servicios mediante sistemas informáticos, como lo son las plataformas digitales, deberán someterse a los controles, autorizaciones, permisos, licencias, registros y otras regulaciones, que para la actividad privada, establecen las normas específicas relativas al servicio final que se desarrolle como parte de su oferta²¹⁷.

En virtud de ello, en este último caso, podría deducirse que si se trataran de servicios de transporte de pasajeros prestados mediante el uso de plataformas digitales, según el proyecto de ley, resultaría necesario cumplir con los requisitos y autorizaciones propias de un servicio de transporte; lo que conllevaría a pensar que en ese caso, la normativa proyectada concibe a estas plataformas como prestadoras del servicio subyacente y no meras intermediarias entre oferta y demanda de servicios.

IV.III. Proyectos de ley en Chile

En Chile se han presentado varios proyectos de ley, cuya finalidad se concentró en la regulación de este tipo de realidades, amén de ahondar en otros aspectos diferentes, como por ejemplo, en materia de conciliación, inclusión, etc.

²¹⁶ Disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/128667>.

²¹⁷ Precisamente, allí se dispone que “Los servicios prestados por personas físicas o jurídicas, mediante el uso de sistemas informáticos, incluidos los intermediarios en la transmisión de contenidos vía electrónica, quedarán sometidos a los controles, autorizaciones, permisos, licencias, registros y otras regulaciones, que para la actividad privada, establecen las normas específicas relativas al servicio final que se desarrolle como parte de su oferta”.

El primer proyecto de ley -Boletín N°12.475-13²¹⁸-, fue promovido en marzo de 2019 y tiene la finalidad de regular el trabajo desarrollado mediante plataformas digitales. Sobre esa base, el primer aspecto que se atiende es el relativo a la noción y alcance conceptual de las “plataformas digitales de servicios”²¹⁹. En definitiva, la iniciativa considera que las plataformas digitales no se tratan de meras intermediarias, en la medida de que su propósito sea el de organizar y controlar, por medio de algoritmos, la realización de los servicios conectando a los trabajadores con los clientes que los solicitan.

El segundo proyecto de ley -Boletín N° 12.497-13²²⁰-, es del mes de abril de 2019 y se circunscribe exclusivamente a regular el trabajo de los repartidores de bienes desarrollado en vehículos de ciclos, motocicletas o automóviles; en favor de personas que administran u operen plataformas web o de aplicación de celulares para gestionar la entrega. Si bien del texto no surge explícitamente una conceptualización concreta del giro de actividad de dichas plataformas digitales, de todos modos se puede extraer del contexto de la regulación que las mismas tampoco son consideradas como meras intermediarias entre la oferta y demanda de servicios de reparto de bienes, en tanto y cuanto que las mismas “gestionan” la entrega, y asimismo, la propia norma considera que los repartidores son trabajadores bajo dependencia de las mismas²²¹.

²¹⁸ Disponible en https://www.camara.cl/pley/pley_detalle.aspx?prmID=13004&prmBoletin=12475-13.

²¹⁹ El proyecto dispone en su artículo 1 que: “Para efectos de esta ley se entiende por Plataforma Digital de Servicios toda persona jurídica que ofrece sus prestaciones a través de una infraestructura digital cuyo propósito es organizar y controlar, por medio de algoritmos, la realización de los servicios conectando a los trabajadores con los clientes que los solicitan”.

²²⁰ Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12809&prmTIPO=INICIATIVA>.

²²¹ El artículo 1 del proyecto incorpora un Cap. VIII al título II del Libro I del Código del Trabajo. Básicamente allí se dispone que “Los contratos celebrados entre personas que se desempeñen como repartidores de cualquier clase de bien susceptible de llevar en vehículos de ciclos, motocicletas o automóviles; y personas que administran u operen plataformas web o de aplicación de celulares para gestionar la entrega se registrarán por el Código del Trabajo, con las excepciones que se expresan en los artículos siguientes...”.

Finalmente, un tercer proyecto de ley -Boletín N° 12.618-13²²²-, fue impulsado por la Presidencia ante la Cámara de Diputados de Chile en el mes de mayo de 2019. El mismo se refiere a la “Modernización laboral para la conciliación, trabajo, familia e inclusión”, y el primer aspecto que regula el proyecto de ley precisamente se refiere a los “servicios prestados a través de empresas que operan mediante plataformas digitales de intermediación”.

Sobre esta base, en el artículo 1 se introducen las modificaciones al decreto con fuerza de ley N° 1, del año 2002, del Ministerio del Trabajo y Previsión Social, que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado del Código del Trabajo, y se propone agregar un nuevo artículo 8 bis. Básicamente, la norma proyectada considera a estas plataformas digitales como meras intermediarias entre los clientes y los prestadores del servicio, a quienes excluye además de la regulación laboral por entender que no dan origen al contrato de trabajo.

Por tal motivo, se puede observar que en un mismo ámbito de regulación, los intentos y diferentes propuestas introducidas ante el parlamento chileno, han sido diversos en cuanto a sus contenidos, contradictorios, con aristas de observación diferentes y con finalidades de protección claramente disociadas unas de las otras.

IV.IV. Proyecto de ley sobre el “Trabajo Digital” en Colombia

La situación de Colombia se inscribe en el mismo sentido que la propuesta sobre modernización laboral chilena en relación a la naturaleza de la actividad cumplida por las plataformas digitales, aunque no así en relación a la situación de los prestadores últimos del servicio. En ese sentido, un

²²² Disponible en <https://www.camara.cl/pley/pdfpley.aspx?prmID=12945&prmTIPO=INICIATIVA>.

proyecto de ley presentado en el mes de agosto de 2018²²³, pretendió regular el trabajo digital, introduciendo las nociones de economía digital, empresas de intermediación digital, trabajador digital y trabajo digital económicamente dependiente.

Sobre esa base, en la propuesta legislativa las plataformas digitales han sido consideradas como intermediarias, y definidas como todas las personas jurídicas legalmente establecidas cuyo objeto social sea realizado por conducto de aplicaciones móviles o plataformas tecnológicas y a través de personas naturales.

V. Criterios para la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales

Del examen que antecede, se advierte que conviven dos modelos diferentes de plataformas que responden al variado papel que desempeñan las mismas dentro de la economía. Así, un primer modelo se encuentra inscripto en el concepto de la economía colaborativa, en donde la plataforma cumple un rol de intermediación entre los oferentes y los demandantes de un servicio, mediante su exclusiva participación en el ofrecimiento de servicios tecnológicos de la sociedad de la información. Allí las operaciones celebradas entre los prestadores del servicio y los requirentes del mismo son entre particulares, con finalidades altruistas o desinteresadas de conseguir un fin de lucro, actuando de manera *amateur*. Un segundo modelo se inserta en el concepto de la economía de plataformas, al identificarse que la plataforma efectivamente ofrece y presta el servicio subyacente. En ese caso, las operaciones son las propias del mercado en donde participa un empresario profesional, pudiendo existir relaciones entabladas entre el mismo directamente con un

²²³ Disponible en <http://www.camara.gov.co/trabajo-digital>.

consumidor, o entre el mismo y otro empresario²²⁴. Por ello, a los efectos de poder abordar una sistematización coherente de criterios para la determinación de la naturaleza de la actividad cumplida por las empresas titulares de las plataformas digitales, deben distinguirse estas dos situaciones particulares que representan realidades diferentes, y por ende, su tratamiento jurídico debe ser diverso.

Asimismo, debe admitirse que resulta insuficiente, al menos para ciertos tipos de plataformas, la respuesta que segmenta y distingue, por un lado, el rol del creador e intermediario electrónico que brinda servicios propios de la sociedad de la información, y por otro lado, los oferentes de los bienes y servicios que se corresponden con prosumidores que se convierten en aparentes autónomos. En efecto, además de las plataformas horizontales que concretamente facilitan el intercambio real de bienes y servicios entre sujetos que ofertan y demandan los mismos para su uso temporal, también existen plataformas verticales o fuertemente integradas, que distan mucho de su papel de meras creadoras de determinados mercados y simples intermediarias. En estos casos, las plataformas pueden ser titulares de los principales medios productivos, como lo son la plataforma y la aplicación tecnológica, que van a permitir la organización y dirección de todos los factores de producción, orientados para brindar un servicio subyacente específico. Servicio al que se le confieren características particulares para poder competir con otros prestadores de servicios o aplicaciones, de modo tal que permitan identificar esos servicios, “no ya con el materialmente fungible prestador en cada momento del servicio físico, sino con el tipo de prestación uniformada que articula la plataforma/aplicación, y que se ofrece, por tanto, a los consumidores materialmente como una marca”²²⁵.

²²⁴ MIRANDA, L., “Economía colaborativa...”, p. 206.

²²⁵ CALVO, F., “Uberpop como...”, pp. 353-354.

Por este motivo, se señala que:

sería esta específica búsqueda de una identificación y distinción de tales servicios frente al resto de competidores, de este carácter material de “marca”, en el que las características específicas del concreto prestador individual pierden materialmente importancia, la que nos permitiría distinguir cuando a través de la plataforma se presta un mero servicio de intermediación electrónica -normalmente incardinable en los servicios de la sociedad de la información-, escindible o separable del servicio presencial o cuando, por el contrario, por su trascendencia e intensidad esta preordenación de los servicios a los que puede accederse por la misma la convierten en algo más, en el prestador igualmente de un servicio específico y distinto, que, además, y en esta ocasión, se desarrolla de manera física y, por lo tanto, fuera del ámbito coordinado y del comercio electrónico²²⁶.

En una comunicación de la Comisión Europea al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, en relación a la economía colaborativa, se ha indicado que las plataformas ofrecen un servicio de la sociedad de la información cuando “proporcionan un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios»”. Asimismo, la Comisión destaca que aún cuando las plataformas ofrezcan este tipo de servicios, ello no impide que pueda considerarse que brindan otros servicios adicionales y que por ende sean proveedoras del servicio subyacente. Para dilucidar dicho aspecto, se entiende que es necesario analizar caso por caso si se reúnen ciertos elementos de hecho y de derecho importantes, que responden a la interrogante central de la determinación del nivel de control o influencia

²²⁶ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 354.

que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios²²⁷.

En particular, la Comisión Europea enuncia tres criterios claves, que operan como indicios evidentes de que la plataforma ejerce “una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información)”. Estos elementos son:

- Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.
- Otras condiciones contractuales clave: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)?
- Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente?²²⁸.

Sin perjuicio de esos tres elementos concretos, no se ha descartado la importancia al menos relativa de otros indicios, como lo son la asunción de los gastos y de los riesgos relacionados con la ejecución del servicio subyacente, o la gestión y organización de la selección de los proveedores

²²⁷ COMISIÓN EUROPEA, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, 2016, p. 6. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html [consultado el día 15 de julio de 2019].

²²⁸ COMISIÓN EUROPEA, *Una Agenda...*, pp. 6-7.

del servicio y de la forma en que estos deben ejecutarse, como por ejemplo, verificando la calidad del mismo²²⁹.

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que “el elemento clave para diferenciar las plataformas que operan como meras intermediarias entre prestadores y clientes de las que lo hacen como auténticas prestadoras del servicio subyacente, se sitúa en el nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el servicio que se presta y, por ende, sobre las personas prestadoras de tales servicios”²³⁰. Incluso, no resulta necesaria la acumulación de los tres indicios referidos por la Comisión Europea, especialmente en cuanto a la titularidad de los bienes, a los efectos de que pudiera considerarse que existe el referido control e influencia. Así, es posible afirmar que la determinación del precio y del contenido de las prestaciones subyacentes deben operar como suficientes a los efectos de considerar que no existe una actividad típica de intermediación, sino una actividad centrada en la oferta de un servicio estandarizado con el que se identifica a la plataforma y no a sus colaboradores²³¹.

VI. La influencia de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales en la calificación del vínculo mantenido con el prestador del servicio subyacente

Trasladando el análisis anterior al segundo problema de calificación jurídica ya planteado, desde el punto de vista práctico es posible distinguir dos situaciones divergentes que deben detentar un tratamiento diferenciado. En un primer plano, cabe destacar que algunas plataformas

²²⁹ COMISIÓN EUROPEA, *Una Agenda...*, p. 7.

²³⁰ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 26.

²³¹ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 358.

digitales centran su actividad en la oferta para el disfrute temporal de algún bien. En tales hipótesis, no se suelen proyectar dificultades a nivel del Derecho Laboral, en tanto que los servicios personales que eventualmente pueden verificarse en los hechos, son absolutamente marginales, y “en todo caso, son fácilmente reconducibles al trabajo por cuenta ajena”. Sin embargo, en un segundo plano, el problema generado desde el análisis del Derecho del Trabajo, se concentra en aquellas plataformas digitales que ofrecen servicios de manera personal y que implican la prestación de una actividad de forma directa por parte de un sujeto. En estos supuestos, dichas plataformas pueden desarrollar sus tareas como simples bases de datos o intermediarias entre clientes y prestadores del servicio, o por el contrario, pueden asumir la organización y control del servicio, brindando el mismo de manera operativa²³².

En vista de que, en los hechos, estas empresas se auto califican como desarrolladoras de una plataforma web y/o móvil que posibilita la concurrencia de los usuarios o consumidores y los prestadores del servicio subyacente, de ello se desprende que las plataformas digitales actuarían exclusivamente como meras intermediarias, circunscribiendo su actividad a la generación de un espacio virtual y tecnológico, en donde concurren la oferta y la demanda de un bien o servicio en concreto, que será definitivamente ofrecido por un prestador autónomo.

Del planteamiento anterior se deriva que si las empresas propietarias de plataformas digitales se trataran simplemente de organizaciones intermediarias, y en definitiva, no brindaran el servicio subyacente ofrecido, naturalmente debería concluirse que el vínculo que las une con el prestador de servicios no asumiría un carácter laboral. Consecuentemente, tal calificación como empresas meramente intermediarias que brindan servicios exclusivos de la sociedad de la

²³² SERRANO, R., “Nuevas formas...”, pp. 25-26.

información, sería incompatible con el hecho de tener trabajadores bajo dependencia que presten el servicio subyacente concreto. Por ende, si se concluyera que la plataforma digital es simplemente una mediadora entre oferta y demanda de tales servicios, ello obligaría a considerar que el prestador de servicios debe tratarse de un trabajador autónomo, fuera del alcance subjetivo de aplicación del Derecho Laboral.

Por el contrario, si la determinación de la naturaleza de la actividad prestada por las empresas arroja una consideración diferente, y en su caso, se recurriera a calificar que estas no se dedican a brindar un servicio de la sociedad de la información, sino que en puridad prestan, ofrecen y determinan las condiciones del servicio subyacente que utilizan los usuarios o clientes, cabría preguntarse si se impone entonces descartar la posibilidad de que el prestador se trate de un trabajador autónomo, y en su caso, asuma la figura del trabajador dependiente.

A modo de reformulación y reafirmación de la interrogante, la cuestión se circunscribe en determinar si el análisis de la naturaleza de la actividad cumplida por estas empresas constituye un camino de ida y vuelta, en tanto y cuanto si se determinare que existe intermediación, necesariamente se impondría concluir que el servicio subyacente debiera prestarse por un trabajador autónomo, y si no la hubiere, necesariamente debiera calificarse a tal prestador como un trabajador dependiente.

Si bien este aspecto de la naturaleza de la actividad cumplida por las plataformas digitales es fundamental a los efectos de determinar la calificación del vínculo jurídico mantenido entre quien presta el servicio y la empresa propietaria de la plataforma digital, de todos modos, no resulta determinante. Si se concluye que la empresa no es intermediaria, sino que presta el servicio subyacente, ello no necesariamente conduce a considerar que debe contratar trabajadores dependientes para prestar dicho servicio. Por el contrario, aún en el marco de esta hipótesis las posibilidades

jurídicas se siguen doblegando tanto al recurso del trabajo autónomo, como al dependiente, sin excluirse ninguno de los dos supuestos contractuales.

La razón es que, la identificación de que la empresa titular de la plataforma digital provea el servicio subyacente y no se limite a ser una mera intermediaria, constituye “un requisito seguramente casi necesario para la posible calificación como laboral de tal relación entre estas dos partes”, aunque no es por sí misma suficiente²³³.

De todos modos, en este supuesto, la importancia reside en que existiría una fuerte presunción de laboralidad, dado que para no ser intermediaria y en su caso ser considerada como empresa que brinda el servicio subyacente, ello conllevaría a haberse comprobado que la plataforma ejerce un control decisivo e influyente sobre el servicio y la forma de prestación del mismo, es decir, un control sobre el trabajo y los trabajadores, que se refleja en la realidad de manera incontrastable o preponderante. Todo ello constituye un elemento que debe integrar el análisis para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, incluso bajo la óptica tradicional y clásica ofrecida por el Derecho del Trabajo, que centraliza su examen en la comprobación del elemento de la subordinación como principal cuestión demarcatoria de las fronteras del contrato de trabajo.

²³³ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 361.

CAPÍTULO III: LA NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTABLADO ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES: LÍMITES, PROBLEMAS Y POSIBLES RESPUESTAS

Sumario: I. El trabajo humano y las diferentes formas de contratación de la prestación de una actividad personal: trabajo subordinado y trabajo autónomo. II. Límites a la libertad de elección entre la prestación de una actividad subordinada y autónoma. II.I. Los límites materiales y los límites jurídicos. II.II. Límites derivados de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales. II.III. Límites derivados del principio de primacía de la realidad y el orden público. II.IV. Límites derivados de las restricciones a la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo. III. El problema de la calificación del vínculo entablado entre las plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente: diversas aproximaciones analíticas. III.I. Dificultades para efectuar un análisis desde los instrumentos y principios propios del Derecho del Trabajo. III.II. El enfoque tradicional del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo. III.II.I. El surgimiento del elemento de la subordinación, su concepto y alcance tradicional. III.II.II. El elemento de la subordinación y sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades. III.III. Las propuestas expansivas del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo. IV. La bifurcación de respuestas jurídicas al problema de la calificación. V. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores autónomos. VI. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores por cuenta ajena. VI.I. La STS 2924/2020 del 25 de septiembre de 2020 en España. VII. Modelos de propuestas de *lege ferenda*. VII.I. La intrascendencia de la calificación jurídica y la imposición de un mínimo de protección para toda persona que trabaje. VII.II. La creación de una relación laboral especial. VII.III. La implantación de una figura especial de trabajador autónomo. VII.IV. Las líneas prevalentes en la OIT. VII.V. Valoración crítica de las soluciones de *lege ferenda*. VIII. Respuestas normativas a nivel comparado. VIII.I. Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia. VIII.II. Las Leyes N° 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia. VIII.III. La Ley N° 5 del Estado de California en Estados Unidos. VIII.IV. Proyectos de ley en Chile. VIII.V. Proyecto de ley sobre el “Trabajo Digital” en Colombia. VIII.VI.

Anteproyecto de ley de “Estatuto del trabajador de plataformas digitales bajo demanda” en Argentina. VIII.VII. Proyecto de ley sobre “Empleo digno que regula a los trabajadores de plataformas digitales” en Perú. VIII.VIII. La medida electoral (*ballot*) “*Yes on Prop 22*” del Estado de California en Estados Unidos.

I. El trabajo humano y las diferentes formas de contratación de la prestación de una actividad personal: trabajo subordinado y trabajo autónomo

Sin perjuicio del análisis de la naturaleza jurídica de la actividad desarrollada por las plataformas digitales, así como de su auto calificación como empresas intermediarias, y de los diversos cuestionamientos que se puedan producir en el ámbito de la justicia en relación a cuestiones de carácter administrativo, mercantil o tributario, también se ha debatido este modelo empresarial, en función del vínculo entablado entre las mismas y los prestadores de los servicios. Así es que se han producido conflictos de calificación de dicho vínculo, impugnando la consideración como trabajadores autónomos de los sujetos que brindan el servicio subyacente, y por ende, poniéndose en tela de juicio el ordenamiento jurídico aplicable a dicha relación.

En ese marco de referencia, dogmáticamente puede señalarse que, el trabajo entendido como una actividad del hombre destinada a la producción de bienes con naturaleza económica -y por ende productiva-, puede ser objeto de regulación jurídica de diversas maneras o a través de variados mecanismos. Por este motivo, existe un amplio abanico de instrumentos normativos que regulan la prestación de actividad, y correlativamente diferentes formas de contratación que se pueden celebrar con el objeto del cumplimiento de dicha actividad, aunque cada uno de ellos reunirá diferentes características.

Hace más de medio siglo, destacados laboristas alemanes ya señalaban que si bien teóricamente podrían reunirse en torno a una disciplina especial todas las reglas relativas al trabajo humano, ello colidiría con el derecho vigente, resultando poco plausible desde el punto de vista político-jurídico²³⁴. En similar sentido, MONTOYA enfatiza que el legislador no quiso reunir dentro de un mismo Derecho a todo aquel trabajo que fuere socialmente útil, ya que esta idea representaría una solución poco práctica, en virtud de las diferentes necesidades derivadas de cada realidad -como lo son la de los obreros, los artesanos, los profesionales liberales, etc.-, que hubieren incluso exigido distintos estatutos que hicieren frente a dichas necesidades²³⁵.

Por otro lado, es posible destacar que la prestación personal de actividad puede desempeñarse indistintamente mediante el trabajo dependiente o autónomo, siendo este último “un concepto residual, derivado, a contrario sensu, de la definición de trabajador asalariado”. Sobre esta base, se ha afirmado que “para el TJUE, un trabajador o es trabajador asalariado o es trabajador autónomo”²³⁶, y por ello se extrae que el derecho de la UE es “binario”, ya que sólo reconoce dos categorías posibles de prestadores de servicios, por un lado, el trabajador dependiente o por cuenta ajena, y por otro lado el trabajador autónomo²³⁷.

²³⁴ HUECK, A. y NIPPERDEY, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción española por Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa, Madrid, 1963, p. 19.

²³⁵ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p. 60.

²³⁶ SÁNCHEZ-URÁN, Y., “Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, Vol. 20, 2017, p. 298.

²³⁷ BELTRAN, I., “Directiva 2019/1152 y «derecho al rechazo»: los riders/glovers son trabajadores por cuenta ajena”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Entrada de Blog del día 11 de noviembre de 2019. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/11/11/directiva-2019-1152-y-derecho-al-rechazo->

Incluso, tal diagnóstico podría extrapolarse más allá de las fronteras del ámbito de la UE, ya que dicha bifurcación constituye una realidad ampliamente extendida a nivel comparado.

Asimismo, dicha actividad puede concretarse a través de diversos negocios jurídicos, resultando como principales el contrato de trabajo - que conforma la base que la doctrina mayoritaria exige para determinar la existencia de una relación laboral-, el arrendamiento de servicios y el arrendamiento de obra -regulados principalmente por los diferentes Códigos Civiles-. Esto no quita que no existan muchas otras modalidades contractuales de prestación de actividad humana y productiva, pero no es intención profundizar en figuras alejadas del centro básico de análisis que aparejan situaciones como las que aquí se plantean.

Sin embargo, este esfuerzo de economía no puede inhibirnos de indicar que dichos vínculos jurídicos no son los únicos que se encuentran consagrados a nivel comparado, ya que en distintos ordenamientos comparados, se han enriquecido las variantes o instrumentos que ofrece el derecho para regular las prestaciones personales de actividad cercanas a las que inherentemente ingresan en la dogmática del Derecho Laboral. En este sentido y a modo meramente enunciativo, se encuentran las figuras de la para-subordinación²³⁸ -tal como está reglada en Italia-, el TRADE -trabajador autónomo económicamente dependiente del ordenamiento de España-²³⁹, el *casual worker* -que en el Reino Unido se distingue del

[los-riders-glovers-son-trabajadores-por-cuenta-ajena/](#) [consultado el día 11 de noviembre de 2019].

²³⁸ Motivada por un desarrollo doctrinal del art. 409, N° 3, del Código de Procedimiento Civil italiano, y la reforma de la Ley N° 533 del año 1973.

²³⁹ Definido por el art. 11 del Estatuto del Trabajador Autónomo: “Los trabajadores autónomos económicamente dependientes a los que se refiere el artículo 1.2.d) de la presente Ley son aquéllos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

asalariado *employee* por no estar bajo la autoridad del empleador-, los contratos *zero hours* -también en este país-²⁴⁰ o los cuasi trabajadores -figura que en Alemania es denominada como *Arbeitnehmerähnliche person*-²⁴¹.

A este respecto, los institutos de la para-subordinación o del trabajador autónomo económicamente dependiente pueden concebirse como conceptos sinónimos y utilizarse indistintamente para referirse a “...un caso de trabajo autónomo en el que se genera una especial y determinante dependencia económica entre el prestador del servicio y la empresa o persona que recibe dicho servicio”²⁴².

Por otro lado, en relación al vínculo laboral o contrato de trabajo, en general se ha señalado que lo característico es que el trabajador se encuentra frente al empleador en una posición de dependencia personal, lo que ha sido definido *ab initio* como una sujeción jurídica del primero, exteriorizada por el deber de ajustarse o cumplir las órdenes del empleador. Éste tópico es determinante en diversos ordenamientos jurídicos comparados; simplemente por citar un ejemplo, señalamos que en Alemania, el Derecho del Trabajo “...sólo se aplica cuando se promete realizar un trabajo con obligación de acatar las instrucciones que se reciban” -art. 611 del Código Civil-²⁴³.

No podemos obviar el profundo estudio que efectuara OJEDA AVILÉS sobre la génesis histórica del vínculo contractual, enseñando que el reglamento de taller impone el orden, y el contrato industrial de servicio

²⁴⁰ Figura que se creó pensando en trabajadores autónomos o personal de emergencias, que no se les garantiza trabajo regular ni una estabilidad de ingresos.

²⁴¹ VELASCO, M. y FRÖHLICH, M., “El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador”, *Temas Laborales*, N° 111, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2011, pp. 121-134.

²⁴² CAAMAÑO, E., *La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo*. Disponible en <https://docplayer.es/32904543-La-parasubordinacion-o-trabajo-autonomo-economicamente-dependiente-el-empleo-en-las-fronteras-del-derecho-del-trabajo.html> [consultado el día 20 de agosto de 2019].

²⁴³ DAÜBLER, W., *Derecho del Trabajo*, OJEDA AVILÉS, A. (Revisión), ACERO, M. y ACERO, P. (Traducción.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994, p. 538.

es el que le acompaña como mecanismo consensual, paulatinamente atemperado por las leyes y los convenios hasta devenir en “contrato de trabajo”²⁴⁴.

La circunstancia apuntada reviste una singular importancia práctica ya que, como fuera destacado por ERMIDA URIARTE, se proyectan -al menos- dos consecuencias fundamentales. Por una parte, sólo en virtud de un contrato de trabajo tendrá aplicación el estatuto legal propio del trabajador asalariado -condiciones de trabajo, pago de salarios, ruptura del contrato, etc.-; y por otra, para el Derecho del Trabajo, todo lo que no esté comprendido o alcanzado por las notas propias de un régimen de subordinación, queda al margen de su protección, y por tal razón, el trabajador autónomo o independiente posee una ubicación marginal, semejante a la que ocupa la figura del empleador²⁴⁵.

II. Límites a la libertad de elección entre la prestación de una actividad subordinada y autónoma

II.I. Los límites materiales y los límites jurídicos

Cuando se recurre a la contratación de la prestación de una actividad personal mediante las categorías jurídicas del trabajo subordinado o autónomo, es posible desentrañar una serie de barreras, que representan en algunos casos auténticas dificultades fácticas, y en otros casos, verdaderas imposiciones jurídicas infranqueables. En este sentido, nos

²⁴⁴ OJEDA AVILÉS, A., “La genealogía del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 135, Editorial Aranzadi, 2007, pp. 533-555.

²⁴⁵ ERMIDA URIARTE, O., “El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social”, *Revista Tributaria*, T. X, N° 52, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1983, pp. 5-22.

referimos básicamente a algunos límites de carácter material y a otros que poseen un carácter jurídico.

En relación a los límites materiales, cabe destacar que la realidad impone un dato suficientemente contundente, en cuanto a que las personas necesitan trabajar, ya sea para cumplir un fin social o de realización personal, y, lo que es más importante, para obtener un ingreso económico que permita el sustento propio y familiar. Esa manifestación fáctica desdibuja la libertad de decisión de la persona en relación al hecho de la elección del trabajo en sí mismo considerado, así como también para quién trabajar, bajo qué condiciones o cómo hacerlo. Todo lo cual indica que estamos ante una libertad absolutamente teórica y abstracta.

Del examen anterior se advierte el acierto de BIDART CAMPOS al expresar que “en cuanto al ‘contenido’, los derechos sociales son derechos ‘de obtener’ lo necesario para superar las necesidades y carencias que significan impedimentos de la libertad”²⁴⁶.

De ese modo, se impone un imperativo fáctico, basado en la fuerza de los hechos: las necesidades humanas y su satisfacción. Como tal, dicho límite material recibe un abordaje preeminente desde otras ramas del conocimiento, como la sociología, la antropología, la psicología o, incluso, la filosofía, cuyos estudios y análisis exceden el propósito de una investigación jurídica como la presente.

No menos importantes son los límites impuestos por los ordenamientos jurídicos, que en algunos casos, tal como acontece con el Derecho del Trabajo, encuentran afinidades notorias con dichas realidades, al ser propiamente una rama social del Derecho, y por ende, las cuestiones materiales terminan representando un ámbito de relacionamiento estrecho y apegado a las cuestiones jurídicas. No en vano

²⁴⁶ BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada a 2000- 2001, Tomo I-B, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001, p. 468.

se ha destacado que la crisis económica es “un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo”²⁴⁷, y ello debido a que constituye un producto cultural ligado indisolublemente a un momento histórico determinado, que naturalmente depende de las manifestaciones políticas, sociales y económicas.

Esa apariencia inescindible entre las crisis económicas y el Derecho del Trabajo -identificados ambos conceptos con los límites materiales y límites jurídicos-, ha determinado que en muchas ocasiones las estructuras económicas atribuyan las causas de las mismas a la finalidad social y protectora de la disciplina, y en especial a señalar que el excesivo garantismo jurídico-laboral es el auténtico generador de las crisis del empleo²⁴⁸.

Sin perjuicio de la señalada interdependencia entre las cuestiones materiales y jurídicas, también cabe destacar que existen significativas imposiciones determinadas por las normas, que operan como verdaderos límites jurídicos a la hora de optar entre la contratación de una actividad subordinada o autónoma.

En este sentido, la libertad de elección de los sujetos en relación a las diversas formas de contratación que ordenan jurídicamente la prestación de una actividad personal, encuentra estrictas restricciones, y está por ende relativizada. En efecto, aún cuando las partes opten formalmente por determinada modalidad de contratación, y así lo consignen por escrito, o en el caso de las empresas propietarias de plataformas digitales, así lo dispongan en las bases y condiciones para

²⁴⁷ PALOMEQUE, M., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, N° 143, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984, p. 15.

²⁴⁸ PÉREZ REY, J., “Precarización de las relaciones de trabajo”, en Antonio Baylos, Candy Thomé y Rodrigo García (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014, pp. 1697-1701. Disponible en <http://www.tirantonline.com>. Documento TOL4.133.708 [consultado el 8 de octubre de 2016].

permitir el acceso a la utilización de la misma, el *nomen iuris* del contrato y la calificación que las partes le asignan al vínculo contractual no es vinculante jurídicamente, por varios fundamentos.

En efecto, guardan especial importancia los análisis que se puedan producir en torno a las limitantes derivadas de las disposiciones constitucionales, los derechos humanos y el bloque de constitucionalidad, así como del principio de primacía de la realidad y el concepto de orden público, y finalmente de las restricciones impuestas sobre la autonomía de la voluntad y libre disponibilidad del trabajador, desde la disciplina y tutela jurídica que dispensa el Derecho del Trabajo.

II.II. Límites derivados de las disposiciones constitucionales y del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales

Un primer límite jurídico relevante deriva de las disposiciones constitucionales de cada ordenamiento nacional. En efecto, es comúnmente aceptado que en las constituciones de cada Estado se encuentran establecidos los valores esenciales sobre los cuales el ordenamiento jurídico en su conjunto debe basarse y orientarse.

La razón es que esta es una manifestación del principio de supremacía constitucional y de la noción doctrinaria de la “defensa de la Constitución”. De ese modo, el ordenamiento jurídico en su conjunto se rige por principios y valores determinados que surgen del propio ordenamiento de fuente superior, siendo precisamente uno de estos principios la supremacía de la propia Carta magna que, para su efectiva defensa, necesita de ciertos mecanismos que lo garanticen²⁴⁹. Así, por ejemplo, la interpretación del ordenamiento jurídico inferior “desde” la

²⁴⁹ RISSO, M., *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2ª Edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo, 2006, pp. 265-266.

Constitución, constituye una técnica natural de resguardo de la misma y asegura la aplicación efectiva del principio de supremacía constitucional respecto del entramado normativo que conforma el derecho positivo de un país. Otro tanto ocurre con la aplicación directa de las disposiciones constitucionales, y la consecuente desaplicación de normas de inferior jerarquía que sean contrarias a los preceptos contenidos en aquellas.

En ese contexto también entran en juego los derechos humanos. Ciertamente, no puede desconocerse que expresamente la mayoría de las Cartas nacionales parten de la base de que los derechos humanos son inherentes a la persona, y que por tanto, no se encuentran originados ni creados por el ordenamiento jurídico. Por ello, su limitación es excepcional, y su aplicación no puede estar condicionada a reglamentaciones infra constitucionales, ni a justificaciones derivadas de la soberanía de los Estados.

Asimismo, y en estrecho vínculo con lo anterior, adquiere importancia el concepto del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos, ampliamente aceptado por doctrina y jurisprudencia modernas. El mismo está integrado por todos los principios constitucionales y los instrumentos internacionales que versan sobre derechos fundamentales de la persona, o expresado en otros términos, “por todas aquellas disposiciones y principios de protección de los derechos humanos a los que se le reconoce valor constitucional”²⁵⁰. En un sentido coincidente, se ha definido al bloque de constitucionalidad como aquel “integrado por los derechos asegurados explícitamente en el texto constitucional, los derechos contenidos en los instrumentos internacionales de derechos humanos y los derechos implícitos, donde el operador jurídico debe

²⁵⁰ BARBAGELATA, H., “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, *rev. Derecho Laboral*, N° 237, FCU, Montevideo, 2010, p. 141.

interpretar los derechos buscando preferir aquella fuente que mejor protege y garantiza los derechos de la persona humana”²⁵¹.

De ese modo, BARBAGELATA señalaba que el bloque de constitucionalidad de los derechos humanos ha provocado una superación de las disputas mantenidas entre las corrientes monistas y dualistas, permitiendo un reconocimiento de un “derecho de los derechos humanos, supralegal y supraconstitucional”²⁵².

De estas conclusiones deriva un evidente anclaje constitucional del Derecho del Trabajo, a cuyo proceso de constitucionalización contribuyeron sin lugar a dudas la ratificación de importantes textos supranacionales, así como la concomitante internacionalización de normas laborales que fuera promovida por la OIT²⁵³. En ese sentido, CABRERA BAZÁN explicaba que el fenómeno de la constitucionalización implicó elevar a la categoría constitucional a “los principios tuitivos dispersos en las primeras leyes laborales a manera de compilación genérica, que se trasladan también como abstractas declaraciones a la parte XIII del Tratado de Versalles de 1919, por la que se crea la Organización Internacional del Trabajo”²⁵⁴.

A mayor abundamiento, los principios y disposiciones del trabajo que son constitucionalizados, a diferencia de otras ramas del derecho, son sensiblemente mayores, en el entendido de que forman parte de los derechos inherentes a la personalidad humana, y son indisponibles tanto para el legislador como para el propio constituyente²⁵⁵.

²⁵¹ RISSO FERRAND, Martín; *Ob. cit.*; pág. 114.

²⁵² BARBAGELATA, H., “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, *El trabajo y la constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003, p. 365.

²⁵³ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 90.

²⁵⁴ CABRERA BAZÁN, J., “Fuentes del derecho del trabajo”, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997, pp.48-49.

²⁵⁵ BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo...*, 1995, pp. 121-122.

Particularizando el tema en el caso español, BAYLOS destaca que el artículo 35.2 de la Constitución Española “consagra la función estatal de tutela del trabajo asalariado”, “[c]on la consecuencia de insertar la relación laboral en un sector del ordenamiento regido por principios orientados a proteger la parte más débil de la relación”²⁵⁶.

II.III. Límites derivados del principio de primacía de la realidad y el orden público

Otro de los límites jurídicos a la libertad de elección entre la prestación de una actividad subordinada y autónoma, encuentra un anclaje en el principio de primacía de la realidad, que informa que, ante una disociación entre lo que pudiera surgir de un documento -o de las formas-, y lo que contrariamente pudiera desprenderse de la realidad, debe necesariamente primar lo segundo, en tanto representa la verdad de la vida. De este modo, PLÁ RODRÍGUEZ explicaba que, “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”²⁵⁷.

Sin embargo, el mismo autor señalaba que las cláusulas contenidas en un contrato no pierden utilidad, en tanto que, en principio gozan de una presunción de haber reflejado la voluntad de los contratantes. En este sentido, dicha presunción prevalecerá hasta tanto no se demuestre que las partes pretendieron pactar algo diferente a lo documentado, en cuyo caso se requerirá la prueba de los extremos fácticos que acrediten el

²⁵⁶ BAYLOS, A., “La ‘huida’ del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Manuel Ramón Alarcón y María del Mar Mirón (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, p. 48.

²⁵⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, 3ª Edición, Buenos Aires, 1998, p. 313.

apartamiento de dichas estipulaciones. En definitiva, “la presunción es que el contrato refleja la voluntad verdadera de las partes” y a los efectos de derribar la misma, “deberá probarse que la conducta fue distinta”. Además, se puede inferir que el fundamento para la aplicación de este principio en el ámbito del Derecho del Trabajo resulta de la constatación de la desigualdad de las partes que entablan la relación laboral; “[c]ada trabajador no suele tener independencia para discutir de igual a igual con su empleador, para que los documentos que reflejen el contenido del contrato se ajusten plenamente a la realidad. La forma de corregir toda posible anomalía en ese sentido consiste justamente en darle prioridad a lo que ocurre en la realidad”²⁵⁸.

Con idéntico alcance, en relación al principio de primacía de la realidad, VILLASMIL señala con una descripción muy elocuente que [e]ste fundamental criterio interpretativo dicta que, para la determinación de la naturaleza de la relación entre quien presta un servicio personal y quien lo recibe, se debe tomar en cuenta lo que verdaderamente ocurre en la realidad y no solamente lo que las partes han establecido en el contrato. Por lo tanto, y conforme al principio, antes que la autonomía de la voluntad se privilegia la realidad de la relación entre trabajador y empleador. De este modo, solo la realidad fáctica que surge de la relación de trabajo tiene efectos jurídicos. Bien entendido, ello no quiere decir que las declaraciones de voluntad dadas por las partes no tengan relevancia. Por el contrario, los ordenamientos presumen generalmente de la conformidad entre la voluntad expresada y lo real, aunque obviamente se admite la posibilidad de desvirtuar la presunción si se puede demostrar la disconformidad entre una y otra. En caso de discordancia entre lo formal y lo fáctico, el principio de la primacía de la realidad hace prevalecer esto último. En rigor, la idea nació del intento de

²⁵⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios...*, pp. 332-335.

distinguir los contratos de derecho civil del contrato de trabajo, pues mientras que en los primeros se da una prevalencia casi exclusiva del acuerdo de voluntades, en el segundo se privilegia, más bien la propia ejecución²⁵⁹.

Por este fundamento es que DE LA CUEVA prefería sustituir la idea de contrato de trabajo por la de “contrato realidad”, precisamente “porque existe no en virtud del acuerdo abstracto de voluntades, sino en realidad de la prestación del servicio, y porque es el hecho mismo del trabajo, y no el acuerdo de voluntades lo que determina su existencia”. En virtud de ello es que se define a la relación de trabajo como “el conjunto de derechos y obligaciones que derivan, para trabajadores y patronos, del simple hecho de la prestación del servicio”²⁶⁰.

En similar sentido, CABANELLAS ha indicado que buena parte de la doctrina entiende que “es el hecho del trabajo lo que crea la relación; e incluso este hecho, con contrato o sin él, produce ciertas consecuencias jurídicas”, agregando que “[l]o que ocurre es que a la persona que presta un trabajo se la considera partícipe de los beneficios que se conceden a los trabajadores; y éstos no derivan de la existencia de un contrato de trabajo válido, sino del hecho de dicha prestación, siendo el trabajo el que merece la protección del legislador más que el contrato de trabajo”²⁶¹.

En concreto, en relación al trabajo prestado mediante plataformas digitales, desde el ámbito del Derecho Laboral no se introduce un análisis del *nomen iuris* de los contratos, ni de la intencionalidad de los contratantes, así como tampoco se pondera lo que formalmente surja de los registros del régimen de Seguridad Social al que se adscriben los trabajadores. Por el contrario, prima la realidad de los hechos por sobre estos elementos, lo

²⁵⁹ VILLASMIL, H. y CARBALLO, C., *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016, pp. 87-88.

²⁶⁰ DE LA CUEVA, M., *Derecho mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México D.F., 1949, p. 6.

²⁶¹ CABANELLAS, G., *Contrato de Trabajo*, V.I., Bibliográfica Omeba, 1963, p. 129.

que lleva a que la denominación comúnmente empleada por las partes como *freelancers*, no sea vinculante, sino que en definitiva serán catalogados conforme lo que se demuestre desde la verdad material que envuelve a la relación, o dicho de otro modo, de conformidad a lo que se derive de la forma y modalidad en que se presten realmente los servicios²⁶².

Por este motivo, la eventual libertad de elección del tipo contractual no es tal, sino que su caracterización estará subsumida a la forma en que se ejecute en definitiva ese vínculo jurídico. Por el contrario, algunos autores incluso identifican que no existe un problema en relación a la libertad de elección del tipo contractual, sino que en todo caso el análisis se debe centrar en la libertad de elección del contenido del contrato, ya que lo que ocurra en la realidad, definirá el tipo contractual y su calificación²⁶³.

Además de esta fuerte restricción apuntada, el principio de primacía de la realidad juega un rol decisivo en conjugación armónica con el concepto y contenidos del orden público. En efecto, esta última noción es entendida como “el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social, que son instituidas en la comunidad jurídica como principios, cuya conservación pasa a ser considerada indispensable para el sostenimiento de la organización de aquella y, por tanto, no susceptibles de ser alteradas por la voluntad de los individuos o de los grupos sociales”. Incluso se ha señalado que este concepto de orden público no es inmutable, ya que la conciencia universal cambia, así como los valores tanto en el espacio como en el tiempo²⁶⁴.

²⁶² RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 8.

²⁶³ RIVAS, D., *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, FCU, Montevideo, 1996, pp. 138-143.

²⁶⁴ ROSENBAUM, J., “Reflexiones acerca de la confrontación entre autonomía colectiva y orden público normativo”, *rev. Derecho Laboral*, N° 246, FCU, Montevideo, 2012, p. 245.

De ello deriva lo que suele denominarse orden público social, que constituye un elemento que caracteriza al ordenamiento jurídico laboral heterónomo dictado por el Estado²⁶⁵. El marcado intervencionismo estatal, a los efectos de cumplir un fin protector del sujeto más débil en la relación de trabajo, que en el caso del Derecho del Trabajo siempre se circunscribe a la figura del trabajador, o con el fin de restablecer el equilibrio inexistente y que sea capaz de justificar el vínculo pretendidamente contractual de los contrayentes, se constituye en un conjunto de normas indisponibles de carácter imperativo. Dichas normas conforman precisamente el Derecho del Trabajo, y su finalidad es imponer un límite a la autonomía individual de las partes. Por ello es que el concepto de orden público se dirige a la determinación de que las normas dictadas por el Estado son imperativas, imponiendo límites infranqueables en cuanto a su derogación *in pejus* y conduciendo a que dichas normas sean irrenunciables²⁶⁶.

Por este motivo es que el Derecho del Trabajo desarrolla instrumentos que disminuyen la trascendencia legitimadora de las manifestaciones de voluntad de los sujetos, mediante la creación de normas que se ubican “más allá de la disponibilidad de los particulares”, lo que permite aportar elementos de justicia e igualdad a la relación de trabajo. En definitiva, el trabajo humano adquiere protección “como una expresión específica del más amplio amparo jurídico que va dirigido a la dignidad del hombre y forma parte, indiscutiblemente, de ese complejo interdependiente entramado de valores superiores que configuran la idea de orden público”. Por ello, GARMENDIA sostiene que “la verdadera dimensión de estos valores inherentes a la propia condición humana, los situará por encima de toda disposición jurídica, lo que, incluso, podría

²⁶⁵ GARMENDIA, M., *Orden público y Derecho del Trabajo*, La Ley, Montevideo, 2016, p. 169.

²⁶⁶ ROSENBAUM, J., “Reflexiones acerca...”, p. 246.

proyectarse más allá de la disponibilidad del propio constituyente, puesto que su superlativa esencia, merece una estabilidad tal que podría no resultar compatible ni siquiera con las acotadas posibilidades de variación que posee aquél”²⁶⁷.

II.IV. Límites derivados de las restricciones a la autonomía de la voluntad en el Derecho del Trabajo

En íntima relación con los conceptos de orden público y el principio de primacía de la realidad, se encuentran los límites a la autonomía de la voluntad de las partes que integran la relación de trabajo. En este sentido, cabe destacar que la autorregulación tampoco goza de especial libertad por sobre la intervención heterónoma del Estado con fin tuitivo, sino que, todo por el contrario, los sujetos comprendidos por el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo tienen fuertemente constreñida su autonomía.

La razón es que, con la irrupción del Derecho del trabajo, que se inserta y es parte esencial de la ruptura de la milenaria división bipartita del Derecho, que se abre a un tercer agrupamiento que es el Derecho social, se quiebran los viejos mitos de la autonomía de la voluntad y de la igualdad de los contratantes. Precisamente, en el derrumbe de esos dos mitos de concepción formalista de la libertad y de la igualdad, está la esencia misma del Derecho del trabajo²⁶⁸.

El fundamento radica en que, según expresa ERMIDA URIARTE, el “Derecho del trabajo no es un ordenamiento jurídico igual para todos, sino desigualador o compensatorio”. De ese modo, “la igualdad del

²⁶⁷ GARMENDIA, M., *Orden público...*, pp. 138-174.

²⁶⁸ MURGAS, R., “El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derechos sociales como derechos humanos”, *rev. Derecho Laboral*, N° 250, FCU, Montevideo, 2013, p. 242.

Derecho social es diferente a la igualdad del Derecho privado clásico, que ‘candorosamente’ parte de la suposición de que todos somos iguales”. A diferencia del Derecho Civil, que presupone esa igualdad y por ende se abstiene, el Derecho Laboral en su caso “constata una desigualdad e intenta corregirla”²⁶⁹.

Esta limitación jurídica impuesta a la autonomía de la voluntad de las partes del contrato de trabajo, se manifiesta también en la práctica, siendo este uno de los ejemplos de relacionamiento entre los límites materiales y jurídicos apuntados. Así, según manifiesta SUPLOT, “los hechos desmienten la total libertad de consentimiento de quien se compromete en el contrato de trabajo. La única libertad del trabajador en tal marco jurídico es la libertad de elegir el empresario al que subordinarse, e incluso esto depende del estado del mercado de trabajo”²⁷⁰.

Es así que, por ejemplo, la aplicación de la doctrina de los actos propios en el ámbito laboral ha sido fuertemente cuestionada y resistida. Según el diccionario del español jurídico de la RAE, el acto propio se trata de un “acto que expresa inequívocamente el consentimiento de un sujeto y se realiza con el designio de crear, modificar, o extinguir algún derecho causando estado y definiendo de un modo inalterable la situación jurídica de su autor”. En definitiva, “[l]a persona queda imposibilitada para contrariar sus actos no porque haya quedado vinculada a través de ellos, sino porque debe responder de las consecuencias de la confianza suscitada (Díez Picazo, L. y J. M. Miquel González)”²⁷¹.

En ese sentido, por un lado, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE han entendido que “[e]l principio de irrenunciabilidad

²⁶⁹ ERMIDA URIARTE, O., “Meditación sobre el Derecho del trabajo”, *Cuadernillos de la Fundación Electra*, N° 1, Fundación Electra, Montevideo, 2011, p. 7.

²⁷⁰ SUPLOT, A., *Crítica de Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996, p. 141.

²⁷¹ Disponible en www.dej.rae.es.

impone restricciones fortísimas a la doctrina de los actos propios”²⁷², y por otro lado, PLÁ RODRÍGUEZ señalaba que “la obligatoriedad de las normas jurídico-laborales lleva a la irrenunciabilidad de beneficios y, con ella, a la excepción sistemática de la teoría de los actos propios”²⁷³.

Del examen anterior se deduce que existe una limitación a la voluntad contractual en la celebración del contrato de trabajo, y que la misma incluso se deriva de limitaciones genéricas o propias del Derecho Civil, y limitaciones específicas o propias del Derecho del Trabajo, tal como lo constituye “la irrenunciabilidad propia de las normas del derecho del trabajo”²⁷⁴.

En síntesis, confluyendo con estas ideas RODRÍGUEZ-PIÑERO indica que “para evitar la prepotencia contractual del empresario”, el Derecho del Trabajo ha establecido límites legales y colectivos a la libertad y al propio poder de disposición contractual del trabajador en tanto contratante débil. Ello se traduce en definitiva en una radical reducción del margen de autonomía de la decisión individual en la regulación y ejecución del contrato de trabajo²⁷⁵.

Entonces, la limitación a la disponibilidad normativa del trabajador, en relación a los derechos consagrados en las normas, deviene una consecuencia lógica del carácter imperativo del ordenamiento jurídico laboral. Tal consecuencia y contenido resulta además necesario, en tanto que “[s]i no fuera así, la autonomía privada podría desplazar mediante

²⁷² ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 707.

²⁷³ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios...*, p. 126.

²⁷⁴ SARTHOU, H., *Trabajo, Derecho y Sociedad*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2004, pp. 17-19.

²⁷⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, pp. 28-29.

actos de disposición individuales la eficacia de las normas imperativas laborales”²⁷⁶.

III. El problema de la calificación del vínculo entablado entre las plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente: diversas aproximaciones analíticas

A los efectos de analizar este problema, como punto de partida, resulta especialmente ilustrativa la afirmación de MONTTOYA, en cuanto a que no existe tema tan esencial y perenne, a los efectos de la construcción y mantenimiento de la disciplina jurídica del Derecho del Trabajo, como el de la delimitación del tipo de actividad y el tipo de trabajo regulado por dicho ordenamiento jurídico²⁷⁷.

En efecto, desde el ámbito de estudio del Derecho del Trabajo, podrían aportarse diversas perspectivas de análisis al tema planteado, sin ser todas ellas ni siquiera excluyentes entre sí. En primer lugar, es posible destacar la corriente que se enfoca en desentrañar la amplitud subjetiva de la disciplina, proponiendo englobar dentro de su ámbito de aplicación personal a todas las situaciones en las que exista trabajo, aún cuando este no posea las notas típicas de su prestación personal por cuenta ajena, de forma onerosa y subordinada -que clásicamente se le ha asignado a los efectos de la determinación de su inclusión o exclusión dentro de la materia que es objeto de estudio-²⁷⁸. En segundo lugar, también sería posible introducir una reforma legislativa que se destine a la regulación de

²⁷⁶ MERCADER, J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 129.

²⁷⁷ MONTTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, p. 57.

²⁷⁸ ROSENBAUM, J., “Otras formas de contratación con falta de pertenencia al contrato de trabajo. Hacia una teoría sobre el trabajo global”, *El derecho del trabajo en tiempo de cambios. Libro en Homenaje al Dr. Adrián Goldín*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2017.

manera especial de las nuevas formas de trabajo prestadas mediante plataformas digitales, entre otros ejemplos.

Partiendo de la realidad fáctica y normativa actual, el camino preponderante en el abordaje de esta temática se ha concentrado en analizar la existencia de la relación de trabajo en las nuevas formas de trabajo. Por ello es que la doctrina y jurisprudencia han concentrado su examen en función de la aplicación de una técnica de subsunción de los hechos al contenido normativo de cada realidad jurídica, tratando de despejar la incógnita fundamental de si los prestadores de servicios en la economía de plataformas digitales, ejecutan el trabajo que constituye objeto del Derecho del Trabajo, o si por el contrario, desarrollan una prestación de actividad que es ajena a la regulación y comprensión de esta disciplina jurídica.

La dificultad de esta cuestión fue ilustrada por LORD WEDDERBURN, quien entendía que la relación laboral podía ser comparada con un elefante -el autor hacía referencia a la aplicación de un método de examinación, denominado como el “*elephant test*”-; porque cada observador considera esencial un rasgo distinto del mismo -trompa, altura, grandes patas, etc.-, un animal demasiado difícil de definir pero fácil de reconocer cuando se lo observa²⁷⁹.

A los efectos de dar respuesta a dicho dilema, en resumidas cuentas, el examen que surge de la literatura científica y de las diversas soluciones jurisprudenciales relevadas, se suele circunscribir a identificar si el prestador de servicios constituye un trabajador dependiente, de conformidad con el ordenamiento jurídico aplicable de cada país, o si por el contrario, este ejecuta un trabajo en calidad de autónomo, o se encuentra comprendido dentro de la regulación de determinados estatutos

²⁷⁹ WEDDERBURN, K. W., *The Worker and the Law*, 3ª edición, Sweet and Maxwell, Londres, 1986, p. 116.

particulares, como el del trabajador autónomo económicamente dependiente, para-subordinado, u otras figuras jurídicas similares.

Consecuentemente, para cumplir con dicha finalidad, se ha destacado sabiamente que por más “intrincados y evasivos que sean los supuestos que suministran nuevas prácticas, quehaceres y ocupaciones profesionales dentro de una realidad social compleja y en profunda transformación, la operación judicial procedente no es otra técnicamente que la subsunción de aquellos en las reglas que califican la posición jurídica de trabajador”²⁸⁰.

III.I. Dificultades para efectuar un análisis desde los instrumentos y principios propios del Derecho del Trabajo

Estas nuevas formas de trabajo que se desenvuelven mediante plataformas digitales, ha dado lugar a que se diagnostique la insuficiencia del derecho, y del Derecho Laboral en particular, para regular estos cambios y realidad, calificada incluso como disruptiva. Sin perjuicio de que es posible reafirmar que las prestaciones de trabajo desarrolladas en este ámbito, no son en si mismas novedosas, en particular en cuanto a los servicios subyacentes ofrecidos a través de las mismas, sino que el elemento novedoso está reflejado en la innovación tecnológica que los acompaña, debe agregarse que estas mutaciones producen de algún modo un movimiento de las bases estructurales del ordenamiento jurídico en relación a la aplicación, interpretación e integración normativa.

Por este motivo se destacan varios procesos en la evolución del mundo del derecho, en los cuales continuamente se encuentran presentes

²⁸⁰ PALOMEQUE, M., “La noción de trabajador y el ámbito de aplicación del derecho del trabajo: estancamientos y transformaciones”, *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, pp. 67-68.

la regulación y la inadecuación de las reglas jurídicas, siendo necesaria la nueva aprobación de normas que permitan ofrecer una respuesta adecuada a las realidades novedosas. De eso se deriva que cuando el derecho deviene obsoleto o incapaz de dar respuesta a problemas sociales en un momento determinado, se proyecta una primera fase donde se tornan necesarios los mecanismos de adaptación del ordenamiento, mediante las técnicas de interpretación adaptativas propuestas por los propios operadores jurídicos. La segunda fase se corresponde con la regulatoria, y por ende, este proceso se resume en una dinámica de regulación, obsolescencia y nueva regulación. El Derecho del Trabajo es sin lugar a dudas una de las materias más dinámicas del conjunto del ordenamiento jurídico, en constante transformación, y además, está provisto con “mecanismos de adaptación especialmente eficaces, muchos de los cuales son propios y exclusivos de esta rama del sistema legal”, encontrándose en el presente a prueba con el auge y asentamiento del trabajo desarrollado vía plataformas digitales²⁸¹.

Por otro lado, también cabe consignar que en cada supuesto concreto donde un sujeto ejercita su derecho a la tutela judicial efectiva, solicitando a los tribunales nacionales que se declare la existencia de una relación de trabajo, a este le corresponde acreditar los elementos típicos de dicha vinculación, sin que para ello sea posible ni adecuado jurídicamente acudir a los institutos, principios y mecanismos tuitivos y de interpretación inherentes al Derecho del Trabajo. Ciertamente, en estos casos en los que se somete a la decisión de los órganos jurisdiccionales la determinación sobre si un supuesto particular constituye o no una vinculación jurídica laboral tutelada por el Derecho del Trabajo, el

²⁸¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 187-188.

juzgador no puede asistirse de las normas de dicha disciplina, ni de sus mecanismos de interpretación, o de las funciones interpretativas de sus principios, para resolver la controversia litigiosa.

Al fin y al cabo, no puede pretenderse aplicar dichas normas o mecanismos interpretativos para resolver ese tipo o clase de controversia, desde que lo que se discute justamente es la base de la relación jurídica, y en particular, si efectivamente ese supuesto concreto estará comprendido por el alcance del Derecho del Trabajo o por otra rama del derecho. Por ende, la existencia de la relación de trabajo constituye el antecedente lógico para la aplicación de los institutos y principios del Derecho Laboral.

En suma, a la hora de definir si una relación jurídica debe reputarse como un vínculo laboral, y por tanto, estar comprendida dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, existe un impedimento para que el intérprete recurra a las normas, reglas hermenéuticas y funciones interpretativas de los principios de la disciplina, y en concreto, a las diversas reglas que tornan operativo al principio protector *-in dubio pro operario*, condición más beneficiosa y norma más favorable²⁸².

III.II. El enfoque tradicional del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo

A los efectos de intentar responder la interrogante planteada en relación a la calificación del vínculo entablado entre las empresas titulares de plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente, uno de los enfoques analíticos posibles se corresponde con una aproximación tradicional en relación al alcance subjetivo del Derecho del Trabajo. En este sentido, al igual que lo han predeterminado varios fallos judiciales a nivel comparado, el primer mecanismo para dilucidar el problema de

²⁸² De acuerdo con la estructura y desarrollo del principio protector que expone PLÁ RODRÍGUEZ (PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios...*).

calificación presupone un análisis clásico de lo que constituyen los elementos típicos y esenciales del contrato de trabajo. De ese modo, es comúnmente aceptado que resulte necesario procesar el estudio de dichos elementos, a la luz de la realidad y de los hechos, con el fin último de determinar la existencia o inexistencia de una relación de trabajo entre el prestador de servicios y las plataformas digitales.

En función de ello, existe cierta coincidencia a nivel comparado en cuanto a que la relación laboral suele estar definida por la conjunción de cuatro elementos particulares, requiriéndose una prestación de trabajo de carácter personal, a cambio de una remuneración, con la presencia de las notas de ajenidad y dependencia. Según este enfoque, la cuestión de discernir la presencia de la nota de la subordinación en una relación entre dos sujetos de derecho, se erige como el punto determinante de la vigencia conceptual del Derecho del Trabajo respecto de cada caso concreto.

Así es que se ha señalado que la subordinación representa “la piedra de toque fundamental”²⁸³ a los efectos de determinar la existencia de una relación de trabajo y la aplicabilidad del sistema normativo protector del Derecho del Trabajo.

III.II.I. El surgimiento del elemento de la subordinación, su concepto y alcance tradicional

En el cauce del proceso histórico de formación del Derecho del Trabajo, la intervención del Estado mediante las primeras normas laborales - período identificado como el de la legislación obrera-, tuvo por finalidad primordial apaciguar la situación de explotación de la clase trabajadora - provocada por las deficientes condiciones de trabajo compartidas por los trabajadores en el marco histórico de la ya comentada “cuestión social”-.

²⁸³ MONTROYA, A., “Sobre el trabajo...”, p. 58.

Sin embargo, es posible señalar que en dicho proceso no existió especial preocupación en relación a “la identificación precisa de una categoría general a la que ligar la acción protectora”, en tanto que “la situación económica-social era de suyo suficientemente expresiva sobre los sujetos necesitados de protección”²⁸⁴. Por ello se ha señalado que “estas primeras disposiciones de intervención estatal en el campo de las relaciones laborales no considerarán ni siquiera preciso fijar, con el rigor propio de la técnica jurídica, su ámbito subjetivo de aplicación”²⁸⁵.

Así pues la legislación obrera constituyó una operación defensiva, o una respuesta del Estado liberal, en tanto que mediante su intervención normativa de carácter protector buscó la integración del conflicto social en términos compatibles con la viabilidad del sistema establecido, asegurando el dominio de las relaciones de producción del capitalismo. En dicho proceso evolutivo de la transición hacia lo que constituye el Derecho del Trabajo, surge la noción de la subordinación como criterio de determinación del alcance subjetivo de la disciplina. En efecto, “el tránsito de la legislación del trabajo hacia la consolidación de un verdadero Derecho obrero...será el resultado a lo largo de los años sucesivos de la concurrencia de un buen número de factores”. En particular, dichos factores pueden resumirse en la internacionalización de la normativa laboral, la constitucionalización social de los derechos laborales, y la construcción dogmática de la disciplina²⁸⁶.

La noción de la subordinación se origina como una respuesta también defensiva respecto de la corriente civilista del socialismo jurídico,

²⁸⁴ PÉREZ DE LOS COBOS, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, N° 39, España, 1993, p. 32.

²⁸⁵ CRUZ VILLALÓN, J. “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999, p 170.

²⁸⁶ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, pp. 54-55.

que pretendió incorporar al entonces innominado contrato de trabajo dentro de la gobernanza del contrato locativo romano²⁸⁷. Precisamente, el paso de las figuras civiles al contrato de trabajo es producto de la intervención del Estado burgués, con la finalidad de proteger al trabajador y limitar los derechos del empresario. Dicho intervencionismo estatal, que limitó la autonomía de la voluntad, provocó el nacimiento del nuevo contrato, denominado contrato de trabajo, que será inserto en la generación de una nueva rama del Derecho, conocida como el Derecho del Trabajo²⁸⁸. Por ese motivo es que se ha considerado que la subordinación es el fundamento de la autonomía del Derecho del Trabajo²⁸⁹.

Entonces, la concepción del trabajo subordinado como objeto de regulación del Derecho del Trabajo, no es consecuencia de una decisión de la doctrina científica, sino de una necesidad de regular con carácter protector al trabajo industrial del siglo XIX, a los efectos de mejorar las condiciones de trabajo y de preservar el orden social y económico²⁹⁰.

Como muestra MONTOYA,
el Derecho español del Trabajo nace y se desarrolla hasta nuestros días como ordenamiento del trabajo dependiente...Con todo, la sustancia del concepto permanece invariable desde la antigua propuesta del Proyecto de Código Civil de 1821 ('el superior tiene derecho a la dirección del trabajo', artículo 462; 'el dependiente debe respeto y subordinación al superior, art. 467), hasta la fórmula,

²⁸⁷ UGARTE, J., "La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo", *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 11, N° 1, Universidad de Zulia, Venezuela, 2005, pp. 25-26. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33611102> [consultado el día 9 de octubre de 2019].

²⁸⁸ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 472.

²⁸⁹ D' ANTONA, M., "La subordinazione e oltre, una teoría guiridica per il lavoro que cambia", *Lavoro subordinato e dintorni*, Editrice Il Mulino, 1989, p. 44.

²⁹⁰ MONTOYA, A., "Sobre el trabajo...", pp. 59-60.

anticipada por una larga evolución jurisprudencial, del vigente artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores²⁹¹.

Según apunta SANGUINETI, “la entronización de la subordinación en el centro de gravedad de la nueva disciplina jurídica sirvió también para marcar un determinado rumbo en cuanto a la extensión de su ámbito de aplicación, de decisivas consecuencias para el futuro”²⁹².

En ese marco, BARASSI señalaba que “[e]l actual contrato de trabajo en cuanto es una relación entre el trabajador libre y quien del trabajo quiere sacar provecho, es hoy en su estructura interna lo que era ayer, lo que era hace dos mil años”²⁹³. Por ello es que dicho elemento de la subordinación será el definitorio a los efectos de diferenciar un contrato a través del cual se pone a disposición la actividad *-operae-*, del que compromete un resultado de ese trabajo *-opus-*²⁹⁴.

Así es que se ha construido una noción de la nota de la dependencia, identificándola con el “sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario”²⁹⁵, o en términos de BARASSI, “el derecho de quien está investido del poder de imponer su voluntad y en la obligación de quien es sujeto pasivo de aceptar y secundar esa voluntad adecuando a la misma su conducta”²⁹⁶.

En definitiva, la definición de la noción de dependencia se construye sobre la base de su consideración como una posibilidad del empleador de imprimir, cuando lo crea necesario, una cierta dirección a la

²⁹¹ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, p. 61.

²⁹² SANGUINETI, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA Editores, Perú, 1997, p. 33.

²⁹³ BARASSI, L., *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano-Napoli, 1915, p. XXI.

²⁹⁴ BARASSI, L. *Diritto del Lavoro e assicurazioni sociali*, Milano, Giuffrè Ed., 1930, p. 159.

²⁹⁵ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, p. 62.

²⁹⁶ BARASSI, L. *Diritto del...*, p. 181.

actividad del trabajador²⁹⁷. Por ello es que PLÁ RODRÍGUEZ señalaba que “[n]o sólo no se trabaja para sí sino que no se realiza el trabajo que uno quiere y en la forma que uno lo decida, ya que el trabajador debe atenerse a las directivas que le señale aquel para quien trabaja”²⁹⁸.

Asimismo, distinguiendo la subordinación o dependencia jurídica de la dependencia económica, es posible señalar que la primera se reduce “al modo de ejecución del trabajo con sometimiento a órdenes o criterios organizativos de otra persona”. En ese sentido, también es posible poner de manifiesto la evolución de dicho concepto, al menos desde la interpretación jurisprudencial dispensado al mismo. Así, en un momento inicial este carácter fue concebido como “sujeción estricta a las órdenes de otra persona”²⁹⁹.

En línea con este contenido, algunos autores coinciden en que el elemento de la subordinación implica que el trabajador se somete a realizar su trabajo al cumplimiento de las órdenes e instrucciones del empleador, y a su vez, se destaca que este carácter constituye una nota que define el tipo de trabajo asalariado³⁰⁰.

Adicionalmente, debe decirse que dicho sometimiento, considerado como el punto neurálgico de la dependencia jurídica en su concepción clásica, alcanza no sólo a la sujeción del trabajador al poder de dirección del empleador, sino también a su sometimiento al poder disciplinario³⁰¹.

Por su parte, RIVAS ha extraído una cierta homogeneidad sustancial en todas las definiciones particulares aportadas por diferentes

²⁹⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de derecho laboral*, Tomo II, Volumen I, Ediciones Idea, Montevideo, 1991, p. 24.

²⁹⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, p. 95.

²⁹⁹ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Vigésimoséptima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2018, pp. 44-178.

³⁰⁰ VIDA SORIA, J., MONEREO, J., y MOLINA, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª Edición, Editorial Comares, Granada, 2009, pp. 11-315.

³⁰¹ MONTOYA, A., *Derecho del Trabajo*, Trigésimo octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2017, p. 41.

autores a nivel comparado, centradas en definitiva en que la idea de la subordinación “implica que el trabajador se obliga a prestar el trabajo bajo la dirección del empleador”³⁰². Además, cabe destacar que dicha dirección está referida a la determinación de las modalidades, lugar y tiempo de ejecución de la prestación del trabajo³⁰³.

Del mismo modo se han expresado ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ, quienes analizando la doctrina latinoamericana, identifican que si bien las definiciones sobre la subordinación son diferentes, de todos modos, esencialmente no toman distancia del modelo tradicional de la definición de BARASSI, especialmente en cuanto a la subordinación jurídica, que es entendida por lo general “como la obligación que tiene el trabajador de sujetarse al poder directivo del empleador, quien, en ejercicio de su facultad de organizar y dirigir la empresa, puede dar órdenes al trabajador, fiscalizar su cumplimiento y tomar medidas disciplinarias cuando éste incurra en faltas”³⁰⁴.

Según UGARTE, de ello se deriva una “colonización del Derecho del Trabajo por el Derecho Civil: el contrato de trabajo es un contrato de derecho privado, de los que ya conocían los romanos, y su escasa novedad es la dependencia o subordinación como elemento central”. En resumen, según este autor, se alcanza “una síntesis dogmática y política perfecta”, ya que el contrato de trabajo se inserta dentro del paradigma locativo civil, “lejos de la idea de un derecho social de clase, con espíritu obrero”, y

³⁰² El autor cita como ejemplos a BARASSI, SAVINO, CASSI, PERSIANI, MAGRINI, SANTORO-PASSARELLI, GHEZZI, ROMAGNOLI, GRANDI, PERA, PESSI, DURAND y SAUSSAUD, CAMERLYNK, DESPAX, HUECK y NIPPERDEY, DAÜBLER, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE, MONTOYA MELGAR, MARTÍN VALVERDE, RODRÍGUEZ SAÑUDO, GARCIA MURCIA, DE LA CUEVA, DEVEALI, KROTOSCHIN, RUSSOMANO, BUENO MAGANO, SANGUINETI, ALBURQUERQUE, DE FERRARI, BARBAGELATA, PLÁ RODRÍGUEZ, y ERMIDA URIARTE.

³⁰³ RIVAS, D., *La subordinación...*, pp. 35-38.

³⁰⁴ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación”, *Ius et veritas*, N° 25, Asociación Civil IUS ET VERITAS, Lima, 2002, p. 284.

encamina un cauce formal jurídico, “mediante la creación de la figura normativa del trabajador dependiente, a la nueva y cada vez más abundante legislación de protección social”³⁰⁵.

A este sistema, SUPLOT lo ha catalogado como el modelo militar de la subordinación³⁰⁶, el que fue inicialmente resistido porque precisamente evocaba la idea de sometimiento propia del derecho romano y de la esclavitud³⁰⁷.

Al resultado de dicho proceso se lo ha denominado gráficamente como “el efecto barassi”, en tanto que se decanta en “la identificación del necesitado con la del subordinado”, lo cual constituye una conclusión paradójica. En efecto, por un lado, el Derecho del Trabajo deja de ser considerado como el derecho de los obreros industriales, para abarcar comprensivamente a toda relación laboral, con independencia de la condición socio-económica del sujeto protegido, pero por otro lado, el prototipo normativo acaba marginando el tipo social, ya que por priorizar la formalidad jurídica sobre la base social, se termina por tutelar a quien no lo necesita y por desproteger a sujetos que quizás merecen especial protección³⁰⁸.

También cabe destacar que el concepto tradicional de la subordinación devenido de su construcción y aplicación jurisprudencial inicial, solía identificarse “con los signos exteriores a través de los cuales ésta normalmente se expresa (sometimiento estricto del trabajador a las órdenes del empresario, puesto de manifiesto a través de indicios tales como la presencia constante en el centro de trabajo, el cumplimiento de un horario, etc.)”. En tal sentido, la noción clásica apuntada constituía una

³⁰⁵ UGARTE, J., “La subordinación...”, pp. 28-29.

³⁰⁶ SUPLOT, A., *Le droit du travail*, PUF, Francia, 2004, p. 16.

³⁰⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1991, p. 21.

³⁰⁸ UGARTE, J., “La subordinación...”, pp. 28-29; RODRIGUEZ-PIÑERO, M. “Contrato de trabajo...”, p. 24; GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U. *Il rapporto de lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984, p. 23.

rígida concepción de tal elemento³⁰⁹, de muy difícil comprobación en la vía de los hechos.

Dichas dificultades y rigidez se explican dado que la noción tradicional de la subordinación se encontraba asociada incluso a un método subsuntivo de aplicación de la dependencia, que requería “la comparación por la vía de un juicio de identidad entre la figura normativa y el caso concreto”. En sustancia, “en el método subsuntivo la subordinación está definida por uno o más elementos enumerados exhaustivamente, y considerados por el legislador o el juez o quien corresponda, como esenciales, de modo tal que la ausencia de a lo menos uno de ellos importará necesariamente la no aplicación del concepto-definición de subordinación”³¹⁰.

En ese sentido, bajo este método -al que BAYLOS denomina como el método silogístico³¹¹-, “[l]a calificación se realiza mediante la comparación, analítica, de los elementos contenidos en la definición y de los que están presentes en el caso concreto”³¹².

III.II.II. El elemento de la subordinación y sus adaptaciones flexibles a las nuevas realidades

La insuficiencia y defectos evidentes del concepto y alcance clásico de la subordinación, pusieron en tela de juicio a dicho elemento como criterio demarcatorio de las fronteras del trabajo por cuenta ajena, al punto de introducirse diferentes teorías que buscaron superar dichos defectos, ya sea mediante la propuesta de la primacía de la nota de la ajenidad por sobre la dependencia, la negación de la subordinación y de su papel definitorio,

³⁰⁹ SANGUINETI, W., *Contrato de trabajo...*, pp. 36-38.

³¹⁰ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 39.

³¹¹ BAYLOS, A., “La ‘huida’...”, p. 37.

³¹² RIVAS, D., *La subordinación...*, p. 180.

o el desplazamiento de la subordinación a un plano secundario. Sin perjuicio de las mismas, y de la significativa y sustancial fundamentación producida por una parte importante de la doctrina, el elemento de la subordinación comenzó a ser entendido “de un modo más elástico y flexible”, al asignársele “una interpretación abierta de su contenido y alcances, a partir de las posibilidades que la propia indeterminación del concepto ofrece”³¹³.

Dicha evolución ha sido entendida por MONTOYA como un “proceso de espiritualización de la noción de dependencia”, que implicó el tránsito de la noción precisa y rígida de la dependencia, hacia “un concepto menos definido pero más elástico, referido a la inserción del trabajador en un ámbito organizativo ajeno”. Así es que se explica que la constante expansión tuitiva ofrecida por el Derecho del Trabajo, se viene produciendo mediante una relajación o relativización del alcance e intensidad de la nota de la dependencia, pero no mediante una modificación del objeto del Derecho del Trabajo³¹⁴.

De ese modo, las innovaciones tecnológicas, y en particular su repercusión en las formas de organización productiva y de las empresas, han conducido a un proceso constante de redefinición de la noción de la dependencia³¹⁵.

Estas adaptaciones flexibles del elemento de la dependencia, constituyen respuestas prácticas a lo que la doctrina identificó como el problema de las situaciones de “huida” o “fuga” del Derecho del Trabajo, verificadas bajo el escudo de “necesidades tecnológicas, de competitividad o de organización del trabajo...buscando o teniendo como efecto la

³¹³ SANGUINETI, W., *Contrato de trabajo...*, pp. 36-38.

³¹⁴ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, pp. 62-64.

³¹⁵ MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (Coords.), *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990, p. 227.

colocación de un trabajador fuera del ámbito de aplicación del derecho laboral”³¹⁶.

Las situaciones de “huida” se construyen e identifican con la preferente utilización de modelos contractuales no laborales con el fin de definir determinadas prestaciones de servicio, y concomitantemente, la migración hacia formas jurídicas de carácter civil o mercantil, en supuestos como los de la descentralización productiva y/o la contratación de servicios profesionales externos, ampliándose también hacia la prestación de algunos trabajos atípicos. Estas hipótesis se han generado al considerarse al Derecho del Trabajo como un sistema normativo rígido, cerrado y limitativo del espíritu libre del trabajador, así como de la gestión eficiente de la empresa, y se ha encontrado en estas formas de expulsión o de impedimento de ingreso a la protección del Derecho Laboral, como un mecanismo de reducción de costos laborales y como una estrategia de la creación de empleo³¹⁷. Consecuentemente, BRONSTEIN afirma de manera gráfica que “tenemos un Derecho del trabajo [probablemente] cada vez con más normas, pero con menos clientes”³¹⁸.

Por ello es que el problema generado por este proceso de fuga, proviene principalmente del tema de la “cualificación del trabajo prestado como laboral o extralaboral”, enfrentándose en definitiva las categorías jurídicas del trabajo autónomo y el trabajo dependiente. Incluso se ha señalado que el lugar típico para dilucidar dicho problema de cualificación

³¹⁶ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 285.

³¹⁷ BAYLOS, A., “La ‘huida’...”, pp. 35-40.

³¹⁸ Expresión que empleó en el X Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, Panamá, 26 al 29 de septiembre de 2016; citado por RASO, J., “América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, N° 1, ADAPT University Press, 2018, p. 25. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/549/750 [consultado el día 19 de enero de 2020].

es mediante la decisión judicial, precisamente, al “judicializarse” esta clase de conflictos jurídicos³¹⁹.

En otro orden, el fenómeno de la huida puede explicarse desde dos perspectivas en concreto.

En primer lugar, desde lo que se ha denominado como la “deslaboralización”; mediante el recurso a la simulación o fraude; o situaciones fácticas en que de manera intencional se incumple con la normativa laboral -pontenciado por la ineficiencia de los organismos fiscalizadores-; o la precarización del empleo; o modelos de desregulación que tienden a expulsar a determinadas situaciones fácticas del ámbito tutelar de la normativa laboral³²⁰.

En segundo lugar, la explicación también se extrae por la evolución producida en las concepciones sobre el modelo del Derecho del Trabajo.

En efecto, el modelo clásico del Derecho del Trabajo estaba circunscripto en un arquetipo industrial histórico, basado en “el contrato de trabajo como categoría típica construida sobre la subordinación del trabajador a la que se liga un estatuto jurídico protector”, y en el que se identifica a una empresa jerarquizada, “con un poder de dirección nítido y concentrado y volcada hacia la producción masiva de productos en serie”, que “[p]ara su funcionamiento precisa de una utilización masiva de contratos de trabajo típicos”. Pero dicho estereotipo clásico ha sido reemplazado por concepciones modernas que atienden al surgimiento de la denominada “empresa flexible”, en el que se difumina en el contrato de trabajo la nota de la dependencia, y se sustituye la empresa rígida y jerarquizada³²¹.

³¹⁹ BAYLOS, A., “La ‘huida’...”, p. 37.

³²⁰ MURGAS, R., “La delimitación del ámbito de protección del Derecho del Trabajo”, *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, SPDTSS, 2015, p. 564.

³²¹ CASAS BAAMONDE, M., “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, en Manuel Ramón Alarcón y María del Mar Mirón (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 191-192.

La razón es que, al sobrevenir la organización flexible de la producción y consecuentemente de la empresa como unidad productiva, ha perdido importancia la manifestación del poder de dirección, que respondía a un modelo de empresa diferente, en tanto que existen otros medios más adecuados para alcanzar el resultado laboral esperado, y cumplir con los fines del empleador³²².

Particularmente, la rigidez del concepto clásico de la subordinación, y su correlativo método de identificación mediante la técnica subsuntiva, ha llevado a que los juristas busquen diferentes soluciones, que han pasado desde precisar el significado de la noción de dependencia, reelaborar su contenido, o inclusive, poner en tela de juicio su pertinencia e idoneidad a los efectos de definir el trabajo que es objeto de regulación por parte del Derecho del Trabajo³²³.

En este sentido, los hechos han demostrado la necesidad de la evolución del contenido y alcance de la noción tradicional de la subordinación, en tanto que de otro modo las situaciones excluidas del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo se tornarían cada vez más recurrentes y crecientes.

Del examen que viene de exponerse se advierte que, tal como lo afirma SANGUINETI, la elasticidad de la noción de dependencia ha servido como “soporte conceptual a la tantas veces ponderada en el pasado ‘tendencia expansiva’ del Derecho del Trabajo, al hacer permeable su ámbito de aplicación a las nuevas necesidades sociales”³²⁴.

La flexibilidad del elemento de la subordinación y la consiguiente adaptación a las nuevas realidades, se logra sustancialmente mediante la aplicación de un método diferente al de la subsunción -aplicado

³²² RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, N° 1, La Ley, Madrid, 1992, p. 91.

³²³ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, p. 58.

³²⁴ SANGUINETI, W., *Contrato de trabajo...*, p. 57.

fundamentalmente en el modelo clásico-, sustituyéndose la metodología por una de carácter tipológico. Así, en lugar de requerirse la identidad total entre el concepto normativo con los hechos, este método introduce un juicio de semejanza, mediante un sistema de indicios abierto y elástico, que permite concluir en su existencia cuando un número suficiente de elementos se comprueben y reúnen³²⁵. De ahí se explica que la flexibilización del elemento de la subordinación se acompañó por la adaptación del método a través del cual se lleva a cabo “la valoración de la presencia de los elementos definitorios de la laboralidad”³²⁶.

En definitiva, este método tipológico entraña el reconocimiento de que el concepto de trabajador subordinado es simplemente un “tipo”, y que no necesariamente en cada caso en concreto deben verificarse una serie detallada de criterios determinantes de su concepción. Dicho extremo también implica el rechazo de establecer criterios abstractos por adelantado que deban cumplirse en todos los casos individuales, sino que en su lugar, resulta necesario que se utilicen varios criterios indicativos de la existencia de una relación laboral, mediante la aplicación de una evaluación general holística, para determinar si una persona califica como trabajador subordinado³²⁷.

III.III. Las propuestas expansivas del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo

³²⁵ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 40.

³²⁶ SANGUINETI, W., “El test de laboralidad...”, p. 2.

³²⁷ WAAS, B., “The legal definition of the employment contract in section 611a of the Civil Code in Germany: An important step or does everything remain the same?”, *Italian Labour Law e-Journal*, N° 1, Vol. 12, Department of Sociology and Business Law. Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, 2019, pp. 26-27. Disponible en <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/9695> [consultado el día 16 de abril de 2020].

Un segundo enfoque que intenta dar respuesta al problema planteado, reconoce la complejidad de definir el alcance protector de la disciplina, y por tanto, se centra en el análisis del ámbito de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo empleando una visión más amplia, y proponiendo su extensión a situaciones y relaciones jurídicas con independencia de la existencia del elemento de la subordinación.

En definitiva, el objeto de estudio se circunscribe a la cuestión de “la elección del grupo o colectivo de personas que requieren la protección laboral, conocido como el debate de las fronteras del Derecho del Trabajo”³²⁸. En concreto, PALOMEQUE ha señalado que este enfoque se reduce a propuestas dirigidas hacia la “refundación institucional del Derecho del Trabajo”³²⁹, y en similar sentido, ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ las han identificado como concepciones que atienden al “redimensionamiento” de la disciplina³³⁰.

En esta línea propositiva, se ha planteado la interrogante en relación a la justificación de la expulsión del trabajo por cuenta propia del ordenamiento laboral, así como de la protección del sistema de la Seguridad Social cuando, en varias ocasiones, tanto trabajadores autónomos como subordinados comparten las mismas necesidades de tutela y de protección como sujetos débiles de la relación contractual. Precisamente, la dificultad de responder a esta cuestión, radica en la necesaria revisión del concepto y funciones del Derecho del Trabajo³³¹, derivado de “la crisis de la consideración del trabajo subordinado o por

³²⁸ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 31.

³²⁹ PALOMEQUE, M., “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”, *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004, p. 43.

³³⁰ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 292.

³³¹ VALDÉS, A., “El trabajo autónomo...”, pp. 13-14.

cuenta ajena como un área homogénea que podía ser objeto de una regulación general y tendencialmente homogénea”³³².

De este modo, según explica BAYÓN CHACÓN, el presupuesto básico de este enfoque analítico lo constituye la idea de que “la protección legislativa a los que viven de su trabajo no es un problema jurídico estático y resuelto ya para siempre o para largos años,...sino un fenómeno dinámico y vivo”³³³.

En concreto, esta discusión en relación a la esencia del Derecho del Trabajo, y en particular sobre el alcance de la protección otorgada a los trabajadores, “supone, sin duda, pensar la razón de ser de esta disciplina jurídica (ontología jurídica) y sobre los valores que la sostienen (axiología jurídica)”³³⁴.

En consonancia con estas posturas, también debe señalarse que actualmente existe una tendencia de ir prescindiendo de la nota de la subordinación a los efectos de comprender dentro de la disciplina a toda actividad profesional, aún cuando no se preste en situación de dependencia³³⁵.

Por ello es que desde la doctrina científica se pueden verificar diferentes respuestas al problema de la elección del colectivo protegido -cuya decisión es eminentemente política-, recurriéndose a variados criterios, como el de la dependencia económica, la noción de la actividad productiva y la protección de todas las personas con independencia de su

³³² RODRÍGUEZ-PINERO, M., “Contratación temporal y nuevas formas de empleo”, *Relaciones Laborales*, N° 1, Madrid, 1989, p. 50.

³³³ BAYÓN CHACÓN, G. “El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, N° 71, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1966, p. 6.

³³⁴ PALOMO, R., “Subordinación, autonomía, zonas grises y nuevos trabajos. Otra nueva vuelta de tuerca al qué y cómo proteger en el mundo del trabajo”, *XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, SIDTSS, Córdoba, 2019, p. 49. Disponible en <http://www.cramecordoba2019.com.ar/wp-content/uploads/2019/10/PonenciasCRAME2019.pdf> [consultado el día 7 de octubre de 2019].

³³⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, p. 96.

condición de asalariado -soluciones que coinciden en la extensión de la protección laboral³³⁶; o incluso una posición más des-protectora, como “el regreso de las relaciones de trabajo asalariado al ámbito del Derecho común de bienes y contratos”³³⁷.

Según indica PALOMEQUE, todas las propuestas que propugnan una reforma de la disciplina jurídica, parten “de la comprobación elemental de la crisis de adaptación del ordenamiento laboral clásico a los cambios experimentados por el sistema de producción y los modos de organización del trabajo”. De allí se derivan estos planteos, de modo que el ordenamiento jurídico laboral pueda “seguir realizando la función de cohesión social que le es propia más allá de su reducto industrial tradicional”³³⁸.

Así, por ejemplo, el criterio de la **subordinación económica** toma como premisa de partida que el Derecho del Trabajo debe ser un ordenamiento centrado en el hecho de que la persona que presta su trabajo depende económicamente de su empleador, antes bien que centrarse en el estado de la subordinación jurídica. De ese modo, para quienes proponen esta lectura, es valor entendido que “la necesidad de protección de parte de la ley laboral no está vinculada al hecho de recibir órdenes, sino al hecho de depender económicamente de otro”. En definitiva, este criterio permite centrar la protección dispensada por el Derecho Laboral a quienes particularmente lo necesitan, es decir, a quienes trabajan en una situación de debilidad económica y social³³⁹.

En definitiva, este concepto de la dependencia económica “se refiere a que la fuente predominante de los ingresos del trabajador proviene de manera estable de un solo ‘cliente’, del que aquél pasa a

³³⁶ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 31.

³³⁷ PALOMEQUE, M., “La función y la refundación...”, p. 44.

³³⁸ PALOMEQUE, M., “La función y la refundación...”, p. 43.

³³⁹ UGARTE, J., “La subordinación...”, pp. 32-33.

depender en cuanto a provisión de medios de vida a partir de un cierto umbral³⁴⁰.

En tal caso, respecto del trabajador la remuneración puede ser única y principal -de ahí se extrae el aspecto relativo-, aunque respecto del empleador debe absorber de manera integral y regular la actividad del trabajador -de ahí su aspecto absoluto-³⁴¹.

Según ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ, la subordinación económica es tratada por autores como CAPITANT, DURAND, DEVEALI, DE LA CUEVA y CALDERA; y señalan que en tanto que todas las modalidades de “fuga” se dirigen a desfigurar la subordinación jurídica, o al menos a disfrazarla mediante el recurso de diferentes formalidades, la dependencia económica en cambio es más difícil de encubrir. En definitiva, se sostiene que con el criterio de la dependencia económica se regresaría al origen histórico de la tutela laboral, teniendo presente que la razón primigenia de protección estaba centrada en la desventaja económica, social y negociadora del trabajador, representando tal cambio de criterio un beneficio, en razón de que en la actualidad la dependencia jurídica no resulta ser un parámetro confiable³⁴².

Algunos autores incluso han señalado que la subordinación económica debe ser considerada como un elemento determinante y complementario de la noción de la subordinación jurídica, especialmente en los casos de frontera, en donde la verificación de este último elemento no sea clara³⁴³.

Sin embargo este criterio no ha superado la crítica que señala que en algunas ocasiones auténticos trabajadores autónomos suelen

³⁴⁰ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo...*, pp. 44-45.

³⁴¹ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1991, p. 26.

³⁴² ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 290.

³⁴³ MURGAS, R., “La delimitación...”, p. 566.

encontrarse sujetos económicamente a quienes les prestan sus servicios. Tal es el caso de las hipótesis encuadradas dentro de las regulaciones más actuales sobre las categorías del trabajador autónomo económicamente dependiente, la para-subordinación y otras figuras análogas que han ido surgiendo en el derecho comparado.

Asimismo, el análisis planteado desde esta óptica también ha sido criticado por su vaguedad, ya que “la noción de subordinación económica se refiere a situaciones sociales muy diferentes, lo que no permite solucionar con precisión las dudas que pueden presentarse en una determinada relación jurídica”³⁴⁴.

Además, SUPIOT agrega que este criterio no fue el elegido desde el comienzo para caracterizar el contrato de trabajo, en tanto que por su imprecisión se prefirió un criterio de orden jurídico como el de la subordinación del trabajador a las órdenes del empleador³⁴⁵.

Por ello es que se señala que si bien el criterio de la dependencia económica podría resultar el más eficaz, en tanto que permitiría tutelar lo que originalmente se trazó como el objeto de protección de la disciplina, sin embargo, no sería el más eficiente, ya que el costo de su puesta en práctica -en especial de recursos del sistema jurisdiccional- es más alto que el de la subordinación. Así es que se explica la derrota del criterio de la dependencia económica en manos del de la subordinación jurídica, en tanto que al ser esta última una noción más abstracta, y que se expresa predominantemente por intermedio de un sistema de indicios, resulta más fácil la calificación de la relación por intermedio del acopio de signos externos y materiales, antes bien que la interpretación de la información en relación a la dependencia económica de una persona³⁴⁶.

³⁴⁴ ALBURQUERQUE, R., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Santo Domingo, 1995, p. 170.

³⁴⁵ SUPIOT, A., *Les notions de...*, p. 52.

³⁴⁶ UGARTE, J., “La subordinación...”, pp. 34-37.

Coincidiendo con dichas críticas, y partiendo de la base de la imprecisión y dificultad de aplicación de este criterio, también se ha destacado que el elemento de la dependencia económica es un criterio inconveniente, en tanto que implicaría dejar de lado una mirada centrada en la relación jurídica, y en su lugar, centrar la observación en la vida e ingresos de quien presta la actividad³⁴⁷.

Por otro lado, también ha cobrado relevancia la propuesta de BOISSONAT en Francia, en relación a la creación de un nuevo **contrato de actividad** como categoría jurídica alternativa, que garantice un mínimo de protección social tanto para la actividad dependiente como el trabajo independiente, o en períodos de capacitación u obligaciones de carácter cívico³⁴⁸.

A ello se agregan otras proposiciones que apuntan hacia un **Derecho Social** o un **Derecho de la actividad profesional**, cuyo objeto sea la protección del trabajo “a secas” o de toda actividad, con el objetivo precisamente de “perseguir a los fugados”, extendiendo de esa manera el alcance subjetivo del Derecho del Trabajo³⁴⁹.

En esta línea de interpretación, algunos autores se han referido a la “deseable” extensión del ámbito de aplicación personal del Derecho del Trabajo, subrayando como fundamento que existen varias disposiciones internacionales de la OIT en donde se identifica a la figura del trabajador, sin limitarlo a la de los asalariados o dependientes³⁵⁰. Tal es el ejemplo del recientemente aprobado CIT N° 190 de la OIT, cuyo ámbito de aplicación subjetivo comprende a los trabajadores y a otras personas en el mundo del

³⁴⁷ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1991, pp. 27-28.

³⁴⁸ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 32.

³⁴⁹ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 292.

³⁵⁰ CAPARRÓS, F., “Sobre el fundamento de la idea básica del Derecho del Trabajo. Algunas propuestas a partir de las ideas particulares y sus rasgos definitorios”, *El Derecho del Trabajo en tiempo de cambios. En honor de Adrián Goldin*, EDIAR, Buenos Aires, 2017, p. 48.

trabajo, incluyendo trabajadores asalariados así como también a quienes trabajan cualquiera que sea su situación contractual.

De igual manera, BARBAGELATA indicaba que el Derecho del Trabajo debe ser entendido como aquel ordenamiento que “regula todas las formas de aplicación de las energías intelectuales y corporales consideradas socialmente trabajo y, de manera especial, las prestadas bajo una relación libremente asumida con un tercero”. Ciertamente es que, según expresa este autor, el Derecho del Trabajo se aplica a manifestaciones del trabajo independiente no ya por extensión del mismo, “sino que la expansión es un fenómeno natural y necesario, aunque no todas las normas sean susceptibles de extenderse en la misma forma o grado”³⁵¹.

En concordancia con esta línea argumental, se ha afirmado que la tutela del trabajo “exige extender su alcance, de modo inexorable, a variedades de trabajadores y formas de prestar trabajo que conceptualmente han aparecido en la vida real”, proponiéndose “encarar un enfoque global sobre el trabajo”, y una ampliación del campo de aplicación del Derecho del Trabajo como “ciencia regulatoria del trabajo del hombre”³⁵².

Esta misma tendencia fue puesta de manifiesto por ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ, quienes citando las ideas de DURAND y DEVEALI, han reafirmado la idea de que el Derecho del Trabajo pueda convertirse en un ordenamiento jurídico que regule todo el trabajo humano³⁵³, o de la actividad laboral en general³⁵⁴.

³⁵¹ BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo...*, 1995, p. 95.

³⁵² ROSENBAUM, J., “El Derecho laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo posmoderno”, *rev. Derecho Laboral*, N° 270, FCU, Montevideo, 2018, pp. 262-264.

³⁵³ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 293.

³⁵⁴ LYON CAEN, G., “Derecho del Trabajo o Derecho del empleo”, *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, FCU, Montevideo, 1997, p. 280.

Adicionalmente, cabe destacar que en un análisis de las transformaciones del trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo, un grupo de expertos produjo un informe dirigido a la Comisión Europea en donde identificaba una creciente diversidad de formas contractuales cuyo objeto era la remuneración del trabajo humano. Así, entre las mismas se había detectado principalmente al contrato de trabajo, así como otros contratos ajenos a esa modalidad y el caso de los empresarios independientes. En virtud de que las figuras contractuales de “libre colaboración” -ajenas al contrato de trabajo- estaban destinadas a desarrollarse y proliferarse, el grupo de expertos defendió la idea de ampliar el campo de aplicación tradicional de la legislación laboral, “con el objeto de incluir otros tipos de contrato, y, relaciones laborales. La perspectiva es, pues, la de un **Derecho común del trabajo**, en el que, en cambio, algunas de sus ramas podrían adaptarse a la diversidad de las situaciones del trabajo (trabajo subordinado en el sentido tradicional; trabajo ‘parasubordinado’, p. ej. económicamente dependiente)”³⁵⁵ (el resaltado es propio).

Sintetizando las principales ideas que trasuntan estas propuestas, se infiere que todas ellas coinciden en entender que “los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se halle un genuino empresario”. Por ese motivo, con la definición actual de la subordinación como la forma de atribución de los derechos laborales, el efecto producido es que existan muchas personas que, aunque no constituyen genuinos empresarios, quedan marginados del alcance tutelar del Derecho del Trabajo. En línea con lo referenciado, TODOLÍ sugiere que a los efectos de cumplir con el objetivo de extender la aplicación del Derecho del Trabajo a todos los sujetos que necesitan protección, bastaría con acudir a una reforma

³⁵⁵ SUPIOT, A. (Coord.), CASAS BAAMONDE, M., DE MUCK, J., HANAU, P., JOHANSSON, A., MEADOWS, P., MINGIONE, E., SALAIS, R., VAN DER HEIJDEN, P., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999, p. 62.

legislativa o a una reconfiguración interpretativa y conceptual de la noción de trabajador subordinado, o en otros términos, a “una interpretación finalista del concepto de trabajador”. Concretamente, al ponderar ambas alternativas, este autor se decanta por la segunda de las soluciones, proponiendo que el Derecho del Trabajo sea aplicable “a todos aquellos que prestan servicios de forma personal”, en contraposición a quienes lo hacen siendo propietarios de una estructura empresarial propia³⁵⁶.

No obstante, la argumentación de sustento de las corrientes que vienen de analizarse, ha sido criticada indicándose que el surgimiento del Derecho del Trabajo respondió a motivos muy diferentes. La razón es que inicialmente no existía la pretensión de construir un Derecho del Trabajo con una regulación unitaria de todas las expresiones de la actividad humana productiva, sino que, por el contrario, “surge un Derecho de ‘emergencia’ para dar respuesta a una determinada situación perfectamente identificada, la denominada ‘cuestión social’; el Derecho del Trabajo, de esta manera, se ‘configura como un ordenamiento igualador y compensador, de finalidad protectora del ‘contratante débil’”. Por ello es que VALDÉS argumenta que no es cualquier prestación laboral la que será regulada por las normas laborales, sino exclusivamente aquellas que se encuentran íntimamente enlazadas al sistema de producción fordista, en el que, “adquieren su máxima expresión las notas que en el futuro y durante bastantes años caracterizarán una relación laboral típica: la ajenidad, la dependencia, y la retribución salarial”³⁵⁷.

En definitiva, el legislador no se encontraba especialmente enfocado ni preocupado por la idea de construir un Derecho del Trabajo global y comprensivo de todo trabajo socialmente útil, ya sea que este derivara del obrero, profesional liberal o del artesano independiente³⁵⁸.

³⁵⁶ TODOLÍ, A., “Plataformas digitales y concepto...”, pp. 28-31.

³⁵⁷ VALDÉS, A., “El trabajo autónomo...”, pp. 15-16.

³⁵⁸ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, p. 60.

Desde otro punto de vista crítico, también se sugiere que si se ofreciera el mismo nivel de protección hacia todos quienes trabajan, se ofrecería mucho menos de lo que podrían necesitar los trabajadores que realmente requieren de protección, conduciéndose a estándares más insuficientes³⁵⁹.

A mayor abundamiento, PALOMEQUE afirma que la exclusión del trabajo autónomo del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo tiene su explicación “a partir de la posición marginal o desplazada (no central o representativa) que la institución ha ocupado dentro del funcionamiento del sistema industrial de producción de bienes y servicios y, en consecuencia, de la estructura de su conflicto social paradigmático”. En efecto, el autor señala que la actividad económica

ha descansado generalizadamente sobre la relación de intercambio de trabajo dependiente por salario, estos es, sobre la prestación masiva de trabajo por cuenta ajena, por lo que el conflicto social generado en su seno (no uno más de una sociedad abierta y compleja, sino la contradicción matriz de la sociedad industrial) y la necesidad de su disciplina o integración se han erigido en el punto de mira y en la razón de ser, respectivamente, del ordenamiento jurídico-laboral³⁶⁰.

Sin perjuicio de dicho apunte, PALOMEQUE reconoce que la extensión parcial y limitada de las normas laborales a los trabajadores autónomos, tiene justificación, en tanto que si bien no son el supuesto tipo de regulación, sin embargo, son asimilables al ámbito institucional del trabajo asalariado. Por ello es que no descarta la posibilidad de una

³⁵⁹ DAVIDOV, G., “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, V. 6, N° 1-2, Labor Law, Economics Changes and New Society Research Group - Carlos III University of Madrid, 2017, p. 8. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/SLLERJ/article/view/3921/2477> [consultado el día 1 de octubre de 2019].

³⁶⁰ PALOMEQUE, M., “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, N° 1, La Ley, Madrid, 2000, p. 442.

“fórmula normativa de cláusulas generales de laboralización parcial”, permitiendo “acomodar en cada caso la eventual extensión de la solución normativa laboral al trabajo autónomo”, representando una actualización de la función compensadora y legitimadora que lleva a cabo el ordenamiento laboral “para llevarla a territorios fronterizos a su esfera de actuación genuina”³⁶¹.

Esta última posibilidad no ha sido descartada por parte de la doctrina que ha analizado el tema de la economía de las plataformas, en tanto que podría representar una regulación eficiente de intervencionismo centralizador, con una perspectiva “*innovation friendly*” -introduciendo una normativa temporal *sunset clause*-³⁶².

IV. La bifurcación de respuestas jurídicas al problema de la calificación

El análisis del segundo problema de calificación referenciado, exige partir de un apunte de la realidad, en el entendido de que

la mayoría de las personas que prestan sus servicios en forma de llamada o convocatoria son habitualmente consideradas por las plataformas digitales como trabajadores/as por cuenta propia, en la medida que dichos trabajadores/as tienen libertad para decidir el momento y duración de su prestación de servicios y, a menudo, no vienen obligados, al menos de forma directa, a llevar a cabo una prestación mínima de servicios³⁶³.

Por este motivo, en el contexto de la determinación de la naturaleza jurídica de la relación que une a las partes, el debate y la disputa generada gira en torno a la eventual calificación de estos supuestos como casos de

³⁶¹ PALOMEQUE, M., “El trabajo autónomo...”, pp. 442-443.

³⁶² DAGNINO, E., “Uber law: perspectiva...”, p. 28.

³⁶³ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 23.

falsos autónomos, con la consecuente necesidad de re-categorización de los vínculos mantenidos entre las empresas propietarias de plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente, desde el trabajo por cuenta propia, hacia el trabajo por cuenta ajena, y la necesaria aplicabilidad de las normas protectoras del Derecho del Trabajo.

Esta impugnación de los postulados formales suele contraponerse con aquellas visiones que consideran que la economía de plataformas digitales plantea problemas a los responsables de la formulación de políticas que son totalmente desconocidos con anterioridad, así como únicos a los mismos. De hecho, DE STEFANO sostiene que si bien es cierto que algunas de sus dimensiones son peculiares y que el papel principal de las tecnologías para vincular la demanda y la oferta de trabajo es ciertamente uno de esos, sería un error suponer que la economía de plataformas digitales es una especie de dimensión estanca de la economía y el mercado laboral. El mismo autor indica que tampoco sería correcto dar por sentado que las instituciones existentes del mercado laboral están completamente desactualizadas o que no son adecuadas para gobernarlo y que, por lo tanto, necesariamente sería necesario abandonar las instituciones y la regulación existente, e introducir nuevas y posiblemente más “ligeras” para mantenerse al día con los desafíos que presenta la economía de plataformas digitales³⁶⁴.

En una descripción sumamente gráfica de la cuestión, BAYLOS destaca que

[l]a percepción tan expandida de la irrupción del cambio tecnológico de la era digital y de la robotización como una especie de vendaval social, económico y político que recorrerá el mundo desarrollado, se ha extendido a continuación de los discursos sobre la crisis y la necesidad de adecuar las estructuras económicas y las instituciones

³⁶⁴ DE STEFANO, V., “The rise of...”, p. 6.

laborales a ésta que nos ha ocupado en los últimos años. Pues bien...el discurso de la crisis y el de la irrupción tecnológica se solapan y se alternan en la idea de desarmar en el plano colectivo de las relaciones laborales y reducir el nivel de derechos de los trabajadores³⁶⁵.

En un sentido coincidente, en un informe de la UGT se ha señalado que las empresas propietarias de plataformas digitales suelen presentarse como “nuevas empresas tecnológicas”, intentando generar una confusión a través de tal calificativo, ya que “pretenden aprovecharse de supuestas lagunas legales”, cuando en realidad en muchos casos desarrollan servicios tradicionales que ya se encuentran regulados³⁶⁶.

Por ello, partiendo de una matización de dichas visiones tecnológico-deterministas, DAVIDOV ha señalado que el uso de las NTIC no puede ser una excusa válida para evadir la ley. De ese modo, si se torna necesaria la protección de la legislación laboral en estos supuestos, el uso de las NTIC como una plataforma en línea no debería jugar un papel importante; y por lo tanto, no podría operar como una excusa válida para transgredir la normativa. En virtud de lo anterior, para garantizar la protección de quienes lo necesitan, en lugar de promover la determinación mediante la intervención normativa -por ejemplo calificando directamente la naturaleza de los vínculos, o estableciendo presunciones legales-, resultaría inevitable cierta discreción judicial en ese proceso de calificación³⁶⁷.

También existen otras aristas de observación que comparten parcialmente dichos postulados e identifican en el *crowdwork* un modelo de

³⁶⁵ BAYLOS, A., “Irrupción del cambio tecnológico y discurso sobre la crisis”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 1 de junio de 2019. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2019/06/irrupcion-del-cambio-tecnologico-y.html> [consultado el día 24 de enero de 2020].

³⁶⁶ UGT, “El trabajo en...”, p. 7.

³⁶⁷ DAVIDOV, G., “The Status of...”, pp. 6-9.

trabajo que constituye un retroceso al modelo industrial, incorporando la eficiencia y el control de la gestión automática, sin la seguridad o estabilidad laboral del modelo industrial. A pesar de dicho diagnóstico, también se ha señalado que ese resultado no es inevitable, ya que, en todo caso, la tecnología debería ayudar a mejorar los sistemas de trabajo y el diseño del trabajo, y no facilitar una carrera hacia el fondo del trabajo sin habilidades y la reducción de los salarios. Consecuentemente, hay quienes prefieren adoptar una postura de observación que no concentra el análisis en la determinación del tipo de vínculo generado -si los trabajadores ingresan en una categoría de autónomos o por cuenta ajena-, sino más bien, en resolver si el modelo de trabajo del *crowdwork* es un futuro de trabajo sostenible y deseable³⁶⁸.

No obstante estos enfoques sustentados en aspectos meta jurídicos y multidisciplinarios, diversos estudios de estos fenómenos se han decantado por dar una respuesta jurídica partiendo de la normativa laboral vigente, basada en una distinción binaria entre trabajadores por cuenta ajena y trabajadores por cuenta propia.

De ese modo, por un lado, se han propuesto reestructuraciones interpretativas de las normas y de algunos de los conceptos propios del Derecho del Trabajo. En esta línea, PRASSL y RISAK han planteado una re-conceptualización de la noción de la figura del empleador como una más abiertamente funcional. En ese sentido, estos autores señalan que la legislación laboral identifica, al menos indirectamente, una serie de funciones del empleador -concretados en poderes al inicio y terminación de la relación laboral, la recepción de la mano de obra y sus frutos, proporcionando trabajo y pagando a cambio del mismo, gestionando el mercado interno y externo de la empresa-, y que por ende, un enfoque en el ejercicio de estas funciones podría superar los diversos problemas

³⁶⁸ CHERRY, M., “Beyond miscassification...”, pp. 26-27.

interpretativos generados en el trabajo prestado mediante plataformas digitales. Bajo esa tesitura, señalan que si la plataforma digital ejerce ese conjunto de actuaciones -decisiones, potestades, operaciones, controles, etc.-, debiera calificarse como empleadora. Mientras que en otros casos, identifican situaciones en donde dichas funciones son compartidas por varios sujetos -plataformas, clientes y prestadores del servicio-, por lo que proponen que en esos casos la legislación reparta las responsabilidades correspondientes a cada sujeto en virtud del ejercicio de cada potestad o función específica³⁶⁹.

Por otro lado, semejante análisis de partida suele centralizarse en la realidad de la ejecución de ese trabajo, priorizando lo que ocurre en los hechos por sobre lo que las partes hayan consignado por escrito, ya sea en cuanto a la eventual calificación expresa que efectuaran sobre el vínculo que las une, así como sobre la forma de ejecución de las tareas o la propia naturaleza de actividad de las plataformas digitales.

Tal extremo responde a la idea de que en el Derecho Laboral no se analizan los nombres de los contratos, ni la intención que tuvieron los contratantes, ni siquiera el régimen de Seguridad Social en que están registrados. Lo que importa en Derecho del Trabajo es la realidad de los hechos. Así que da lo mismo que las partes se llamen o se consideren trabajadores o *freelancers*, porque serán lo que a la postre se derive de los hechos que envuelven su relación, esto es, de la forma y el modo en que realmente una presta sus servicios para la otra. O mejor dicho, de si esa forma o modo responde o no a lo que los laboristas denominamos ajenidad y dependencia³⁷⁰.

Sobre esta base de observación, las soluciones pueden ser agrupadas en torno a dos alternativas, relevadas en aportes de la doctrina científica y

³⁶⁹ PRASSL, J. y RISAK, M., “Uber, Taskrabbit, & Co...”, pp. 16-30.

³⁷⁰ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 8.

en resoluciones dictadas por parte de la jurisprudencia³⁷¹, en el marco de diferentes conflictos de trabajo sometidos a su consideración.

De ese modo, la primera alternativa parte de considerar a este tipo de prestaciones o servicios como comprendidos dentro de la categoría de trabajadores autónomos, o trabajadores autónomos económicamente dependientes en aquellos sistemas en que así lo tienen consagrado normativamente; y la segunda, se sustenta en un cuestionamiento del modelo formal adoptado, concluyendo que el trabajo prestado ingresa dentro de la categoría de los trabajadores subordinados o dependientes.

En efecto, tal como indica RASO, en la actualidad existe aún una separación nítida de la regulación del trabajo subordinado y la del trabajo autónomo. Así, se verifica una profunda distancia entre el trabajo dependiente y el trabajo independiente, “aunque es un hecho que aumenta el espacio de las zonas grises, en las que es cada vez más difícil distinguir las relaciones contractuales que se pactan en materia de trabajo”³⁷².

Ello ha conducido a consecuencias no deseadas que derivan de la diversidad de decisiones judiciales contrapuestas, que se concretan principalmente en manifestaciones inductoras o reforzadoras de precarización. En ese sentido, una de las conductas no deseadas proviene del accionar de las propias plataformas, que buscan “forzar una respuesta más predecible de las autoridades judiciales y administrativas”, mediante

³⁷¹ BELTRAN ha aportado una síntesis detallada de los diversos fallos relevados a nivel comparado sobre la categorización jurídica de los prestadores de servicios vía plataformas digitales. BELTRAN, I., “Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Chile, France, Italy, Nederland, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Entrada de Blog del día 9 de diciembre de 2018 (actualizada periódicamente). Disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain/#spa1>.

³⁷² RASO, J., “El Derecho del Trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 7, N° 13, 2016, p. 20. Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42443/44517> [consultado el día 22 de enero de 2020].

el recurso de la intensificación o reforzamiento de “las condiciones que típicamente se consideran como no laborales”³⁷³.

En definitiva, según señala SANGUINETI, la importancia de esta cuestión se traduce además en “la excesiva radicalidad de los efectos que normalmente acompañan a la calificación como subordinada o autónoma de una determinada forma de empleo: bien la aplicación en bloque de la legislación laboral, o bien la exclusión más absoluta de toda protección”³⁷⁴.

V. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores autónomos

Al momento de recurrir ante el Poder Judicial a los efectos de impugnar estas manifestaciones formales, y resolver si jurídicamente resulta ajustado a derecho que dichas nuevas formas de trabajo sean calificadas como una relación de trabajo subordinada, o si por el contrario constituyen auténticos trabajos ejecutados por cuenta propia, parte de la jurisprudencia ha sostenido que estas modalidades de trabajo pertenecen a las de un trabajador autónomo. Por ende, ha sido convalidado tanto el modelo empresarial organizativo, como la inaplicación de la protección del Derecho del Trabajo respecto de estos prestadores.

Es por ello que se aprecia una considerable influencia de la cuestión de la dilucidación de la naturaleza de la actividad prestada por las plataformas digitales, en tanto que “si la actividad se limitara a la provisión de una aplicación móvil o web que permita el contacto entre oferta y

³⁷³ GODINEZ, A., “El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 54, Wolters Kluwer, España, 2019, p. 41.

³⁷⁴ SANGUINETI, W., *Contrato de trabajo...*, p. 76.

demanda y no se incide en el diseño, control, provisión del servicio, los prestadores del servicio lo harían de forma autónoma”³⁷⁵.

Cierto es que, en síntesis, tres han sido las principales líneas de razonamiento empleadas a los efectos de concluir que el vínculo que une a ambas partes no es de naturaleza laboral.

Es así como, matizando las proyecciones prácticas del contenido del principio de primacía de la realidad, un primer criterio de interpretación sugiere conferir una importancia preeminente a las disposiciones contractuales por sobre la realidad material de los hechos. En ese sentido, varios pronunciamientos han recorrido el camino del análisis de la documentación aportada por las empresas propietarias de las plataformas digitales, entendiendo que de las referidas “bases y condiciones” que suscriben los prestadores del servicio subyacente, se desprende de manera palmaria que entre las partes no surge un vínculo de carácter laboral que creara una relación entre empleador y trabajador dependiente³⁷⁶. Además, debe señalarse que otros fallos han debido aplicar ese criterio por expresa imposición legal³⁷⁷. Asimismo, a dicho fundamento se le ha añadido un razonamiento coadyuvante, derivado de la consideración de la ausencia de prueba de la existencia de vicios del consentimiento a la hora de la suscripción de los acuerdos entre las partes³⁷⁸.

En segundo lugar, se ha destacado la incompatibilidad entre la calificación de la naturaleza de la actividad de las plataformas como meras

³⁷⁵ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

³⁷⁶ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017; Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017.

³⁷⁷ Third District Court of Appeal, State of Florida, N° 3D15-2758, 01.02.2017.

³⁷⁸ Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019.

intermediarias -calificándolas efectivamente de tal manera en cada caso- y la posibilidad de que entre estas y los prestadores se suscriba un contrato de trabajo. Por ello es que incluso algunos tribunales señalan que al ser una empresa mera intermediaria entre demanda y oferta de servicios que desarrolla una plataforma digital tecnológica, es ella quien le brinda servicios a los prestadores y clientes para la utilización de la misma y no de forma contraria del prestador hacia la plataforma³⁷⁹.

En este sentido, en el caso español parte de la doctrina científica ha subrayado que la figura del TRADE puede resultar contradictoria con la consideración efectuada en torno a la naturaleza de la actividad desempeñada por este tipo de empresas -al entender que se tratan de meras intermediarias-. En efecto, tal como lo expresa CALVO, en el caso de las plataformas horizontales que se limitan a prestar servicios de la sociedad de la información, como meras intermediarias, los prestadores del servicio subyacente no desarrollan una actividad para las mismas, sino para un usuario final. Por tal motivo, resulta “imposible sostener la posible consideración de estos prestadores como autónomos económicamente dependientes de la plataforma”, ya que esta última, no sería cliente de los mismos³⁸⁰.

En tercer término, el núcleo principal de razones para descartar la existencia de un contrato de trabajo, ha sido la evaluación de sus elementos esenciales conforme a los criterios y pautas generalmente aplicadas en cada ordenamiento jurídico. De ese modo, se ha destacado que para que exista un contrato de trabajo se deben reunir los elementos de la prestación

³⁷⁹ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência N° 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019; Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017.

³⁸⁰ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 373.

personal de actividad, la onerosidad, la ajenidad y la subordinación³⁸¹, agregando en otros casos la exigencia de la no eventualidad³⁸², todo lo cual determinaría encontrarse bajo las órdenes y directivas del empleador, quien puede disponer del control del trabajo y las sanciones disciplinarias pertinentes en caso de constatar incumplimientos³⁸³. También cabe destacar que muy aisladamente se ha resaltado un elemento en particular por sobre el resto -la potestad de control-, en virtud de su mayor importancia en el ordenamiento jurídico y precedentes jurisprudenciales propios de la circunscripción territorial a la que pertenecía el organismo judicial³⁸⁴.

A pesar de la parcial heterogeneidad teórica entre las diversas estructuras normativas comparadas, el análisis práctico de los tribunales se suele concentrar en los mismos indicios de hecho, cuya ponderación en su conjunto suele desarrollarse de manera muy similar.

De ese modo, los principales elementos fácticos considerados a los efectos de descartar la presencia de una relación de trabajo entre las partes, se han limitado a los siguientes: la ausencia de comprobación de

³⁸¹ TJUE, Cámara octava, acto motivado del 22 de abril de 2020, C-692/19; Cour d'Appel de Paris, Chambre 2, RG n°17/00511, 20.04.2017; 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019; Juzgado de lo Social N° 24 de Barcelona, Sentencia N° 202/2019, 21.05.2019; y Sentencia N° 205/2019, 29.05.2019; Juzgado de lo Social N° 4 de Oviedo, Sentencia N° 106/2019, 25.02.2019, N° de Recurso 458/2018; Juzgado de lo Social N° 17 de Madrid, Sentencia N° 12/2019, 11.01.2019, N° de Recurso 418/2018; Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017; Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019.

³⁸² 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010044-43.2017.5.03.0012, 30.05.2017; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência N° 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019.

³⁸³ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, "Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V", 29.01.2018; Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G., 24.03.2017; Tribunale di Milano, Sección Laboral, Causa N° 6719 R.G.L. 2017, 10.09.2018; Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018, 11.01.2019.

³⁸⁴ Third District Court of Appeal, State of Florida, N° 3D15-2758, 01.02.2017.

instrucciones perentorias dirigidas a los prestadores³⁸⁵; la libertad de elección de los horarios, días, lugar y la forma de ejecutar el trabajo a cargo del prestador³⁸⁶; la posibilidad del rechazo de las asignaciones de tareas a cargo de los prestadores³⁸⁷; que algunas herramientas de trabajo sean de

³⁸⁵ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de Chile, RIT O-1388-2015, 14.07.2015; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019; Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019; Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G., 24.03.2017; Tribunale di Milano, Sección Laboral, Causa N° 6719 R.G.L. 2017, 10.09.2018; Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018, 11.01.2019

³⁸⁶ TJUE, Cámara octava, acto motivado del 22 de abril de 2020, C-692/19; Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência N° 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019; Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017; Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019; Juzgado de lo Social N° 24 de Barcelona, Sentencia N° 202/2019, 21.05.2019; y Sentencia N° 205/2019, 29.05.2019; Juzgado de lo Social N° 4 de Oviedo, Sentencia N° 106/2019, 25.02.2019, N° de Recurso 458/2018; Juzgado de lo Social N° 17 de Madrid, Sentencia N° 12/2019, 11.01.2019, N° de Recurso 418/2018; Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017; Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019; Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G., 24.03.2017; Tribunale di Milano, Sección Laboral, Causa N° 6719 R.G.L. 2017, 10.09.2018; Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018, 11.01.2019; Third District Court of Appeal, State of Florida, N° 3D15-2758, 01.02.2017; United States District Court Northern District of California, Caso N° 15-cv-05128-JSC, “Raef Lawson v. Grubhub, Inc. et al.”, 08.02.2018; National Labor Relations Board, Casos N° 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

³⁸⁷ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019; Juzgado de lo Social N° 24 de Barcelona, Sentencia N° 202/2019, 21.05.2019; y Sentencia N° 205/2019, 29.05.2019; Juzgado de lo Social N° 4 de Oviedo, Sentencia N° 106/2019, 25.02.2019, N° de Recurso 458/2018; Juzgado de lo Social N° 17 de Madrid, Sentencia N° 12/2019, 11.01.2019, N° de Recurso 418/2018; Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017; Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019; Tribunal Superior de Justicia

propiedad del prestador -como un vehículo automotor, una bicicleta o una motocicleta-, implicando una asunción de costos y riesgos de la actividad³⁸⁸; la ausencia de exclusividad que permitiera prestar tareas para la competencia³⁸⁹; la falta de percepción de un salario fijo³⁹⁰; la ausencia de aplicación de sanciones al prestador³⁹¹; la inexistencia de un control de la actividad del prestador³⁹²; así como la posibilidad de hacerse sustituir en las funciones³⁹³.

A modo de síntesis, y coincidiendo con los apuntes anteriores, también la doctrina ha aportado una sistematización de los principales indicios asociados tradicionalmente al trabajo autónomo, sobre la base de siete supuestos fácticos concretos:

- a) libertad de elección de las horas o la franja de disponibilidad; b) libertad para aceptar o rechazar los encargos asignados; c) retribución por pedido y no en función del tiempo; d) posibilidad de ser sustituido y de subcontratar el trabajo; e) posibilidad de colaborar

de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019.

³⁸⁸ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018; 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019; Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019.

³⁸⁹ 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017; National Labor Relations Board, Casos N° 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

³⁹⁰ Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência N° 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019.

³⁹¹ 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de Chile, RIT O-1388-2015, 14.07.2015.

³⁹² 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017; Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G., 24.03.2017; Tribunale di Milano, Sección Laboral, Causa N° 6719 R.G.L. 2017, 10.09.2018; Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018, 11.01.2019; United States District Court Northern District of California, Caso N° 15-cv-05128-JSC, “Raef Lawson v. Grubhub, Inc. et al.”, 08.02.2018

³⁹³ Central Arbitration Committee del Reino Unido, Caso N° TUR1/985(2016), 14.11.2017.

con varias plataformas o tener otro empleo; f) aportación de los medios materiales necesarios (teléfono móvil, bicicleta, moto o patinete); y g) no compensación de los gastos relacionados con el desempeño de las tareas³⁹⁴.

VI. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores por cuenta ajena

De modo diametralmente inverso a las posturas antes reseñadas, han existido otras opiniones que se han inclinado por considerar que la naturaleza jurídica de la relación entablada entre las empresas propietarias de plataformas digitales y los prestadores del servicio subyacente, se corresponde con una relación de trabajo, y por ende, han rechazado la calificación que surge de las formalidades, declarando la necesaria recalificación de dicho vínculo.

A esos efectos, los fundamentos se han centrado en la naturaleza de la actividad desarrollada por estas empresas, al indicarse que “en el trabajo a demanda vía apps/internet, el trabajo de los prestadores de servicios no requiere a menudo de especiales competencias profesionales y, más importante aún, su trabajo es central, no tangencial, para el negocio de la plataforma”. Ciertamente, tal factor resulta importante en la distinción entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo autónomo, ya que este último en resumidas cuentas implica lo contrario, al requerirse específicas competencias profesionales, siendo además una característica del mismo que normalmente sea contratado “para tareas que los empleados/as de un cliente no son capaces de llevar a cabo y que, además, son tangenciales en el día a día del negocio”³⁹⁵.

³⁹⁴ SANGUINETI, W., “El test de laboralidad...”, p. 6.

³⁹⁵ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 23.

Por otra parte, resulta además lógico indicar que a los efectos de desentrañar el verdadero objeto y naturaleza de actividad de las plataformas digitales, es necesario comprobar, entre otros factores, si las mismas intervienen en la prestación del servicio e imponen condiciones a los prestadores del mismo, ya que en estos casos, “la relación se acercaría más al trabajo por cuenta ajena y los niveles de protección serían más intensos (asalariados)”³⁹⁶.

Es por estos motivos que usualmente se recorre un camino de comprobación de elementos indiciarios, que permitan acercar una respuesta concreta al tema, sobre la base de considerar los siguientes aspectos:

la intervención activa y directa en la prestación del servicio que ofrecen, mediante el establecimiento de recomendaciones e instrucciones (normas de calidad), la fijación del sistema de remuneración a los prestadores o las condiciones de pago (con incentivos si se llega a un determinado nivel, incentivos a la productividad), la asignación de servicios, el diseño de un sistema de evaluación por parte de los usuarios/clientes y la utilización de las puntuaciones obtenidas para controlar la actividad y para adoptar decisiones empresariales (sistema sancionador), la vigilancia y geo-localización durante el tiempo de prestación (manifestación de dependencia), la reserva de la capacidad de desconectar a aquellos que no se ajusten a las instrucciones fijadas por la plataforma (otra manifestación de poder disciplinario), la adopción de decisiones estratégicas y de marketing referentes a la plataforma (poder organizativo), etc.³⁹⁷.

En ese marco se han pronunciado diferentes órganos judiciales a nivel comparado, así como también la Comisión Europea. Esta última,

³⁹⁶ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

³⁹⁷ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

concretamente ha indicado que a los efectos de la aplicación de la normativa de la UE, el TJUE ha definido al concepto de trabajador y de la relación laboral por sus características esenciales, sobre la base de reducirse a los casos en que “una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”. Por ello es que se resalta que resulta necesaria la presencia acumulativa de tres elementos, a los efectos de determinar si existe una relación de trabajo; esto es, la existencia de un vínculo de subordinación, la ejecución de una actividad de valor económico y la remuneración. Sobre el primer elemento, existe subordinación cuando se actúa bajo la dirección de la plataforma y cuando “el prestador del servicio subyacente no es libre de elegir qué servicios prestará ni cómo los prestará”. También se aclara que “[l]a existencia de subordinación no depende necesariamente del ejercicio efectivo de la gestión o la supervisión de manera continua”. Adicionalmente, resulta importante destacar que “cuando el prestador no recibe una remuneración o recibe simplemente una compensación por los costes realizados para sus actividades, el criterio de la remuneración no se cumple”³⁹⁸.

En resumidas cuentas, quienes se han decantado por interpretar que el vínculo que une a las empresas de plataformas con los prestadores del servicio subyacente es de carácter laboral, han aportado sustancialmente argumentos confluente.

En primer término, existe coincidencia en que la determinación de la naturaleza de tal vínculo debe resolverse sobre la base de la evaluación de la realidad material de los hechos -aplicando el principio de primacía de la realidad-, especialmente sobre la modalidad de ejecución de la actividad,

³⁹⁸ COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión...”.

por sobre cualquier formalidad documental que intentare definir de antemano dicha vinculación³⁹⁹.

En segundo lugar, la gran mayoría de los análisis se suelen concentrar en la comprobación fáctica de las notas esenciales del contrato de trabajo, destacándose la revisión de los elementos de la prestación de carácter personal, la onerosidad, la ajenidad y la subordinación⁴⁰⁰.

En cuanto a la ajenidad, en algunos fallos se ha destacado que los prestadores son ajenos a los riesgos y a los frutos, así como a los medios productivos esenciales y al mercado, no siendo tampoco titulares de la marca. La ajenidad en los riesgos se ha explicado sobre la base de que los prestadores del servicio no son responsables del producto o servicio entregado, ni deben comprar el producto para entregar al cliente y que con solo cumplir con la tarea obtienen a cambio su retribución. Por el lado de

³⁹⁹ 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14763, 15.01.2019; Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N° UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017; Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018; Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6º Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

⁴⁰⁰ 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; 8ª Vara do Trabalho de São Paulo, Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região, Ação Civil Pública ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008, Autos N° 1001058-88.2018.5.02.0008, 06.12.2019; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Juzgado de lo Social N° 11 de Barcelona, Sentencia N° 213/2018, 29.05.2018, N° de Recurso 652/2016; Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia, Sentencia N° 244/2018, 01.06.2018, N° de Recurso 633/2017; Juzgado de lo Social N° 5 de Valencia, Sentencia N° 197/2019, 10.06.2019, N° de Recurso 371/2018; Juzgado de lo Social N° 1 de Madrid, Sentencia N° 128/2019, 03.04.2019; Sentencias N° 130/2019 y 134/2019, 04.04.2019; Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid, Sentencia N° 188/2019, 22.07.2019; Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018; Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018; Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia N° 1818/2019, 25.07.2019, N° de Recurso 1143/2019; Corte Suprema di Cassazione, Sezione Lavoro, Sentencia N° 1663/20, 24.01.2020.

la ajenidad en los frutos se ha estimado que los resultados de la actividad son de propiedad exclusiva de la plataforma, quien define el precio del servicio para obtener utilidades. Asimismo, se ha identificado a la marca y la plataforma como los medios indispensables para el cumplimiento de la actividad, constituyendo medios accesorios o meras herramientas de trabajo aquellas aportadas por el prestador del servicio -como un automóvil, una bicicleta o una motocicleta-. También se ha señalado que los trabajadores no actúan directamente en el mercado, sino que la plataforma es quien interviene, e incluso les indica que se presenten como integrantes de la organización⁴⁰¹.

A mayor abundamiento, algunas posturas interpretativas han dedicado especial énfasis en comprobar la real autonomía del prestador de servicios a los efectos de validar la calificación formal asignada por las empresas como trabajadores autónomos e independientes. En función de ello, se han reseñado determinados hechos considerados relevantes para descartar la presunta autonomía, como por ejemplo, que los prestadores no puedan organizar completamente su actividad -tanto sus aspectos prácticos de ejecución, como la fijación del precio y la posesión de una cartera propia de clientes-. Consecuentemente, un punto central de estudio se refiere a la determinación de la existencia de una efectiva

⁴⁰¹ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Juzgado de lo Social N° 5 de Valencia, Sentencia N° 197/2019, 10.06.2019, N° de Recurso 371/2018; Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia, Sentencia N° 244/2018, 01.06.2018, N° de Recurso 633/2017; Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia N° 1818/2019, 25.07.2019, N° de Recurso 1143/2019; Juzgado de lo Social N° 1 de Madrid, Sentencia N° 128/2019, 03.04.2019; Sentencias N° 130/2019 y 134/2019, 04.04.2019; Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid, Sentencia N° 188/2019, 22.07.2019; Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia N° 40/2020, 17.01.2020, N° de Recurso 1323/2019; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

libertad en favor de los prestadores, en cuanto a la elección de los días y horarios de trabajo, así como el lugar para ejecutar el servicio, o la ruta escogida -en el caso del transporte de personas o la entrega de bienes-, así como la potestad de aceptación o rechazo de los diferentes encargos. Existe una amplia coincidencia en matizar la referida libertad, en tanto que la misma se encuentra condicionada en muchos casos por el sistema de valoración presente en las plataformas, que es construido por dichas empresas sobre la base de la aplicación de un algoritmo que permite que los clientes evalúen el servicio y se genere una estadística o escala de calificación, que obra como elemento determinante para la asignación de nuevas tareas, así como para la suspensión del prestador en caso de no superar los cánones de conducta establecidos por las plataformas. Todo ello determina que en muchos casos la libertad para rechazar tareas sea meramente virtual y que no sea posible elegir los días y horarios para trabajar con total libertad⁴⁰².

⁴⁰² Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018; 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010801- 18.2017.5.03.0180, 12.06.2017; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Juzgado de lo Social N° 11 de Barcelona, Sentencia N° 213/2018, 29.05.2018, N° de Recurso 652/2016; Juzgado de lo Social N° 5 de Valencia, Sentencia N° 197/2019, 10.06.2019, N° de Recurso 371/2018; Juzgado de lo Social N° 1 de Madrid, Sentencia N° 128/2019, 03.04.2019; Sentencias N° 130/2019 y 134/2019, 04.04.2019; Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid, Sentencia N° 188/2019, 22.07.2019; Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018; Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018; Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia N° 1818/2019, 25.07.2019, N° de Recurso 1143/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020; Cour d’Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019; Labour Commissioner of the State of California, “Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier – CA LLC, a Delaware limited liability company”, Caso N° 11-46739, 16.06.2015; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

En relación a los indicios de subordinación, también se han aportado elementos fácticos que se traducen en formas de ejercicio de los poderes de dirección, de organización, de control y disciplinario por parte de las plataformas, y que son propios de la figura de un empleador. En ese sentido, sobre el poder de dirección se ha señalado que en algunos casos se detectan instrucciones dirigidas al trabajador, concretadas mediante videos explicativos, entrega de folletos, sugerencias de comportamiento, y el establecimiento de un canon de conducta esperado cuyo acatamiento genera mejores oportunidades salariales y de carga de trabajo, o en caso contrario, suspensiones, merma de trabajo asignado y reducción de la retribución⁴⁰³. También existe un desarrollo del poder de control desde el momento en que se crean sistemas de evaluación de las tareas -actividad que es usualmente delegada a los usuarios-, se instalan sistemas de seguimiento mediante la geolocalización, etc.⁴⁰⁴. Por otro lado, el poder

⁴⁰³ Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018; 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018; Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia N° 40/2020, 17.01.2020, N° de Recurso 1323/2019; Cour d’Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 1737, 28.11.2019; Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14763, 15.01.2019; Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202512/2016, “Ms M Dewhurst -v- CitysprintUK ltd”, 05.01.2017; Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6º Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

⁴⁰⁴ Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018; 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia, Sentencia N° 244/2018, 01.06.2018, N° de Recurso 633/2017; Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018; Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia N° 1818/2019, 25.07.2019, N° de Recurso 1143/2019; Tribunal Superior de

disciplinario se concreta en la suspensión de las cuentas de los prestadores del servicio, así como en la programación del algoritmo para que se asignen viajes en función de la calificación obtenida por el prestador -si no se cumplen con las exigencias marcadas por las plataformas, como mantener un nivel alto de calificación, tener una tasa de rechazo de encargos baja, etc., se asignan menos actividades-⁴⁰⁵.

De igual modo, se ha considerado como un elemento importante para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, el hecho de que los prestadores de servicios formen parte estructural y se encuentren integrados en la organización empresarial de las empresas de plataformas. A tales efectos, se ha descrito como criterio fundamental la consideración de la importancia de la actividad llevada a cabo por los prestadores en relación a la consecución del fin u objeto social de las plataformas; en el sentido de evaluar qué tan esencial constituye el trabajo de los prestadores

Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020; Cour d'Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 1737, 28.11.2019; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, "Douglas O'Connor, et. al., v. Uber Technologies, Inc., et al.", 11.03.2015; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-cv-04065-VC, "Patrick Cotter, et al., v. Lyft, Inc.", 11.03.2015; State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018; Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

⁴⁰⁵ 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 1737, 28.11.2019; Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019.

dentro del marco lucrativo de las plataformas, y si fuera posible que pudieran operar sin la actividad de los mismos⁴⁰⁶.

Adicionalmente, también han sido considerados otros factores importantes, tal como la existencia de una presunción de laboralidad⁴⁰⁷, el aporte de herramientas de trabajo por parte de las empresas de plataformas⁴⁰⁸, así como el hecho de que el prestador del servicio no intervenga en la redacción del contrato suscrito con las empresas o que no dispongan de facultades para negociar su retribución⁴⁰⁹. Del mismo modo, la exigencia de una prestación de carácter personal, la prohibición de la sustitución del prestador del servicio o de la cesión de la cuenta para el acceso a la aplicación, sin el previo registro de otra persona y la autorización de la plataforma, han sido considerados como hechos indicadores de laboralidad⁴¹⁰.

⁴⁰⁶ Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018; Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia N° 40/2020, 17.01.2020, N° de Recurso 1323/2019; Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020; Cour d’Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019; Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14763, 15.01.2019; Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N° UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017; Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018; State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018; Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

⁴⁰⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et. al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015.

⁴⁰⁸ Juzgado de lo Social N° 11 de Barcelona, Sentencia N° 213/2018, 29.05.2018, N° de Recurso 652/2016.

⁴⁰⁹ Juzgado de lo Social N° 1 de Madrid, Sentencia N° 128/2019, 03.04.2019; Sentencias N° 130/2019 y 134/2019, 04.04.2019; Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid, Sentencia N° 188/2019, 22.07.2019; Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018; Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

⁴¹⁰ 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Proceso N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno,

En similar sentido, SANGUINETI resume analíticamente una serie de once indicios de la laboralidad del trabajo desarrollado mediante plataformas digitales *offline*, identificando entre ellos a los siguientes elementos:

- a) organización general del servicio por la plataforma, en cuyo sistema se incorporan los trabajadores, sin posibilidad de introducir cambios;
- b) uso de la marca de la plataforma para prestar el servicio;
- c) consideración de la plataforma como el elemento de mayor valor y relevancia para la organización y prestación del servicio, frente al carácter secundario y menos valioso de los medios de transporte y el teléfono móvil aportados por el trabajador;
- d) canalización de las relaciones con los clientes a través de la plataforma, sin intervención del trabajador;
- e) fijación tanto del precio de los servicios como de las retribuciones por la plataforma;
- f) realización de procesos de selección de los colaboradores también por la plataforma;
- g) fijación igualmente por esta de reglas sobre la manera de realizar el trabajo e impartición de formación sobre ellas;
- h) realización personal de la prestación;
- i) continuidad de las prestaciones y duración de la relación a lo largo del tiempo, de forma que no se trata de prestaciones esporádicas o aisladas;
- j) existencia de medios de control especialmente intensos, que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado, por tres vías distintas: la gestión algorítmica, las valoraciones de los clientes y la geolocalización constante;
- y k) creación de sistemas de puntos en función del cumplimiento de las reglas, la aceptación de pedidos y la satisfacción de los clientes, con consecuencias sobre la elección de franjas horarias, la atribución de nuevos pedidos o incluso la permanencia en la plataforma⁴¹¹.

Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia N° 40/2020, 17.01.2020, N° de Recurso 1323/2019.

⁴¹¹ SANGUINETI, W., “El test de laboralidad...”, p. 6.

En función de todos estos fundamentos, es posible subrayar que esta línea interpretativa construye una respuesta a partir de la forma de ejecución de la actividad en concreto, cuestionando lo que las empresas propietarias de plataformas digitales hayan consignado por escrito y reluciendo nuevas formas de expresión de los clásicos indicios de laboralidad aplicados tradicionalmente en los diversos sistemas jurídicos, y en particular, relativas a manifestaciones más modernas de los poderes empresariales en el ámbito de las NTIC.

VI.I. La STS 2924/2020 del 25 de septiembre de 2020 en España

Una sentencia de especial relevancia dictada recientemente en España, ha sido la del Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en el marco de un juicio promovido por un *rider* de Glovo, reclamando en sustancia que el vínculo que unía a las partes era de naturaleza laboral y no comercial. En definitiva, el objeto del litigio se dirigía a cuestionar la calificación determinada unilateralmente por Glovo en relación a la independencia y autonomía de los repartidores de la plataforma⁴¹².

Con respecto a este asunto, después de recordar lo que disponen los artículos 1.1 del ET y 11.2 de la LETA, el Tribunal Supremo se centró en el concepto de trabajador subordinado y sus requisitos esenciales, destacando la necesaria existencia de una prestación de servicios voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dependiente.

Como punto de partida, el fallo recuerda la evolución de la noción de dependencia y subordinación, citando diversos casos sometidos a decisión de dicho órgano judicial, de donde se desprende que:

⁴¹² Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019.

1) “la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa” (STS de 11 de mayo de 1979); y que

2) “[l]a calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio” (STS de 20 de enero de 2015).

En forma concomitante, también consideró importante traer a colación dos sentencias del TJUE que resultarían aplicables al caso. En la primera, se indicó que el hecho de que una persona no se encuentre obligada a aceptar una concreta prestación de servicios, no impide que la hipótesis pueda encuadrarse en la figura del trabajador -a los efectos de aplicar el principio de igualdad de retribución entre trabajadores y trabajadoras- (según sentencia del 13 de enero de 2004, C-256/01). En la segunda, se declaró que el servicio de intermediación de Uber debe calificarse como “servicio en el ámbito de los transportes” a efectos del Derecho de la Unión, por lo que zanjó la cuestión en torno a la naturaleza de la actividad cumplida por dicha empresa, descartando que fuera una mera intermediaria entre oferta y demanda de servicios de transporte (sentencia del 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15).

Además de dichas cuestiones de natural trascendencia, el Tribunal ingresó con mayor profundidad a poner de manifiesto los criterios jurisprudenciales que resultan útiles para distinguir el contrato de trabajo de otros vínculos de similar naturaleza. En ese sentido, se indicó sistemáticamente que:

1) la realidad fáctica debe prevalecer sobre el *nomen iuris* -lo que implica reconocer la aplicación del principio de primacía de la realidad-;

2) existe una presunción *iuris tantum* de laboralidad -art. 8 del ET-;

3) el art. 1.1 del referido ET, define a la relación laboral sobre la base de la concurrencia de las notas típicas de la prestación de servicios voluntaria, la ajenidad en los resultados, la dependencia y la retribución; y

4) la diferencia entre el contrato de trabajo y otros vínculos regulados por el derecho civil o mercantil, requiere un análisis casuístico, en tanto se deben considerar todas las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia.

De ese modo, el Tribunal Supremo recordó como criterio general que la escasa cuantía en inversión que el trabajador ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada -herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo- frente a la mayor inversión que realiza la principal y que entrega al trabajador -herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo cual el actor recibe actividad formativa-, constituye un indicio de la existencia de la relación de trabajo. Constituye ésta una reafirmación de las corrientes que centran la argumentación sobre el test de laboralidad en indicios que, como los sugeridos por la RIT N° 198, toman en consideración la razonabilidad y la primacía de la realidad como vectores indicativos para abarcar situaciones debatidas dentro del ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico que rige el trabajo subordinado.

Contrariamente, si el sujeto se limitare a desempeñar actos profesionales concretos, cuando no se encuentre sujeto a jornada, vacaciones, órdenes o instrucciones, y cuando practique la labor con entera libertad, con independencia y asuma el riesgo empresarial, entonces, tal caso se ajustaría a un contrato de arrendamiento de servicios propio del prestador autónomo.

En cuanto a la dependencia o subordinación, el Tribunal también recuerda que esta queda definida como la integración “en el ámbito de organización y dirección del empresario”, lo que implica “ajenidad respecto a la organización de la propia prestación laboral”. En definitiva, es la “situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, a la esfera organicista y rectora de la empresa”.

Por ello, se ha entendido que este elemento se expresa o trasunta al análisis indiciario del sujeto que comúnmente asiste al lugar de trabajo y se somete a horario; desempeña personalmente el trabajo -sin excluirse la posibilidad de que pueda operar una sustitución o suplencia de forma excepcional-; se inserta en la organización de trabajo del empleador, quien se encarga de programar su actividad; y no dispone de una organización empresarial propia.

Asimismo, el Tribunal complementa la fundamentación considerando los atributos propios de la ajenidad, al considerar que la misma se manifiesta indicativamente con la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los servicios realizados o de los productos elaborados; así como con la adopción por parte del empresario de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o a las relaciones con el público, como la fijación de precios o tarifas, la selección de clientela o la indicación de personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y cuando existiera proporcionalidad entre la actividad prestada y la retribución, sin detectarse riesgos y ganancia o lucro que son propios de la actividad empresarial o del ejercicio libre de una profesión.

Por ello, se verificaría la ajenidad si se acreditare que los frutos del trabajo son cedidos *ab initio* al empleador, asumiendo éste la obligación de retribuir el servicio; así como cuando no se probare que el trabajador haya asumido el riesgo empresarial; o cuando el trabajador no haya efectuado

una inversión de bienes de capital relevante. A lo anterior se le agrega que se exterioriza la ajenidad en los frutos cuando “la utilidad patrimonial derivada del mismo -es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra”.

Por último, en cuanto al restante elemento esencial del vínculo laboral, la sentencia también enfatizó en que el elemento de la retribución no requiere que deba estar vinculado con una contraprestación de carácter fijo, en tanto que “no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET comprensivo de ‘la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo”.

En función de dichos presupuestos de significativa importancia, y partiendo del orden lógico argumentativo esgrimido por el Tribunal, en primer lugar, se ponderó la verificación de las condiciones exigidas por el art. 11.2 de la LETA, a los efectos de detentar la condición de TRADE del sujeto reclamante.

A esos efectos, el aserto que sustenta el fallo indicó que el repartidor no cumplía su actividad siguiendo sus propios criterios organizativos, sino que lo hacía con sujeción estricta a los establecidos por la empresa Glovo. Y por otro lado, también se entendió que los medios aportados por el trabajador, se trataban de instrumentos meramente accesorios o complementarios, en tanto que “[l]a infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad es el programa informático desarrollado por Glovo que pone en contacto a los comercios con los clientes finales”. En

suma, lo que se quiso subrayar es que el trabajador carecía de una infraestructura propia significativa que le permitiera desempeñarse por su cuenta.

En segundo lugar, paralelamente el fallo ha concentrado su análisis en los indicios de laboralidad del vínculo, partiendo del reconocimiento de que la documentación aportada daba cuenta de la existencia de elementos contrarios a una relación de trabajo -incluidos en el contrato suscrito entre las partes-, tales como la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que se prestarían servicios o de compatibilizar el trabajo con otras plataformas.

Sin embargo, se entendió expresamente que la libertad de elección resultaba meramente teórica, ya que en los hechos el sistema de puntuación de los repartidores “condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución”. La invocada libertad también fue considerada como irreal, dado que “la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada”.

En tercer lugar, otro de los puntos centrales del fallo, lo constituyó la admisión de que los sistemas de control de la actividad productiva que se basan en la valoración de clientes, son un indicio favorable a la existencia de una relación de trabajo dependiente.

En cuarto lugar, no menos importantes resultan ser otros factores indicativos de una relación de trabajo soslayados por el Tribunal, como el control empresarial verificado mediante el sistema de geolocalización por GPS -que permite la vigilancia en tiempo real-, la impartición de

instrucciones concretas en relación a la forma de prestación del servicio, la provisión de una tarjeta de crédito para comprar los productos encargados por los usuarios, la posibilidad de solicitar un adelanto de dinero, el pago de una compensación económica por los tiempos de espera de los repartidores, la enumeración de una serie de causas justificadas para la terminación del contrato -asimilables al despido disciplinario previsto en el art. 54 del ET-, y la apropiación a cargo de Glovo de la información relevante para ejecutar el negocio -comercios, pedidos, etc.-.

En quinto lugar, el Tribunal apela a una indagación complementaria del elemento de la ajenidad, ponderando los indicios de sus diversas expresiones, como la ajenidad en los riesgos, en los frutos, en los medios y en la marca.

Efectivamente, se entendió que Glovo era quien adoptaba todas las decisiones comerciales -el precio de los servicios, la forma de pago y la retribución de los *riders*-, siendo que “[l]os repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma sino que el precio del servicio lo recibe Glovo, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores”. De ahí que se sostenga categóricamente que la empresa “no es una mera intermediaria” entre la oferta y demanda.

La sentencia también ha destacado que “no puede decirse que concurriera en el actor el binomio riesgo-lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones”. En efecto, si bien se acreditó que el repartidor “asumía frente al usuario (cliente final) los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte”, y que también “asumía el riesgo derivado de la utilización de una motocicleta y móvil propios, cuyos costes corrían a su cargo” -lo cual es indicativo de la inexistencia de la ajenidad en los riesgos y de una relación de trabajo-, de todos modos en el caso se evidenció la ajenidad en los frutos, en tanto “Glovo se apropia de manera

directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundará en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo”.

Y a ello se le suma el hecho de que era evidente la existencia de una diferencia en la relevancia económica entre la plataforma digital -aplicación tecnológica- y los medios materiales aportados por el repartidor -un teléfono móvil y una motocicleta-, lo cual deriva en considerar que el medio de producción esencial es precisamente el aportado por la empresa y no por el *rider*, concluyéndose además que la actividad era ejecutada “bajo una marca ajena”.

Finalmente, la sentencia detectó que los repartidores gozan “de una autonomía muy limitada que únicamente alcanza a cuestiones secundarias: qué medio de transporte utiliza y qué ruta sigue al realizar el reparto”. Sin embargo, en relación a este aspecto el fallo omitió hacer referencia a lo dispuesto en el artículo 10 de la Directiva 2019/1152 de la UE -relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE-, lo cual podría haber operado como un aporte adicional al debate planteado, aún cuando la misma no fuere de aplicación al caso por la fecha de su publicación y posterior necesidad de trasposición en el ordenamiento jurídico español⁴¹³.

Reafirmando argumentos expuestos, el fallo que emitió el Supremo opera un desmontaje de los argumentos de los que se había servido la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid interviniente para negar la laboralidad, entre ellos incluida la puesta en cuestión de la autonomía para la elección de franjas horarias y pedidos, como se

⁴¹³ ROJO, E., “Pues sí, la saga Glovo (y los glovers) merecen un caso práctico. Notas a la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020, que declara la laboralidad, y recordatorio de las sentencias del JS núm. 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 y del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019(y II)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 2 de octubre de 2020. Disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/pues-si-la-saga-glovo-y-los-glovers_2.html [consultado el día 2 de octubre de 2020].

desprende de la referencia a cómo el sistema de microtarefas y el recurso a sistemas de puntos, contribuyen a garantizar la disponibilidad de los trabajadores requeridos en cada momento

En definitiva, los argumentos explicitados a lo largo del fallo derivaron en que para dilucidar el debate en el caso en concreto sometido a juicio, entre el repartidor y la empresa Glovo se entendieran concurrentes las notas definitorias del contrato de trabajo previstas en el art. 1.1 del ET.

Sin perjuicio de este alcance particular con relación al caso litigioso, lo que resulta ser más importante de la sentencia es que el Tribunal Supremo sienta una postura argumental respecto de la calificación del vínculo jurídico que se traba entre las partes, conformando un precedente de incuestionable interés, cuyas repercusiones prácticas orientarán una parte importante del espectro interpretativo y aplicativo futuro de situaciones análogas en el medio español.

VII. Modelos de propuestas de *lege ferenda*

De forma concomitante con la bifurcación de respuestas apuntadas, que procuran aportar soluciones al problema de la calificación jurídica del vínculo en función del ordenamiento jurídico vigente, también han surgido diversas propuestas intentando incorporar modificaciones normativas, que derivan tanto del análisis y las consideraciones vertidas por la doctrina científica, como del propio legislador. En este sentido, es posible agrupar al menos tres vertientes o modelos diferentes que incorporan opciones en esta dirección.

La primera propuesta brega por reglamentar una protección básica para toda persona que trabaje, bajo cualquier modalidad, consagrando unos derechos mínimos esenciales, al margen de la calificación jurídica del

vínculo que une a las partes. La segunda, considera necesaria la creación de una relación laboral de carácter especial, con determinadas limitaciones protectoras en comparación con el trabajador dependiente tradicional. La tercera, en cambio, propugna por la creación de una figura particular del trabajador autónomo, que se encontraría en la mitad del camino entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo para los trabajadores dependientes y la ausencia de protección, que es típica del trabajo autónomo, considerando prudente la aplicación concreta y limitada de determinados derechos consagrados para el trabajo subordinado.

En definitiva, estas tres alternativas formulan propuestas de *lege ferenda*, por entender que, al presente, los ordenamientos jurídicos no logran proporcionar una solución satisfactoria al tema planteado.

VII.I. La intrascendencia de la calificación jurídica y la imposición de un mínimo de protección para toda persona que trabaje

Como viene de señalarse, las alternativas del primer grupo, prescinden de la resolución del problema de la calificación jurídica del vínculo que une al prestador de servicios con las empresas titulares de plataformas digitales. Partiendo de un punto de vista diferente, se postula que resulta innecesario definir jurídicamente la naturaleza de tal relación y que el foco de atención debe ser situado en la determinación de un tipo de tutela o protección que debiera asignarse a toda persona que trabaje, cualquiera sea la modalidad bajo la que preste una actividad, lo que deriva en la consagración normativa de derechos mínimos básicos y fundamentales según el interés general de la sociedad.

Tal solución se centra principalmente en un fundamento fáctico y de justicia. En efecto, se ha subrayado que la pugna por resolver en qué ámbito se encuentra encuadrada determinada situación fáctica -si dentro

o fuera del Derecho del Trabajo-, carece de relevancia y sentido desde el momento en que existe desequilibrio “en ambos lados de la frontera”. Por este motivo es que con un criterio pragmático, se argumenta que la solución más equitativa pasaría por “establecer un mínimo de derechos, procedimientos y garantías que equilibraran o compensaran la situación de desigualdad o debilidad con independencia del estatuto jurídico laboral de la persona que presta un servicio para otra”. De ese modo, esta corriente se inclina por definir “un catálogo común de derechos aplicables al trabajo en cuanto género”, y de modo ejemplificativo, se sostiene que esos derechos mínimos deberían comprender tanto la protección de la salud, la prohibición de cualquier tipo de discriminación, la protección de los datos personales, así como mecanismos de organización y de defensa de los derechos colectivos⁴¹⁴.

En esta dirección se inscriben el diagnóstico y las soluciones recomendadas por la OIT, que suponen “un zócalo mínimo de protección aplicable a todo tipo de trabajo, con independencia...del tipo de relación contractual que le sirva de base”⁴¹⁵. En efecto, en el informe producido por la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo que creara el Director General, se recomienda el establecimiento de una “Garantía Laboral Universal”, donde “todos los trabajadores, independientemente de su modalidad contractual o de su situación laboral, también deben gozar de una protección adecuada que les garantice condiciones de trabajo humanas para todos”⁴¹⁶.

Sin embargo, dicha Garantía Laboral Universal promovida y propuesta por la Comisión, que constituía uno de los elementos

⁴¹⁴ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, pp. 7-9; y RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M, (Dir.), *Plataformas digitales...*

⁴¹⁵ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 33.

⁴¹⁶ OIT, *Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019, p. 40. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf.

innovadores y de progreso social más destacables del informe, fue posteriormente desatendida en la Declaración del Centenario de la OIT para el futuro del trabajo, al omitirse siquiera la mención de dicho concepto. Este extremo representa un fiel reflejo de las negociaciones políticas y transacciones que seguramente debieron atenderse a los efectos de culminar con la aprobación de una declaración de este tipo en la 108ª Conferencia Internacional del Trabajo de 2019. En definitiva, lo que parecía constituir un aporte novedoso -aun cuando el concepto de una Garantía Laboral Universal no tenía asignado un contenido concreto en el informe de la Comisión-, no logró obtener apoyo suficiente y quedó marginada del texto de la Declaración aprobada por las tres partes que componen la Conferencia General. El documento se limita a consignar que: “[t]odos los trabajadores deberían disfrutar de una protección adecuada de conformidad con el Programa de Trabajo Decente, teniendo en cuenta: a) el respeto de sus derechos fundamentales; b) un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado; c) límites máximos al tiempo de trabajo, y d) la seguridad y salud en el trabajo”⁴¹⁷.

Este orden de ideas referido a un estándar mínimo de derechos, fue sostenido mucho antes por parte de la doctrina científica. Así, en el medio uruguayo, al analizar el fenómeno de la retracción del campo de aplicación subjetivo del Derecho del Trabajo, CASTELLO había considerado una solución alternativa, entendiendo que el objetivo de esta disciplina debía dirigirse a construir “una nueva red de garantías mínimas para todos aquellos sujetos que trabajan, ya sea en forma dependiente, para subordinada o inclusive autónoma”⁴¹⁸.

⁴¹⁷ OIT, *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf.

⁴¹⁸ CASTELLO, A., “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX”, *rev. Derecho Laboral*, N° 190, FCU, Montevideo, 1998, p. 302.

Un criterio coincidente es sustentado por DAGNINO, quien considera que desacoplar los beneficios y derechos propios de la relación laboral es la principal solución viable para abordar la nueva realidad de las relaciones laborales. A pesar de ello, introduce un aspecto metodológico interesante que opera como un matiz de estas opiniones. El autor sostiene que el fin no debe lograrse extendiendo selectivamente un conjunto de derechos tradicionalmente vinculados a la relación laboral, sino re-conceptualizando el Derecho Laboral como un todo, comenzando con el polo del universalismo. Ello se traduce en la propuesta de creación de un marco legal capaz de proporcionar un terreno común de protección para cualquier trabajador, por ejemplo, con respecto a cuestiones de inseguridad de ingresos y comportamientos discriminatorios o injustos, como a través de un sistema de políticas activas del mercado laboral que respondan al ritmo creciente de las transiciones laborales y la obsolescencia de las habilidades, lo que afecta no solo las condiciones de los trabajadores sino también la eficiencia del mercado⁴¹⁹.

Esta misma solución también ha sido propuesta, pero limitándola al caso del trabajo prestado mediante plataformas digitales. Es así que se ha planteado una “regulación mínima” de protección social, que sea necesaria y que conforme un “estándar básico internacionalmente reconocido”, aplicable a los prestadores de servicios por intermedio de plataformas digitales, “independientemente de su calificación jurídica como trabajadores asalariados o contratistas independientes”⁴²⁰.

Autores como GOLDIN se han referido a la “necesidad imperiosa” de asegurar condiciones de trabajo decente para los prestadores de servicios que desarrollan su trabajo vía plataformas, mediante el

⁴¹⁹ DAGNINO, E., “Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N° 6, Dykinson, España, 2016, pp. 63-64. Disponible en <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/8058/> [consultado el día 15 de julio de 2019].

⁴²⁰ GODINEZ, A., “El trabajo organizado...”, p. 47.

mecanismo de la asignación de “un piso de derechos y beneficios”, que sean independientes a su calificación como asalariados o autónomos. En su concepto, tal proposición se encuentra fundada en calificar como impertinente la opción de “atribuir a los trabajadores de plataforma una unánime y generalizada condición (dependencia, autonomía, tercera categoría)”. Sin embargo, también subraya el hecho de que tales trabajadores deberían conservar el derecho a “reclamarse dependientes”, recurriendo a una acción judicial, sin perjuicio de postularse que el usufructo del conjunto de derechos mínimos asignados por el eventual estatuto especial, no debería operar como una presunción a favor de la laboralidad, así como tampoco a favor de la autonomía⁴²¹.

VII.II. La creación de una relación laboral especial

Desde el mismo ángulo o perspectiva de análisis que la corriente de opiniones anteriormente señalada, se encuentran quienes postulan la necesaria intervención heterónoma, mediante la modificación normativa de los ordenamientos jurídicos vigentes, creando una nueva categoría de trabajadores de plataformas, reglada en forma especial y de manera diferenciada de la ordenación que se ocupa del trabajador común. Tal proposición sugiere el ingreso de dicha categoría de trabajadores dentro del sistema general del Derecho del Trabajo, aunque con ciertas limitaciones particulares, por lo que en puridad cumpliría con la finalidad de evitar la ausencia total de protección que es inherente a la figura del trabajador autónomo en la mayoría de los ordenamientos positivos comparados.

Describiendo estas ideas propositivas, SUÁREZ ha indicado que la institucionalización de una relación laboral especial para quienes prestan

⁴²¹ GOLDIN, A., “Los trabajadores de...”, pp. 23-28.

servicios mediante plataformas digitales, implicaría introducir una normativa dentro del ámbito laboral, aunque con una regulación singular que refleje las particularidades de dicha actividad⁴²².

En tal caso, la creación de una “relación laboral especial de trabajadores que presten servicios a través de plataformas digitales”, es propuesta en función de considerarse la más apropiada a “la máxima de extender el ordenamiento laboral a todo tipo de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en que se preste”. Básicamente, el punto de inflexión de esta posición, reposa en señalar que “sería relativamente sencillo incluir a los trabajadores de la ‘Uber economy’ en el contrato de trabajo, pero modificando aquellos preceptos que son incompatibles con este nuevo modelo de relaciones laborales y adaptándolos a las especialidades de la nueva industria”. Por ende, la necesidad de crear unos derechos básicos para los trabajadores que formen parte de la referida relación laboral especial, tendría como contrapunto la conveniencia de no impedir el normal desarrollo de la industria⁴²³.

Según TODOLÍ, los contenidos mínimos de dicha regulación laboral especial deberían comprender, al menos, siete cuestiones concretas: 1) la prestación de servicios de manera autónoma por parte del trabajador, sujeto solamente al dictado de algunas instrucciones imprescindibles; 2) la libertad de horarios y de jornada a elección del trabajador; 3) la libertad para trabajar para diferentes plataformas; 4) la asunción de los riesgos por parte de los trabajadores, siendo los responsables de su trabajo; 5) un salario mínimo por el tiempo de prestación de servicios; 6) una compensación por gastos de bienes

⁴²² SUÁREZ, B., “La gran transición...”, p. 54.

⁴²³ TODOLÍ, A., “El impacto de la ‘Uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 3/2015, Universitat Pompeu Fabra, 2015, p. 21. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891266/Todoli.pdf/051aa745-0eea-42af-921f-dd20a7ebcf2c> [consultado el día 22 de febrero de 2017].

consumibles necesarios para el cumplimiento de las tareas; y 7) la aplicación subsidiaria del Estatuto de los Trabajadores o de la legislación laboral⁴²⁴.

A su vez, RODRÍGUEZ-PIÑERO entiende que los trabajos 3.0 actualmente ponen de manifiesto las limitaciones de los esquemas del Derecho del Trabajo, “puesto que éste ha operado tradicionalmente con una dicotomía, mutuamente excluyente, entre trabajo subordinado y trabajo autónomo. Ya hay voces que señalan que ante estas nuevas modalidades quizás este esquema resulte insuficiente”. Por ese motivo plantea la necesidad de adoptar “un enfoque creativo” para el tratamiento de dichos trabajos, partiendo de la base de la necesaria aceptación de la diversidad de la realidad de los mismos y superando dicho enfoque tradicional de dicotomía. Consecuentemente, el autor evalúa varias opciones, tal como la posibilidad de desarrollar los contratos de servicios del Derecho privado, así como, en concordancia con la postura de TODOLÍ, la adaptación de la legislación laboral mediante la creación de una relación laboral especial. Dicho análisis parte de la consideración de que nos encontramos en “una fase prerregulatoria”, en la que se plantean diversos objetivos que deben ser atendidos, como “ordenar la competencia en el mercado de servicios; asegurar la calidad de vida y de trabajo de los prestadores de los servicios; canalizar la iniciativa económica; gestionar el impacto de los cambios tecnológicos; permitir un nivel adecuado de control por las autoridades públicas, entre otros”⁴²⁵.

A la misma solución apunta ARAGÜEZ, quien destaca las dificultades interpretativas generadas con el marco normativo vigente, y asimismo, que dichas complejidades subsistirían aún cuando un juez determine que la relación existente es de carácter laboral, en tanto que

⁴²⁴ TODOLÍ, A., “El impacto de...”, pp. 21-24.

⁴²⁵ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El trabajo 3.0...”, pp. 36-61.

“posiblemente sea necesaria una readaptación de los modelos tradicionales para mantener la esencia de estos modelos de negocio y de estas nuevas relaciones de trabajo”⁴²⁶.

Arribando a una respuesta parecida, aunque con fundamentos y objetivos diferentes, DAVIDOV sintetiza la cuestión explicando que quizás la solución más fácil, en términos de minimizar el malestar de las normas actuales, es requerir cierto grado de subordinación y dependencia para la calificación del vínculo como subordinado, aunque extendiendo las protecciones actuales de dos maneras. Primero, cuanto más se caracterice una relación por la dependencia económica, menos se debería demostrar la subordinación del trabajador para ser considerado un empleado. En segundo lugar, probablemente la mayoría de las normas laborales deberían extenderse también a los trabajadores en una posición de dependencia económica, incluso sin ninguna subordinación, a través de una categoría intermedia de “contratistas dependientes”. Así, por ejemplo, según este autor el derecho a un salario mínimo y el derecho a negociar colectivamente son necesarios en situaciones de dependencia económica, incluso sin la presencia de la nota de la subordinación⁴²⁷.

De un modo similar, RASO considera que este tipo de prestaciones de trabajo deben obtener un nuevo *status* jurídico, concretado en la creación de una categoría de trabajador semi-dependiente o semi-autónomo, ingresando dentro de alguno de los círculos concéntricos de protección que ofrece el Derecho del Trabajo, aunque reconociendo la necesidad de concretar una corresponsabilidad entre el prestador de servicios y la empresa que opera mediante una aplicación o plataforma. En

⁴²⁶ ARAGÜEZ, L., “Nuevos modelos de economía compartida: *Uber Economy* como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, N° 1, ADAPT University Press, 2017, pp. 18-19. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/458/613 [consultado el día 4 de diciembre de 2019].

⁴²⁷ DAVIDOV, G., “The status of...”, p. 11.

efecto, dicho autor considera que existe una dificultad patente en la creación de un *standard* definitivo para todos los trabajadores de la *on-demand economy*, y asimismo, que esta propuesta responde a la realidad y permite superar las dificultades planteadas por las categorías clásicas del Derecho del Trabajo, que no hacen más que profundizar los bolsones de informalidad generados por el trabajo subordinado formal⁴²⁸.

Otro tanto sostiene GAUTHIER al considerar que en la actualidad existe una necesidad de “extender la protección a otro tipo de trabajador”, que se desempeña de una forma diferente y a través de medios disímiles a los que lo hacía en el pasado. Además, el autor señala que el trabajo no se ejecuta para un empleador tradicional, sino “para una entidad nueva o un nuevo tipo de empleador o directamente para los consumidores”⁴²⁹.

Incluso se ha señalado que a pesar de que algunos casos sean reconducidos judicialmente hacia una re-categorización del vínculo, desde la figura del trabajo autónomo al ámbito del trabajo dependiente, ello no puede operar como un obstáculo para identificar la inconveniencia de la aplicación en bloque del conjunto de derechos previstos en la normativa laboral para este tipo de vinculaciones. Lo que justifican sosteniendo que existirían algunas particularidades desarrolladas en el trabajo mediante plataformas, que desencajan con algunos de los parámetros regulatorios diseñados para la figura tradicional del trabajador dependiente, si se los trasladara a este tipo de situaciones. Estas consideraciones han sido suficientes para que también CAVAS se haya decantado por la introducción de una reforma legislativa con el fin de la creación de una relación laboral especial⁴³⁰.

⁴²⁸ RASO, J., “El Derecho del Trabajo...”, pp. 42-49.

⁴²⁹ GAUTHIER, G., “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”. Disponible en <https://adriantodoli.com/wp-content/uploads/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnologias-en-el-mundo-del-trabajo.pdf> [consultado el día 25 de junio de 2019].

⁴³⁰ CAVAS, F., “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, en ALFONSO, R. y VALERO, J.

VII.III. La implantación de una figura especial de trabajador autónomo

En torno al análisis del tópico que nos ocupa, otra de las orientaciones ha planteado que sería oportuna la creación de una categoría intermedia entre el trabajador dependiente y el trabajador autónomo, diferente incluso de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente o para-subordinado consagrado en algunos sistemas jurídicos. El punto neurálgico de esta propuesta radica en asignar a esta clase de trabajadores determinados derechos que son propios de quien presta el trabajo por cuenta ajena y de manera subordinada, aunque considerándolo en definitiva como un trabajador autónomo ajeno al ordenamiento jurídico laboral.

En sintonía con estos planteos, RODRÍGUEZ-PIÑERO destaca que “se ha sugerido la utilidad de diseñar nuevos tipos contractuales intermedios entre el asalariado tradicional y el autónomo común, en la línea de la tendencia generalizada en el siglo XXI de superar la dicotomía tradicional sobre la que se ha construido la regulación de los servicios profesionales”⁴³¹.

Por ende, no han faltado opiniones en relación a la sugerencia de introducir una figura intermedia entre los autónomos y los trabajadores por cuenta ajena, a la que se la ha denominado de diversas maneras en cada realidad comparada. Así por ejemplo, HARRIS y KRUEGER hablan de la figura del “trabajador independiente”⁴³², mientras que en el proyecto

(Dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, p. 444.

⁴³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El trabajo 3.0...”, p. 59.

⁴³² El término utilizado en el idioma inglés original es el del “*independent worker*”. Según estos autores, la ley debería reconocer a estos trabajadores independientes derechos en relación a la libertad de organización y de negociación colectiva, garantías y protecciones de los derechos civiles, un seguro de compensación, protecciones al salario y horario de trabajo, un seguro de desempleo y una atención asequible y un

de ley colombiano comentado previamente⁴³³, se procura introducir la regulación del “Trabajo Digital Económicamente Dependiente”.

VII.IV. Las líneas prevalentes en la OIT

En una postura contradictoria con la RIT N° 198 de la OIT, se encuentran las recomendaciones de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, plasmadas en su informe del 22 de enero de 2019. En efecto, allí se postula que debería establecerse “un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas”.

Esa propuesta parece ser una verdadera quimera, y a la vez una solución eventualmente menos protectora que la que varios órganos jurisdiccionales le han asignado a estos trabajadores. En efecto, numerosos pronunciamientos judiciales relevados se asientan sobre la premisa de que el uso de la tecnología no representa un elemento que por sí sólo sea un indicador de una necesidad de regulación normativa especial de los trabajos prestados mediante plataformas digitales. Al mismo tiempo, a los efectos de resolver los conflictos jurídicos planteados, se ha recurrido en gran medida a los propios instrumentos normativos de la OIT, entendiendo que las nuevas formas de trabajo deben analizarse bajo la óptica de los elementos típicos de la relación de trabajo y según las pautas contenidas en la propia RIT N° 198.

seguro de salud (HARRIS, S. y KRUEGER, A., “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent Worker’”, *The Hamilton Project*, Discussion Paper 2015-10, 2015, p. 13. Disponible en https://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf [consultado el día 4 de diciembre de 2019]).

⁴³³ Cap. II.IV.IV.

VII.V. Valoración crítica de las soluciones de *lege ferenda*

Las propuestas de *lege ferenda* han sido estructuradas sobre la base de presupuestos analíticos distintos, y con finalidades de regulación también divergentes. Por un lado, quienes han coincidido en proyectar una regulación de derechos mínimos para toda persona que trabaje, sin importar su modalidad de contratación, han partido de la base de la intrascendencia de la definición de la naturaleza jurídica del vínculo que une a los prestadores del servicio subyacente y las plataformas digitales. Por otro lado, quienes han sugerido una regulación laboral de carácter especial para estas formas de trabajo o la creación de una figura particular de trabajador autónomo, parten del supuesto de que existen elementos novedosos en la prestación de las tareas, que exigen una regulación diferente a la figura normal del contrato de trabajo, sin ingresar en el análisis de la calificación del vínculo jurídico según el estado normativo actual y vigente.

Sin embargo, es preciso determinar que el punto de partida del estudio de la calificación del vínculo apuntado, debe concentrarse en la resolución del problema de categorías jurídicas señalado⁴³⁴, y por ello, es posible estimar que las premisas de estas propuestas de modificación normativa, desenfocan el punto jurídicamente relevante de necesaria respuesta.

Precisamente, ha de entenderse que el tema objeto de análisis se inscribe en una necesaria determinación de categorías jurídicas, en tanto que en definitiva, el epicentro lo constituye la interrogante surgida alrededor de si estas formas de prestación de actividad laboral se configuran en el ámbito de una relación de trabajo dependiente o si por el contrario quedan fuera de ella. Por ende, cabría considerar que no es

⁴³⁴ Cap. I.V.

posible, ni tampoco debería ser admisible, buscar una solución normativa nueva sin antes verificar en qué categoría jurídica se inscribe la situación concreta analizada. En función de ello, el ser y el deber ser imponen la resolución de la cuestión desde el análisis previo y necesario de los hechos en función del derecho vigente; y sólo en virtud de dicho contraste, y siempre y cuando el derecho fuere insuficiente, correspondería decantarse por aportar soluciones propositivas aconsejables.

Ello en virtud de que las propuestas que sugieren la creación de una serie de derechos mínimos aplicables a todos los sujetos que trabajen, la creación de una relación laboral especial o la creación de una figura híbrida de trabajador autónomo de las plataformas digitales, buscan una solución normativa novedosa a un problema, siendo que quizás no sea necesario, en tanto que si dichas formas de trabajo pertenecen al ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, estos prestadores de servicios -trabajadores dependientes- ya tendrán asignada la protección y beneficios propios de su normativa -*de lege data*-.

En términos trasladables a este asunto, PALOMO señala que “cuando hay falso trabajo autónomo, por ejemplo, derechamente hay una huida ilegítima del Derecho del Trabajo, y no una zona gris en su esfera de protección”⁴³⁵ que amerite una regulación diferente o especial (agregado propio).

Del examen anterior, DE STEFANO advierte que resulta importante

evitar respuestas legislativas apresuradas, como crear categorías específicas de empleo para clasificar a los trabajadores de la *gig economy* o debilitar la normativa actual para supuestamente mejorar las perspectivas de desarrollo de las empresas de este sector: no está para nada demostrado que la desregulación de los mercados

⁴³⁵ PALOMO, R., “Subordinación, autonomía...”, p. 50.

laborales y de las formas atípicas de trabajo en particular tenga un impacto positivo sobre el crecimiento, la innovación o la tasa de empleo⁴³⁶.

En ese contexto, se ha destacado que las intervenciones normativas de mínimos, tal como lo constituye la aproximación ofrecida por la OIT, omiten considerar que el Derecho del Trabajo es una herramienta destinada a la compensación de desigualdades en el trabajo, siendo el contrato de trabajo el instrumento fundamental para dicha consecución. Consecuentemente, SERRANO indica que se ha asentado la idea tanto en doctrina como en jurisprudencia comparadas, de que no hay que renunciar en “ubicar las nuevas formas de empleo bajo el paraguas de la laboralidad”⁴³⁷.

Similares críticas aporta LILLO, al señalar que estos postulados “desenfocan la problemática planteada”, en virtud de que si estos supuestos ingresaren dentro de la categoría de trabajadores subordinados, se tornaría aplicable el contenido esencial de la relación laboral, cuya consecuencia es más amplia e importante que “una declaración retórica y vacía de supuestos derechos abstractos”, al punto de resultar aplicable el derecho a percibir un salario conforme a los mínimos vigentes, así como a cotizar a la Seguridad Social, a la protección legal contra el despido, a realizar elecciones sindicales, etc.⁴³⁸

En otro orden, también se han alegado razones de justicia social, a los efectos de descartar este tipo de soluciones, argumentando que “situar la regulación de los ‘riders’ fuera del alcance del principio de irrenunciabilidad de derechos y del carácter tuitivo del Derecho del

⁴³⁶ DE STEFANO, V., “La ‘gig economy’...”, p. 162.

⁴³⁷ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 34.

⁴³⁸ LILLO, E., “Falsos autónomos y trabajo en plataformas. Habla Enrique Lillo”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 13 de mayo de 2019. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2019/05/falsos-autonomos-y-trabajo-en.html> [consultado el día 14 de mayo de 2019].

Trabajo supone una solución normativa difícilmente justificable desde la estricta óptica del análisis de las notas caracterizadoras de la prestación de servicios por cuenta ajena, pero más aún desde el prisma de la justicia social”⁴³⁹.

De ahí que se sostenga que “el contrato de trabajo continúa siendo el instrumento contractual idóneo para dar cabida a buena parte de las prestaciones de servicios a demanda en el mercado de la economía digital, sin necesidad de crear una relación laboral especial”⁴⁴⁰.

Tampoco debe perderse de vista el hecho de que una nueva regulación de derechos mínimos podría asumir en muchos casos niveles de protección más reducidos que los propios del Derecho Laboral. En efecto, ello dependerá de cuáles sean esos mínimos, pero claro está que el propio calificativo de mínimo parece llevar ínsita una reducción -más o menos sustancial- de los derechos originalmente atribuidos al trabajador dependiente. Máxime teniendo en cuenta que para lograr dicha nueva regulación, será necesario recurrir al diálogo social, con intervención de todos los sujetos, incluidas las propias empresas propietarias de las plataformas digitales, que como es lógico e inherente al propio conflicto subyacente, buscarán imponer soluciones más favorables para sus intereses, en detrimento de las protecciones sociales de los prestadores de los servicios subyacentes.

Una similar consideración podría extenderse hacia la propuesta de creación de una categoría especial, en tanto que conforme lo destaca DE STEFANO, los trabajadores que calificarían para una protección total como empleados subordinados bajo las reglas legales actuales,

⁴³⁹ RUBIO, J., “Las plataformas digitales quieren que se incluya la figura del nuevo autónomo ‘TRADE Digital’”, *CONFILEGAL*. Entrada del día 22 de julio de 2019. Disponible en <https://confilegal.com/20190722-las-plataformas-digitales-quieren-que-se-incluya-la-figura-del-nuevo-autonomo-trade-digital/>. [consultado el día 30 de julio de 2019].

⁴⁴⁰ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 45.

probablemente se verían privados de muchos derechos si estuvieran insertos en un “cubo intermedio” o categoría especial. En definitiva, en términos absolutamente compartibles, este autor considera que las categorías intermedias pueden constituir un obstáculo para lograr la protección laboral total cuando las relaciones laborales se disfrazan⁴⁴¹.

Una crítica semejante es aportada por LIEBMAN y LYUBARSKY, al destacar la preocupación de que una nueva categoría podría complicar aún más la cuestión de la calificación jurídica, al mismo tiempo de que podría alentar una mayor erosión de los estándares en el lugar de trabajo en lugar de expandir los grupos de trabajadores con derecho a protecciones legales⁴⁴².

En relación a la propuesta de creación de una relación laboral especial, SUÁREZ apuntaba que pueden destacarse dos objeciones particulares; por un lado, “esa regulación tendería a reforzar la búsqueda de flexibilidad”, acercándose a la regulación del TRADE; y por otro lado, esta solución podría derivar en efectos perjudiciales en el largo plazo, en tanto que estos modelos de negocios seguramente incrementen su peso en el conjunto de la actividad económica, siendo ello “una vía que podría favorecer un significativo debilitamiento de las garantías y derechos laborales”⁴⁴³.

Ya tempranamente y con meridiana claridad crítica, ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ habían puesto de manifiesto las deficiencias de estas clases de propuestas, señalado que apuntan a “establecer diversos niveles o umbrales de protección para las diversas categorías diferentes al clásico -y reducido- trabajo subordinado *stricto sensu*”. En síntesis, los citados autores destacaban como elementos negativos que:

⁴⁴¹ DE STEFANO, “The rise of...”, p. 20.

⁴⁴² WAAS, B., LIEBMAN, W., LYUBARSKY, A. y KEZUKA, K., *Crowdwork...*, p. 105.

⁴⁴³ SUÁREZ, B., “La gran transición...”, p. 55.

a esas ‘nuevas’ categorías no resultaría aplicable el derecho del trabajo y de la seguridad social *in totum*, sino algunos de sus institutos. De ahí que en todos esos casos hablemos de extensión o aplicación parcial, diferenciada, fraccionada o modulada del Derecho del Trabajo. El inconveniente de estas propuestas radica en que, al postular un derecho del trabajo modular, con diversos niveles de protección, corren el riesgo de terminar ubicando a casi todos los trabajadores en los módulos de menor protección, generando una suerte de ‘migración interna’ en lugar de -o peor aún, además de- la ya referida emigración o fuga del Derecho del Trabajo⁴⁴⁴.

En ese mismo sentido se ha pronunciado BELTRAN, al oponerse a “las propuestas que abogan por la configuración de una nueva categoría conceptual (próxima a lo que se conoce como ‘trabajador independiente’)”, así como a los postulados que destacan una necesidad de “crear a nivel interno una relación laboral especial”. Los fundamentos de dicha oposición son variados, aunque podrían resumirse en dos; por un lado, “incrementaría sustancialmente las ya de por sí difusas fronteras del trabajo por cuenta ajena, incrementando su inestabilidad e imprecisión”; y por otro lado, “es probable que se articularía un estatuto menos protector que el común y, en un contexto en el que la precariedad y la atipicidad son fenómenos en expansión, no parece oportuno crear un nuevo nicho para estimularlas”⁴⁴⁵.

En otro orden, la introducción de una categoría intermedia sería aún más discutible si fuera aplicable sólo a los trabajadores de la economía de las plataformas digitales. Ello en virtud de que los problemas relacionados con la situación laboral y la clasificación errónea se extienden

⁴⁴⁴ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 293.

⁴⁴⁵ BELTRAN, I., “Economía de las plataformas...”.

mucho más allá de los límites de la economía de las plataformas digitales, por lo que proporcionar una categoría específica de trabajadores en este sector segmentaría artificialmente el mercado laboral y la regulación del empleo⁴⁴⁶.

Sumado a ello, existe espacio para otra consideración referente a las propuestas de creación de una figura especial de trabajador autónomo, en tanto que las mismas podrían implicar una licencia para que este tipo de empresas se ahorren costes derivados de lo que legalmente se encuentra previsto como derechos inherentes de los trabajadores dependientes, implicando una evidente ventaja económica y competitiva con respecto a las empresas tradicionales⁴⁴⁷.

Asimismo, partiendo de la base de que la creación de una nueva categoría de trabajadores podría encontrar una justificación en el hecho de la posible destrucción del modelo de negocio de esta clase de plataformas -en el caso de que deban reconducir la calificación hacia un vínculo de carácter laboral y asumir dichos costos-, SACHS ha traído a colación una respuesta crítica indicando que, en realidad, un modelo de negocio que no puede cumplir con el régimen regulatorio actual es un modelo de negocio que no merece la pena proteger⁴⁴⁸.

En definitiva, todas estas objeciones conducen a plantear una preocupación legítima para el Derecho del Trabajo, en tanto que el desafío al que se enfrenta, es el de la eventual disminución del nivel de protección social que deriva del andamiaje y estructura de la disciplina⁴⁴⁹.

En resumidas cuentas, resulta compatible la afirmación de ALOISI en cuanto a que es necesario refutar el argumento “tecno-determinista”,

⁴⁴⁶ DE STEFANO, “The rise of...”, p. 21.

⁴⁴⁷ TODOLÍ, A., SÁNCHEZ, J. y KRUTHOF, A., *El treball en...*, p. 219.

⁴⁴⁸ SACHS, B., “Do we need an ‘independent worker’ category?”, *Onlabor*. Entrada del día 8 de diciembre de 2015. Disponible en <https://onlabor.org/do-we-need-an-independent-worker-category/> [consultado el día 20 de enero de 2020].

⁴⁴⁹ FERNÁNDEZ, H., “Las empresas...”, p. 37.

según el cual las leyes preexistentes no pueden gobernar un conjunto de fenómenos sociales. En efecto, sea lo que sea que signifique innovar, no debe consistir simplemente en entrar en un mercado, aprovechar de la posición dominante, ejercer un grado significativo de control sobre los trabajadores, evadir las regulaciones, para luego lidiar con el cumplimiento normativo preestablecido⁴⁵⁰.

VIII. Respuestas normativas a nivel comparado

El problema de calificación jurídica que se viene analizando, así como otros que derivan del trabajo desplegado mediante las plataformas digitales y sus formas de organización, ha generado un dilema a cargo de quienes diseñan y gestionan las políticas públicas, y en particular, a cargo del legislador -en el sentido amplio del término-, que exhibe una marcada respuesta evolutiva pendular y hasta errática. Por un lado, se identifican modelos intensamente abstencionistas y anclados en el principio liberal del desarrollo del trabajo o la industria con amplia libertad, y por otro lado, sistemas que buscaron una mayor intervención especialmente normativa, cuyo fin regulador se ha centrado en variadas perspectivas, como la administrativa, fiscal, comercial, de protección social, de extensión de ciertas condiciones de trabajo, etc.⁴⁵¹

⁴⁵⁰ ALOISI, A., “Commoditized workers...”, p. 686.

⁴⁵¹ Por ejemplo, en el caso de Uruguay es posible señalar una norma que regula accesoriamente a las plataformas digitales de transporte de cosas -alimentos y productos farmacéuticos-. En concreto, el Decreto N° 119/017 prevé que todo trabajador que desempeñe tareas utilizando motocicleta o cualquier otro tipo de bi-rodado impulsado por motor deberá aprobar el curso de capacitación específico y contar con certificado de formación profesional expedido por la autoridad competente o entidad habilitada a tal efecto.

A partir del 1° de enero de 2018, solamente se exige a los trabajadores que desempeñen tareas de reparto de alimentos y productos farmacéuticos, haber aprobado el curso de capacitación específico y contar con certificado de formación profesional expedido por la autoridad competente o entidad habilitada a tal efecto.

Por ello es que también se destacan varias propuestas y novedosas expresiones de injerencia normativa en relación al problema de la calificación jurídica del vínculo que une al prestador de servicios y las plataformas digitales, aportando en algunos casos una calificación expresa del mismo.

Más allá de esta definición conceptual, en otros supuestos dicha tendencia ha apuntado en otra dirección, en tanto que con independencia de efectuar ese tipo de calificación, la finalidad de otorgar un marco regulatorio, por un lado, y de crear condiciones de trabajo mínimas, por el otro, ha sido la prioridad perseguida.

VIII.I. Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia

El Decreto-Legislativo N° 81 de Italia, con las modificaciones introducidas por el Decreto-Ley N° 101, adopta una solución novedosa y moderada, al no calificar jurídicamente el vínculo que une al prestador de servicios con las empresas titulares de las plataformas digitales, sino que permite que el mismo pueda tratarse de un trabajo de tipo dependiente o autónomo.

En efecto, en el artículo 2 se previó que a partir del 1 de enero de 2016, la disciplina del empleo subordinado también se aplicará a las relaciones de colaboración que sean exclusivamente personales, continuas y cuyos métodos de ejecución -con referencia al momento y en el lugar de trabajo- sean organizados por el cliente. Según mandata la norma comentada, dichas disposiciones también son aplicables en el caso de que

Por ello, dicha norma excluye de su aplicación a los trabajadores que se desempeñen mediante bicicletas, y asimismo, a quienes presten dichas tareas fuera de la relación de dependencia. Para superar parcialmente dicha insuficiencia, se dictó el Decreto N° 327/2019, que incorporó al transporte efectuado mediante bicicletas o cualquier otro impulsado con o sin motor.

los métodos de prestación del servicio sean organizados a través de plataformas digitales.

Es por ello que, por un lado, se prevé que serán aplicables las disposiciones de la disciplina de la relación de trabajo subordinada si existiere un desempeño personal, y cuando las modalidades de prestación del servicio sean organizadas a través de plataformas digitales, en cuanto a tiempos y lugar de trabajo; aunque por otro lado, se establecen niveles mínimos de protección para los *riders* que presten servicios a través de plataformas digitales, en relaciones laborales no subordinadas.

En ese último caso, la norma introduce nuevas formas de protección para los repartidores, o aquellos tipos particulares de trabajadores que, utilizando la bicicleta u otros medios, operen para las plataformas que realizan entregas a domicilio, siempre que se encuentren empleados bajo relaciones no dependientes. De ese modo, se prevé una cobertura de seguro obligatorio contra accidentes en el trabajo y enfermedades profesionales, así como una retribución por hora trabajada -siempre que el trabajador acepte al menos una llamada por hora-.

Al analizar esta norma, DAGNINO ha destacado que la disposición legislativa es difícil de leer e interpretar, tanto en términos de técnica legislativa como en términos de efectos sistemáticos⁴⁵². Del mismo modo, ALOISI y DE STEFANO indicaron críticamente que el hecho de que el legislador expresara la necesidad de reiterar que las disposiciones laborales se aplican incluso si los métodos de desempeño del servicio se organizan a través de plataformas digitales, es representativo de una intervención entre “inocentes y pleonásticos”⁴⁵³.

⁴⁵² DAGNINO, E., “Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery”, *Working Paper ADAPT*, N° 4, 2019. Disponible en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52981/mod_resource/content/0/wp_2019_4_dagnino.pdf [consultado el día 6 de diciembre de 2019].

⁴⁵³ ALOISI, A. y DE STEFANO, V., “Il decreto *riders* fuori tempo massimo: un anno di attesa per consegnare un ‘pacco’”, *Diritti Comparati*. Entrada del día 4 de octubre de

Sin perjuicio de dichas críticas, por otro lado, CAPPONI y PELUSI señalaron que la norma constituye un importante avance, con miras a elevar los niveles de protección de los trabajadores en la era digital. Precisamente, la opción de política legislativa seguida por el legislador es la de no haber respondido a la cuestión de la clasificación del trabajo prestado a través de una plataforma digital, y en su lugar, escogiendo por tomar medidas adecuadas para delinear las garantías mínimas necesarias para garantizar condiciones de trabajo dignas para los trabajadores de la *gig economy*, independientemente de la calificación legal de dichas relaciones⁴⁵⁴.

VIII.II. Las Leyes N° 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia

En Francia, la Ley N° 2016-1088⁴⁵⁵ fue introducida en el mes de agosto de 2016, con el objeto de regular el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales. Dicha norma, en lo que se refiere al tema del trabajo mediante plataformas digitales, básicamente dispone que entre el prestador del servicio y la plataforma existe una relación contractual no asalariada o independiente, configurándose como una tercer categoría de trabajador⁴⁵⁶.

2019. Disponible en <http://www.diritticomparati.it/il-decreto-riders-fuori-tempo-massimo-un-anno-di-attesa-per-consegnare-un-pacco/> [consultado el día 6 de diciembre de 2019].

⁴⁵⁴ CAPPONI, F. y PELUSI, L., “Le nuove tutele del lavoro tramite piattaforma ‘anche’ digitale: commento al d.l. n. 101/2019”, *Bollettino ADAPT*, N° 31. Entrada del día 9 de septiembre de 2019. Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/9-settembre-2019-n-31/> [consultado el día 6 de diciembre de 2019].

⁴⁵⁵ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=624A2C54BA7DDF0C0AFAFFD4A941E47D.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id.

⁴⁵⁶ ROJO, E., “La normativa francesa sobre la actividad de las plataformas de servicios y la relación jurídica con los prestadores de actividad para ellas”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 1 de agosto de 2018. Disponible en

Además, según el artículo 60 de dicha norma, se le asigna una doble responsabilidad social a la plataforma cuando la misma establezca las características del bien o del servicio y su precio. En ese sentido, se encuentra a su cargo la asunción de la cobertura por accidentes de trabajo que establece la norma de seguridad social, así como el derecho a la formación profesional continuada de esos trabajadores.

Gran parte del contenido de la referida ley y de la N° 2018-771⁴⁵⁷ sobre la libertad de elegir el futuro profesional, fue luego incorporado por la Ley N° 2019-1428⁴⁵⁸ sobre orientación de las movilidades. En definitiva, se prevé que la plataforma puede establecer una carta que determine las condiciones y procedimientos para el ejercicio de su responsabilidad social, definiendo sus derechos y obligaciones, así como los de los trabajadores con los que se relaciona. A ello se adiciona una disposición que expresamente indica que el establecimiento de la carta y el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma no pueden caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los trabajadores.

<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/la-normativa-francesa-sobre-la.html> [consultado el día 24 de enero de 2020]; SIERRA, E., “Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un Derecho del Trabajo consistente (sólido, estable y duradero), *Revista IDEIDES*, 23 de diciembre de 2017. Disponible en <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/> [consultado el día 19 de julio de 2019]; AGOTE, R., “La reforma laboral francesa otorga derechos laborales a los trabajadores independientes que presten sus servicios en la gig economy”, *Blog Cuatrecasas*. Entrada de Blog del día 20 de octubre de 2016. Disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/la-reforma-laboral-francesa-otorga-derechos-tipicamente-laborales-a-los-trabajadores-independientes-que-presten-sus-servicios-en-la-gig-economy/> [consultado el día 24 de enero de 2020].

⁴⁵⁷ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=624A2C54BA7DDF0C0AFAFFD4A941E47D.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000037367660&categorieLien=id.

⁴⁵⁸ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A8BB185BE6174BBFF9CE5CB9F7F28642.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000039666574&categorieLien=id.

En otro orden, analizando dicha normativa francesa, ROJO indica que la misma “se sustenta ciertamente en gran medida en la presunción de existencia de una relación no asalariada entre la plataforma y quienes prestan sus servicios para ella, pero tal situación no impide en modo alguno que la laboralidad pueda existir, y de ello dan debida cuenta sentencias de instancia, apelación y del propio Tribunal Supremo”⁴⁵⁹.

VIII.III. La Ley N° 5 del Estado de California en Estados Unidos

Si bien la Ley N° 5 aprobada en el mes de septiembre de 2019 no se dedica a regular expresamente el trabajo desarrollado vía plataformas digitales, sus contenidos impactan considerablemente en la calificación jurídica que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales. En efecto, el Estado de California de Estados Unidos ha regulado de manera diferente la temática analizada, partiendo de la premisa de la necesidad de regulación producto del daño provocado a los trabajadores clasificados erróneamente, en tanto que pierden protecciones significativas en el lugar de trabajo, así como la injusticia creada a los empleadores que deben competir con las empresas que contratan falsos autónomos, y la constatación real de la pérdida para el Estado de los ingresos necesarios de las empresas que se valen de clasificaciones incorrectas para evitar obligaciones, tales como el pago de impuestos sobre la nómina, el pago de primas para la compensación de los trabajadores, la Seguridad Social, el desempleo y el seguro por discapacidad.

⁴⁵⁹ ROJO, E., “La regulación contractual de los trabajadores de plataformas en Francia. Lo que se quiere contar, y lo que se debe explicar. A propósito de la Ley de 24 de diciembre de 2019 de orientación de las movi­lidades”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 29 de diciembre de 2019. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html> [consultado el día 24 de enero de 2020].

Es por esos motivos que la legislatura de California optó por codificar el pronunciamiento de la Suprema Corte de California en el caso “Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles”⁴⁶⁰, integrando su parte dispositiva y sus fundamentos al Código de Trabajo.

De ese modo, a los efectos de aplicar un criterio definido y concreto en materia de la determinación de la relación de trabajo, se incorpora al Código de Trabajo el denominado “ABC test”, al que la ley californiana ahora lo califica como un “test de tres partes”.

El mismo consiste, según ha sido analizado en el marco del caso Dynamex, en considerar que existirá un trabajador dependiente en lugar de un contratista independiente, cuando una persona brinde mano de obra o servicios a cambio de una remuneración, a menos que la entidad contratante demuestre que se cumplen tres condiciones de manera acumulativa: 1) que el trabajador esté libre del control y la dirección de la empresa contratante en relación con el desempeño del trabajo -ambos elementos deben surgir probados tanto del contrato como de los hechos-; 2) que el trabajador realice un trabajo que esté fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante; y 3) que el trabajador se dedique en forma independiente y habitual a un comercio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante.

VIII.IV. Proyectos de ley en Chile

Tal como se reseñó anteriormente⁴⁶¹, en Chile se han planteado al presente tres proyectos de ley, cuyos contenidos regulatorios difieren sustancialmente entre sí, tanto en la calificación de la naturaleza de la

⁴⁶⁰ Anexo 3.

⁴⁶¹ Cap. II.IV.III.

actividad cumplida por las plataformas digitales, como sobre la naturaleza del vínculo mantenido entre las mismas y el prestador del servicio.

El primer proyecto de ley⁴⁶², en línea con considerar que las plataformas digitales no circunscriben su actividad a una mera intermediación, también define a la figura del trabajador a los efectos de dicha norma, atribuyéndole tal calidad a quien preste servicios a una de las plataformas señaladas en el artículo 1, a través de una infraestructura digital que lo conecta con los clientes y con el objeto de prestar el servicio que la plataforma ofrece, en virtud de un contrato de trabajo. Además, el proyecto agrega que se considerarán como trabajadores dependientes para todos los efectos legales relacionados con cotizaciones previsionales y de seguridad social.

Del mismo modo, también se introduce la noción de contrato de trabajo a los solo efectos de dicha norma, definiéndolo como la convención por la cual la plataforma de servicios y el trabajador se obligan recíprocamente, “éste a prestar servicios personales bajo dependencia y subordinación del primero, a través de una infraestructura digital que lo conecta con clientes con el objeto de que preste el servicio que la plataforma ofrece, y aquella a pagar por estos servicios una remuneración determinada”.

Asimismo, se regulan los aspectos relativos al perfeccionamiento del contrato, sus contenidos y su terminación, y una serie de derechos en favor de los trabajadores, incluyendo el concepto de la jornada autónoma, la seguridad laboral, la transparencia y derecho de información, la jornada pasiva y el derecho a la sindicalización.

El segundo proyecto⁴⁶³, que regulaba el trabajo de los repartidores de bienes desarrollado para plataformas digitales, también coincide en

⁴⁶² Boletín N°12475-13.

⁴⁶³ Boletín N° 12.497-13.

considerar a los prestadores de dicho servicio como trabajadores, aunque en este caso sujetos a las disposiciones del Código de Trabajo, con algunas salvedades establecidas en forma expresa; tal como lo es su exclusión de la jornada de trabajo.

Por último, el tercer proyecto de ley⁴⁶⁴, excluye de la regulación del Código de Trabajo a quienes prestan servicios para plataformas digitales. Sin perjuicio de dicho apunte, de la lectura de la iniciativa comentada surge que la redacción además condiciona la referida ausencia de laboralidad a la concurrencia de una serie de factores. El primero de ellos se refiere a la necesaria inexistencia de exclusividad en el cumplimiento de la actividad por parte de la persona. El segundo de ellos, se relaciona con la necesaria “libertad para determinar la oportunidad y tiempo que destinarán a la prestación de tales servicios”. Y el tercero, vinculado con la necesaria inexistencia de los requisitos enunciados en el artículo 7 del Código de Trabajo, es decir, que no exista una prestación personal del trabajo, bajo las notas de dependencia y subordinación.

Por ende, se infiere entonces que para que no exista una relación de trabajo, resultaría necesario que: 1) exista una empresa cuya actividad sea la de intermediación; 2) que esa empresa ofrezca el servicio de intermediación mediante una plataforma digital; 3) que se verifique un vínculo entre dicha empresa con una persona natural; 4) que esa persona natural preste un servicio en el marco de ese vínculo; 5) que ese servicio no sea prestado con obligación de exclusividad; 6) que ese servicio sea prestado con libertad para determinar la oportunidad y tiempo que se destinarán al mismo; 7) que ese servicio no sea de carácter personal, y bajo dependencia y subordinación de la empresa intermediaria.

En definitiva, de la lectura conjunta y sistemática parece desprenderse que la originalidad o pretensión de regulación de estos

⁴⁶⁴ Boletín N° 12.618-13.

“nuevos trabajadores del siglo XXI”, encuentra varios flancos débiles, y no supera en lo más mínimo a los problemas interpretativos generados a nivel comparado en torno a esta cuestión, vislumbrándose la eventual ineficacia del precepto normativo en relación con el fin perseguido.

Ello en tanto que difícilmente podría sostenerse que estas empresas se limitan a una actividad de intermediación, cuando la norma se refiere a la imposición de “obligaciones” para con el prestador del servicio, como por ejemplo, que no exista obligación de exclusividad, o que deberán imponer como condición para participar en la plataforma, que las personas naturales que prestan servicios a través de ella extiendan la documentación tributaria que corresponde, o que deberán establecerle a ese chofer o *rider* determinadas condiciones preceptivamente, como ciertas directrices para la prestación del servicio, los términos y condiciones para determinar el precio del servicio, la calidad del servicio esperada, etc.

VIII.V. Proyecto de ley sobre el “Trabajo Digital” en Colombia

A diferencia de la propuesta sobre modernización laboral chilena, el proyecto de ley colombiano⁴⁶⁵ plantea una solución diferente en relación a la situación jurídica de los prestadores del servicio. Concretamente, la respuesta prevista se limita a la creación de una figura novedosa, correspondiéndose con la postura que califica al vínculo entre el prestador del servicio y la plataforma digital, como una figura híbrida e intermedia entre el trabajador autónomo y el trabajador dependiente. Por ello se hace referencia al “trabajo digital económicamente dependiente” y al “trabajador digital”.

A tales efectos, se considera un trabajador digital a toda persona natural que realice de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia

⁴⁶⁵ Cap. II.IV.IV.

y en el ámbito de dirección y organización de una empresa de intermediación digital, una actividad económica o profesional a título lucrativo y que represente para el trabajador digital un ingreso mensual de por lo menos dos salarios mínimos legales mensuales vigentes. Además, se indica que dicha actividad podrá realizarse por cuenta propia, a tiempo completo o a tiempo parcial; así como que los trabajadores digitales constituyen una parte integral del modelo económico de las empresas de intermediación digital.

La propuesta legislativa agrega que en ningún caso la relación sustantiva descrita podrá ser considerada como un contrato de trabajo en los términos del artículo 22 del Código Sustantivo de Trabajo o una relación civil de prestación de servicios, por lo que adopta una técnica de exclusión de ambas disciplinas jurídicas -laboral y civil-.

Adicionalmente, se prevé un régimen de seguridad social para dichos trabajadores, cierta protección mediante un seguro de vida, y garantías para la asociación de los trabajadores digitales, con el derecho de obtener información por las empresas de intermediación digital.

VIII.VI. Anteproyecto de ley de “Estatuto del trabajador de plataformas digitales bajo demanda” en Argentina

El 6 de mayo de 2020, en Argentina cobró notoriedad pública un anteproyecto de ley que pretende regular un estatuto especial del trabajador de plataformas digitales bajo demanda⁴⁶⁶. Dicho anteproyecto de ley, intenta zanjar la problemática jurídica de la calificación del vínculo que une a los prestadores de servicios y las empresas propietarias de plataformas digitales. En definitiva, la norma proyectada se inscribe dentro

⁴⁶⁶ Disponible en <https://federicorosenbaum.blogspot.com/2020/06/anteproyecto-de-ley-de-estatuto-del.html>.

de las tendencias propositivas de *lege ferenda*, con el objeto de crear una categoría jurídica especial de trabajadores de plataformas digitales bajo demanda, incorporada al ámbito del Derecho del Trabajo, aunque con limitaciones protectoras diferentes en comparación con la figura del trabajador subordinado típico.

En síntesis, la norma proyectada aborda una amplia variedad de temas, entre los cuales se destaca una regulación de condiciones generales; jornada de trabajo; remuneraciones; vacaciones; protección de la mujer gestante; régimen de enfermedades y accidentes inculpables; régimen disciplinario; extinción de la relación; derecho de información; condiciones y elementos de trabajo; compensación de gastos y resarcimiento de daños; reputación digital y portabilidad de datos; seguridad e higiene; capacitación y formación profesional; derechos colectivos; seguridad social; y disposiciones finales.

En cuanto a su ámbito subjetivo, la norma está dirigida a ser aplicada a “la relación jurídica que vincula a las empresas dedicadas al reparto y entrega de productos diversos, que administran plataformas digitales, con las personas que, sin obligación de asistencia permanente y por su iniciativa o decisión, prestan servicios desplazándose para llevar a cabo tal actividad en favor de dichas empresas”. En función de ello, cabría señalar que la denominación como un estatuto especial habría sido sobredimensionada, en tanto que en los hechos no sería comprensivo de todos los trabajadores de plataformas digitales bajo demanda, sino exclusivamente limitado a las actividades de reparto, es decir, destinado a regular al trabajo de los denominados *riders*.

En cuanto a la modalidad de la prestación, se ha dejado en manos de los trabajadores el “derecho de determinar su jornada de trabajo” y la puesta a disposición de las empresas. A tales efectos, se indica que una vez

que de inicio la jornada, “están obligados a realizar los viajes o envíos que se les asignen, dentro de los términos del contrato, salvo causa justificada”.

Asimismo, se señala que los trabajadores “no podrán loguearse en más de una plataforma” durante su jornada de trabajo, lo que en otros términos implica instaurar un régimen de exclusividad -al menos parcial- que en los hechos no se cumple en la actualidad.

Por otro lado, en materia de obligaciones empresariales, el anteproyecto impone que los trabajadores conozcan, “de modo previo, las características de los viajes o envíos que se le asignen”; así como también que la implementación de los algoritmos sea acorde con el principio de igualdad y de no discriminación. Este último tema resulta ser una materia regulatoria trascendente, que va en la línea de exigir una transparencia en el desarrollo de las tecnologías que sean implementadas durante el proceso de organización y de control del trabajo, así como también al momento de disponer sanciones disciplinarias.

Otro de los aspectos que suscitan especial interés es el vinculado con la jornada de trabajo. Según el art. 6, la jornada de trabajo es el tiempo en el que el trabajador está a disposición del empleador, a partir del “logueo” en la aplicación, hasta que se desconecta de la misma por su voluntad. Asimismo, se dispone que la “jornada semanal” no puede superar las 48 horas, debiendo existir además un descanso de por lo menos 12 horas por día.

En vinculación con lo anterior, la norma también consagra un derecho del empleador a establecer “un cupo máximo de aceptaciones de logueos, ya sea por día o por franjas horarias o por ambos, según las necesidades objetivas del servicio”.

En otro orden, en cuanto a las remuneraciones la norma proyectada básicamente establece dos modalidades de retribución para estos trabajadores. La primera, una de carácter mínimo y garantizada,

equivalente al monto del salario mínimo vital y móvil, en proporción a la duración de la jornada, en cada periodo mensual, que se genera desde el momento en que el trabajador se pone a disposición del empleador -luego de “loguearse”-. La segunda, que consiste en una retribución por cada viaje, adicional a la remuneración mínima, y que depende de la distancia, el tiempo de realización y el lapso de espera, devengándose aun cuando el viaje no se haga efectivo por decisión o culpa del cliente o del proveedor.

Adicionalmente, se prevé un incremento del 20% cuando el trabajo se preste bajo lluvia o tormenta, así como el mismo porcentaje de incremento cuando el trabajador provea los elementos de trabajo concernientes a la movilidad o la infraestructura para el traslado de productos, adecuados al envío de mercaderías frías o calientes.

En relación al descanso anual de los trabajadores, se consagra un derecho de vacaciones que depende de la antigüedad en el trabajo, con un día de descanso por cada 120 horas de trabajo.

Por otro lado, el anteproyecto regula el régimen de enfermedades y accidentes inculpables, creando un fondo de reserva por enfermedad, gestionado por las empresas para ser destinado a cubrir las contingencias por ausencias motivadas en enfermedades o accidentes no vinculados con el trabajo. Ese mismo fondo también solventaría las incapacidades temporarias que se generen por enfermedades o accidentes no vinculados con el trabajo.

En síntesis, el fondo se constituiría como una especie de cuenta corriente del trabajador, que puede ser engrosada en la medida de que este no la utilice para esos fines, y asimismo, el monto dinerario debe ser devuelto al trabajador al momento de extinguirse el vínculo. En definitiva, una modalidad de protección alejada de los seguros sociales o de la seguridad social y muy emparentada al mutualismo.

La norma también pretende reglamentar el régimen disciplinario de estos trabajadores, consagrando algunos principios básicos aplicables al proceso sancionatorio, con ciertas particularidades propias de la actividad. Por ejemplo, se considera sanción disciplinaria “la imposibilidad del derecho de acceder a la aplicación y/o la interrupción luego del acceso, sin motivo justificado”. Asimismo, el estatuto establece que no podrán considerarse incumplimientos del trabajador, “las calificaciones negativas efectuadas por el cliente y motivadas por deficiencias o mal estado del producto, o por problemas originados en la asignación del servicio”.

También existe un título dedicado a la extinción de la relación, en donde se regula un “derecho de dejar de loguearse en forma definitiva” - lo que en términos jurídicos se conoce como renuncia-; así como una modalidad de extinción por la “omisión de logueo” luego de transcurrir un plazo de 30 días corridos -dicho de otro modo, un abandono de trabajo-.

Asimismo, la extinción del vínculo también se verifica cuando las empresas bloquean al trabajador por un lapso mayor a 30 días corridos, generándose un derecho a percibir una indemnización. Dicha indemnización también se genera cuando no se invocara una causa al momento del despido, o cuando la misma no sea acreditada.

En cambio, la indemnización se pierde toda vez que exista una justa causa de extinción, siempre que configure una injuria que, por su gravedad, no consienta la prosecución de la relación, y sea notificada fehacientemente por intermedio de la aplicación.

Otro de los aspectos que despierta especial interés en el anteproyecto, es el apartado que se refiere a la información que debe destinarse a los trabajadores. En síntesis, se consagra un derecho de información, cuyo cumplimiento debe ser semanal, en relación -entre otros-, a los criterios utilizados para establecer el algoritmo de asignación

de tareas, con inclusión de los efectos de la falta de aceptación de pedidos y de las calificaciones de clientes y proveedores; así como también las calificaciones efectuadas por clientes y proveedores.

En cuanto a las condiciones de trabajo, gastos y resarcimiento de daños, el estatuto reglamenta la cuestión de la geolocalización de los trabajadores, limitando la implementación de tales sistemas, exclusivamente durante el tiempo en que los repartidores se encuentren a disposición de la empresa. Asimismo, el anteproyecto no crea una obligación a cargo de las empresas en cuanto a la provisión de los elementos necesarios para el cumplimiento de las tareas, sino que lo deja librado al acuerdo de las partes. Los únicos elementos que las empresas deben proporcionar de forma obligatoria, son los de seguridad y protección personal, tales como el casco, rodilleras, chaleco con bandas reflectivas, “así como los destinados a proteger des inclemencias del clima”.

Sin perjuicio de ello, en caso de que el trabajador sea quien proporcione los elementos de trabajo, existe una obligación empresarial de compensar los gastos ocasionados, mediante la reposición del elemento de trabajo o su compensación dineraria -en caso de pérdida por cualquier causa y sin culpa, o destrucción total o parcial, o deterioro por el uso normal-; el reintegro del gasto total que haya requerido la prestación del servicio -en caso de medios de locomoción que utilizan combustible-; y el reintegro de los gastos de telefonía celular -sobre la base del uso de datos de la compañía de telefonía mediante la cual se haya requerido la prestación del servicio-.

Otro punto que es relativamente novedoso, se refiere a la obligación a cargo de las empresas de resarcir a los trabajadores por los daños sufridos en sus bienes por el hecho y en ocasión del trabajo. Al no encontrarse aclarado en el texto propuesto, sería posible interpretar que esta obligación

abarca a los casos en que un repartidor sufre un accidente de tránsito y su vehículo o teléfono móvil se dañan.

La norma proyectada también crea un derecho a la “intangibilidad de la reputación digital” del trabajador y la portabilidad de los datos, aunque sin aclarar cuál es su contenido o extensión. La única mención que se indica es que cualquier menoscabo de la dignidad y cualquier lesión de la honra del trabajador, se encuentran prohibidos, pudiéndose realizar las acciones preventivas y de reparación pertinentes.

En materia de seguridad e higiene, el estatuto prevé la obligación empresarial de garantizar la protección de los trabajadores contra los riesgos del trabajo, debiendo contratar con una Aseguradora de Riesgos del Trabajo, así como también debiendo implementar un servicio permanente de seguridad de higiene, que evaluará periódicamente las condiciones y elementos de trabajo.

Los derechos colectivos también son objeto de regulación, aunque de un modo muy genérico, al referirse a que los trabajadores gozarán de los derechos de organización sindical libre y democrática, de negociación colectiva y de huelga.

También existe un título expreso relativo a la seguridad social, incluyendo a los trabajadores dentro de determinados subsistemas de seguridad social, e identificando tanto a las empresas como a los trabajadores como sujetos cotizantes.

Finalmente, el anteproyecto expresamente excluye a los trabajadores de plataformas digitales bajo demanda -de reparto- del ámbito de aplicación de la Ley de Contrato de Trabajo, rigiendo solamente en lo que resulte compatible y no se oponga a las modalidades propias del régimen establecido.

VIII.VII. Proyecto de ley sobre “Empleo digno que regula a los trabajadores de plataformas digitales” en Perú

También cabe destacar una propuesta de regulación en Perú, presentada el día 17 de abril de 2019 ante el Congreso de la República, como proyecto de ley sobre “Empleo digno que regula a los trabajadores de plataformas digitales”⁴⁶⁷. Dicha propuesta de ley tiene por objeto regular “el carácter de ‘laboral’ al vínculo existente entre los trabajadores (repartidores, conductores) y las plataformas digitales”.

Se trata pues de una intervención legislativa que directamente califica como laboral al vínculo que mantienen repartidores y conductores con las empresas propietarias de plataformas digitales. En síntesis, el proyecto de ley indica que los trabajadores prestan sus servicios en relación de dependencia, y que “están sujetos a las consideraciones legales respectivas”, vale decir, a las normas laborales.

Sin perjuicio de ello, a través de la pretendida regulación se introducen determinadas particularidades, entre otros aspectos, relativas a las formalidades del contrato de trabajo, así como también una reglamentación de la jornada especial, adjudicando a los trabajadores un derecho de escoger libremente sus horarios y cantidad de trabajo y una remuneración mínima.

VIII.VIII. La medida electoral (*ballot*) “*Yes on Prop 22*” del Estado de California en Estados Unidos

Por último, cabe destacar que el nuevo contexto normativo vigente en California -mediante la entrada en vigencia de la Ley AB5- obligó a las

⁴⁶⁷

Disponible en http://www.leyes.congreso.gob.pe/Documentos/2016_2021/Proyectos_de_Ley_y_de_Resoluciones_Legislativas/PL0424320190417.pdf.

empresas propietarias de plataformas digitales -al menos formalmente- a reclasificar a los prestadores de servicios como trabajadores dependientes -entre otros, choferes y repartidores-, y por ende, a abandonar la auto calificación efectuada como contratistas independientes⁴⁶⁸.

En dicho marco, las empresas han trabajado para que sea aprobada una medida electoral que las eximiera de la aplicación de la legislación laboral, pero que en teoría ofrecería a los conductores algunos beneficios. Dicha medida es conocida como “*Yes on Prop 22*”, bajo el lema de “*Save App-Based Jobs & Services*”, formalmente identificada como “*Protect App-Based Drivers and Services Act*”, que será sometida a votación en las elecciones del mes de noviembre de 2020.

La medida electoral reposa en tres ejes centrales: el primero, permitir que las empresas propietarias de plataformas continúen considerando a los choferes y repartidores como contratistas independientes; el segundo, crear unos beneficios mínimos para dichos prestadores de servicios -como niveles mínimos de compensación, seguro para cubrir lesiones en el trabajo, seguro de accidentes automovilísticos, subsidios de atención médica para conductores calificados, protección contra el acoso y la discriminación-; y el tercero, implementar algunas medidas de seguridad para la prestación de la actividad -como entrenamiento para los choferes y repartidores-.

A los efectos de cumplir con el primer eje central, la propuesta indica que los choferes no serán considerados trabajadores dependientes si se comprueban los siguientes elementos: a) que la empresa no prescribe unilateralmente fechas específicas, horas del día o un número mínimo de horas durante las cuales el prestador de servicios deba iniciar sesión en la

⁴⁶⁸ El día 10 de agosto de 2020 una corte de California ordenó a Uber y Lyft a reclasificar los conductores como empleados dependientes. Superior Court of the State of California, County of San Francisco, N° CGC-20-584402, “*People of the State of California v. Uber Technologies Inc., a Delaware corporation; Lyft Inc, a Delaware corporation; and Does 1-50. inclusive*”, 10.08.2020.

aplicación o plataforma; b) que la empresa no requiere que el prestador de servicios acepte ningún servicio de viaje compartido específico o solicitud de servicio de entrega como condición para mantener el acceso a la aplicación o plataforma; c) que la empresa no restringe que el conductor ejecute servicios de viaje compartido o servicios de entrega a través de otras compañías, excepto durante el tiempo comprometido; y d) que la empresa no restringe que el conductor trabaje en cualquier otra ocupación o negocio legal.

Dichos elementos, si se los analiza con precisión y detenimiento, son en puridad sumamente accesorios, tangenciales y con una trascendencia absolutamente relegada en el proceso de calificación del vínculo jurídico, a los efectos de comprobar la existencia de una auténtica relación de trabajo.

En definitiva, la propuesta pretende invertir el análisis clásico que los tribunales de justicia han empleado al evaluar en cada caso en concreto si las partes han ejecutado en los hechos un vínculo de carácter laboral, y por ende, al que le resultan aplicables las normas del Derecho del Trabajo, en lugar de lo que pudiera surgir de las formalidades.

CAPÍTULO IV: LA NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTABLADO ENTRE LOS PRESTADORES DE SERVICIOS Y LAS PLATAFORMAS DIGITALES: CRITERIOS PARA SU DETERMINACIÓN

Sumario: I. La determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales: presupuestos conceptuales y encuadre jurídico. II. Revisión crítica de la centralidad del elemento de la subordinación en el procedimiento de la determinación de la existencia de la relación de trabajo. II.I. La subordinación: ¿elemento central del contrato de trabajo o efecto del mismo? II.II. Desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo. III. Criterio principal para la determinación de la existencia de la relación de trabajo: la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario y revalorización del elemento de la ajenidad. III.I. La centralidad del análisis de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios. III.II. El concepto genérico de la ajenidad: ajenidad en los frutos y/o beneficios y ajenidad en los riesgos. III.III. La ajenidad en la titularidad de los medios de producción. III.IV. La ajenidad en la marca y en el mercado. III.V. La integración del trabajador en la estructura organizativa de la empresa. IV. Criterio coadyuvante para la determinación de la existencia de la relación de trabajo: la comprobación de la prestación personal ejecutada de manera libre, con carácter oneroso y manifestaciones de la subordinación. IV.I. Prestación personal ejecutada de manera libre. IV.II. Onerosidad. IV.III. Subordinación. IV.III.I. Los efectos de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales. IV.III.II. Poder de organización. IV.III.III. Poder de dirección. IV.III.IV. Poder de control. IV.III.V. Poder disciplinario. V. Propuesta sistematizada del procedimiento y criterios para la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre el prestador de servicios y las plataformas digitales. V.I. Cuestión preliminar: la calificación de la naturaleza de la actividad cumplida por la plataforma digital. V.II. Criterio principal: la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario y la ajenidad. V.III. Criterio coadyuvante: la acreditación de la prestación personal ejecutada de manera libre, con carácter oneroso y manifestaciones de la subordinación.

I. La determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales: presupuestos conceptuales y encuadre jurídico

Hasta aquí, hemos planteado los límites, problemas y posibles respuestas para determinar la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales⁴⁶⁹, todo ello desarrollado en el marco del encuadramiento metodológico propuesto al estructurar esta investigación⁴⁷⁰. Seguidamente se examinarán los conceptos y presupuestos que jurídicamente han sido considerados como elementos dogmáticos centrales en los procesos de determinación de la existencia o no de la relación de trabajo. Nos referimos a construcciones legitimadas por algunos enunciados normativos en el derecho comparado, así como por elaboraciones doctrinarias y/o formulaciones jurisprudenciales que encierran una importante vocación hacia su aplicación universal. En particular, muchos de tales enunciados se encuentran recogidos en la RIT N° 198 de la OIT⁴⁷¹, la que sienta los principios inspiradores y orientadores de las políticas que debieran aplicar los Estados miembros, al haber fracasado la posibilidad de concertar la aprobación de un Convenio Internacional sobre esta materia.

Sabido es que tanto las Recomendaciones como los Convenios Internacionales del Trabajo son instrumentos internacionales aprobados por dos tercios de votos en una Conferencia General de la OIT.

⁴⁶⁹ Cap. III.

⁴⁷⁰ Planteo efectuado en el Cap. de la Introducción.

⁴⁷¹ CARBALLO ha puesto de manifiesto el carácter universal de la RIT N° 198 de la OIT (CARBALLO, C., “Indicios de la relación de trabajo y empresa digital” [conferencia, *I Congreso Internacional de Seguridad Social y el mundo del trabajo - XIV Seminario Internacional del Derecho Laboral y Seguridad Social*, Universidad Libre, Bogotá, 23 de agosto de 2019]).

Asimismo, una de las diferencias entre ambos instrumentos radica en que las primeras no deben ser sometidas a ratificación por parte de cada Estado miembro, sino que simplemente son comunicadas a los efectos de procurar llevar a la práctica sus contenidos mediante la instrumentación de normas concretas⁴⁷².

De ello derivan dos características peculiares que comparten ambos productos normativos de la OIT: el tripartismo y la universalidad. En efecto, por un lado, existe una participación tripartita de los gobiernos y las representaciones de los sectores de trabajadores y empleadores de cada Estado, en tanto que son aprobados dentro del seno y en la lógica del funcionamiento de dicho organismo, pero por otro lado, detentan una vocación de aplicación mundial, en tanto que el principio de universalidad es inherente al proceso de elaboración de las normas internacionales del trabajo⁴⁷³.

El hecho de que las Recomendaciones sean “fruto de un constante diálogo tripartito” y que su aprobación derive del “consenso tripartito” y que, como instrumento de la OIT sean “de aplicación universal”, les confiere “una fuerte autoridad y legitimidad”. Según apunta BEAUDONNET, “es razonable pensar que consensos tan amplios no pueden conseguirse sino alrededor de principios juzgados como esenciales por los distintos estamentos de la Conferencia”. Por ese motivo es que este autor considera que “los convenios y recomendaciones expresan principios generales del derecho laboral y de la protección social que podrían tomarse como fuente de inspiración o herramienta interpretativa en la resolución de litigios laborales en el ámbito interno de los países”⁴⁷⁴.

⁴⁷² PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de derecho laboral*, Tomo I, Volumen II, Acali Editorial, Montevideo, 1980, pp. 62-63.

⁴⁷³ BEAUDONNET, X., *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2009, pp. 51-52.

⁴⁷⁴ BEAUDONNET, X., *Derecho internacional...*, pp. 55-56.

Consecuentemente, un sector de la doctrina ha considerado que la vigencia objetiva de las Recomendaciones se fundamenta en el hecho de que constituyen exponentes de la conciencia jurídica universal⁴⁷⁵, o que reflejan la doctrina más recibida universal⁴⁷⁶.

La importancia de las Recomendaciones también se ve reflejada en las obligaciones que asumen los Estados miembros. En efecto, a diferencia de las demás recomendaciones emanadas del ámbito internacional y otros organismos, las que se instauran en el ámbito de la OIT imponen obligaciones a sus Estados miembros, conforme surge dispuesto por el literal b), numeral 6, del artículo 19 de su Constitución⁴⁷⁷.

Desde una mirada histórica del proceso de elaboración de la RIT N° 198, ERMIDA URIARTE aludía a que su aprobación “es particularmente significativo y clarificador de cuáles son los objetivos, principios e instrumentos de la OIT y del Derecho del trabajo”. Asimismo, en cuanto a su importancia y eficacia jurídica, señalaba que dicho instrumento internacional “[i]ndica lo que deben y lo que no deben hacer tanto el legislador como el juez”⁴⁷⁸.

En definitiva, estimamos que la RIT N° 198 de la OIT constituye el encuadre jurídico idóneo a los efectos de circunscribir el objeto de estudio a cada realidad normativa particular, con basamento en los

⁴⁷⁵ BARBAGELATA, H., “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos*, FCU, Montevideo, 2009, p. 228.

⁴⁷⁶ RASO, J., “La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia de Uruguay”. Disponible en: http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Raso_Normas_Intern_del_Trabajo.pdf [consultado el día 10 de julio de 2018].

⁴⁷⁷ GOSDAL, T., “Principais Instrumentos de Direitos Humanos e o Trabalho Decente”, en Jouberto De Quadros Pessoa Cavalcante y Marco Antônio César Villatore (Coords.), *Direito Internacioanal do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho. Trabalho Decente*, LTR, San Pablo, 2017, p. 48.

⁴⁷⁸ ERMIDA URIARTE, O., “La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)”, *rev. Derecho Laboral*, N° 223, FCU, Montevideo, 2006, p. 683.

enunciados teóricos y dogmáticos comparados en materia de la determinación de la existencia de la relación de trabajo.

Y ello porque en resumidas cuentas, la RIT contiene una serie de enunciados dogmáticos que se refieren a la determinación de la relación de trabajo que cobran una especial trascendencia.

En primer lugar, consagra la aplicación de un método concreto, en tanto que se decanta por la técnica tipológica o del juicio de semejanza, al detallar los elementos indiciarios que influyen y deben ser considerados a la hora de la determinación de la relación de trabajo. En este sentido, ha existido un apartamiento intencional del criterio de la subsunción, en tanto que este hubiere exigido la consagración expresa de una definición concreta de la relación de trabajo, así como la identificación de sus elementos esenciales. Las dificultades prácticas apuntadas anteriormente, que derivan de la realidad normativa diversa de cada Estado miembro, así como las diferentes visiones políticas de los actores sociales y los gobiernos, sin lugar a dudas constituyeron barreras decisivas a los efectos de optar por un método diferente, que permitiera la aplicación universal de los enunciados refrendados en la RIT.

En segundo término, y de la mano con el método adoptado, se enuncian y definen ciertas condiciones que operan como indicios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo; en concreto, la remuneración, la subordinación, la dependencia económica, la ajenidad, la prestación personal, la durabilidad y la exclusividad.

En tercer lugar, y no menos importante que los otros dos enunciados, el instrumento internacional consagra a texto expreso una posición rupturista con referencia al elemento de la subordinación, al prescindir de la consideración del mismo como único elemento esencial para tipificar el contrato de trabajo.

Como lo ha sostenido BARRETTO, el Cap. II de la RIT sienta “el principio fundamental de que la relación de trabajo se determina a partir de los hechos relativos a la ejecución del trabajo”, así como también “establece las técnicas a partir de las cuales efectuar la determinación, incluyendo las presunciones”. En cuanto a la subordinación o dependencia, el autor se refiere a que existe un “descentramiento”, ya que se introduce la idea de que dicho criterio “deja de ser hegemónico y parece agotado, a tal punto que se menciona simplemente a vía de ejemplo”⁴⁷⁹.

II. Revisión crítica de la centralidad del elemento de la subordinación en el procedimiento de la determinación de la existencia de la relación de trabajo

II.I. La subordinación: ¿elemento central del contrato de trabajo o efecto del mismo?

El tema de la delimitación de las fronteras entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, constituye un asunto de difícil concreción desde los orígenes del Derecho del Trabajo, siendo que la emergencia de nuevas realidades de empleo “provocan el resurgimiento de viejos debates”, generando “tensiones centrífugas y centrípedas hacia la expulsión o hacia la integración de cierto tipo de formas de trabajar fuera o dentro del ámbito aplicativo de la legislación laboral”⁴⁸⁰. Por este motivo es que se ha señalado que la historia del Derecho del Trabajo se identifica con la

⁴⁷⁹ BARRETTO, H., “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica”, *rev. Derecho Laboral*, N° 225, FCU, Montevideo, 2007, pp. 91-98.

⁴⁸⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de derecho social*, N° 83, 2018, pp. 13-14.

historia de la subordinación; y asimismo, con la historia de la impugnación de la subordinación como criterio distintivo del trabajo dependiente⁴⁸¹.

A pesar de esa constante oposición y tensiones, es posible señalar que en la actualidad existe una marcada tendencia que sugiere la inadecuación del criterio de la dependencia como elemento que define la esencia del contrato de trabajo, y por ende, que delimita el ámbito de aplicación normativa del Derecho del Trabajo.

En efecto, por un lado, se ha planteado como punto de partida la interrogante en relación a la idoneidad de la subordinación “para mantenerse como centro exclusivo de imputación de la protección que otorgan las normas laborales”⁴⁸². Empero, por otro lado, quienes la han cuestionado, advierten que desde larga data este elemento goza de mala prensa⁴⁸³, en tanto que retrasa el progreso científico del Derecho del Trabajo, anquilosa la disciplina, reduciendo su ámbito, proletarizándola y colocándola de espaldas a la realidad⁴⁸⁴.

En ese contexto, como se adelantara, ya en el año 2006 la propia RIT N° 198 de la OIT subrayó esta cuestión, al indicar que los Estados Miembros podían considerar la posibilidad de definir con claridad las condiciones que determinen la existencia de una relación de trabajo, por ejemplo, recurriendo a la subordinación o la dependencia. Ello se tradujo en el planteo de una opción basada en la de libertad reconocida a los países, de modo que la legislación interna pudiera definir a la relación de trabajo acudiendo indistintamente al concepto de subordinación, o a otros criterios enunciados expresamente por dicho instrumento internacional, que operan como elementos indiciarios de la existencia del vínculo laboral.

⁴⁸¹ RIVAS, D., *La subordinación...*, p. 34.

⁴⁸² SANGUINETI, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales*, N° 40, 1996, p. 53.

⁴⁸³ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 32.

⁴⁸⁴ BAYÓN CHACÓN, G., “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, España, 1961, p. 30.

El hecho de que la dependencia haya sido plasmada en dicha RIT como un instrumento meramente ejemplificativo y no determinante e imperativo, ratifica la puesta en escena de su cuestionamiento, así como la intensa inadecuación del instituto a los efectos de la determinación de la existencia de la relación de trabajo.

Consecuentemente, a la luz de estos fundamentos, sería oportuno y razonable plantear una interrogante con un contenido naturalmente crítico y removedor. Dicho en forma breve, la cuestión se circunscribe en desentrañar si a los efectos de la calificación del vínculo jurídico que se pretende develar, resulta imperativo y esencial el análisis del elemento de la subordinación, o si por el contrario, sería plausible postular su desplazamiento como único criterio definitorio de la existencia de la relación de trabajo.

La supresión total de dicho elemento constituiría una solución inadecuada desde el punto de vista del objeto de estudio que resulta propio del Derecho del Trabajo en términos históricos, ya que ontológicamente este se cimienta en el trabajo prestado por el hombre en forma libre, por cuenta ajena, de forma onerosa y subordinada⁴⁸⁵. Incluso, algunos autores postulan la idea de que la subordinación y la dependencia constituyen las dos vulnerabilidades que se encuentran presentes en los objetivos de protección dispensados por la normativa laboral⁴⁸⁶. Sin embargo, y en línea con el planteo crítico señalado, sería posible introducir algunas consideraciones y matizaciones en relación al postulado de la dependencia y a su identificación clásica como un elemento central del contrato de trabajo.

Así, CASAS BAAMONDE ha manifestado que “[l]a crisis del modelo clásico o ‘industrial’ del Derecho del Trabajo, de sus principios y

⁴⁸⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, p. 92.

⁴⁸⁶ DAVIDOV, G., “The status of...”, pp. 10-11.

categorías fundacionales, constituye un lugar común en la doctrina especializada...La subordinación o dependencia sigue siendo un elemento o ingrediente esencial en la definición del contrato de trabajo. Pero se detecta una cierta pérdida de la virtualidad delimitadora de las distintas notas definidoras del contrato de trabajo”⁴⁸⁷.

En efecto, es posible comprender de manera razonable que el elemento de la dependencia ha sido históricamente eficaz, dado que en el proceso de reconocimiento y calificación de un vínculo jurídico, este dispositivo se desprendía de manera simple, evidente y casi intuitiva, al no requerirse en la mayoría de los casos una operación lógica compleja. Por el contrario, cuando el asunto no imponía una respuesta simplista y notoria, se tornaba necesario acudir al recurso de la técnica del haz de indicios, radicando allí la debilidad del procedimiento, hasta entonces limitado a casos marginales o excepcionales. El problema se ha visto agravado en la actualidad al existir un crecimiento al recurso de esta técnica, que, según lo explica GOLDIN, sería buena si se la utilizara de forma excepcional, y por ende, “es tanto más efectiva cuanto menos se le utiliza”. De ese modo, es posible diagnosticar que en mérito a las profundas transformaciones en curso, dicho proceso de reconocimiento de la dependencia -“simple, evidente y casi intuitivo”-, fue perdiendo su primacía primigenia; y por ello, “la necesidad de explorar las fronteras de la dependencia se torna más y más habitual y la técnica del haz de indicios revela -en función de su creciente utilización- su congénita debilidad”⁴⁸⁸.

El fundamento del cuestionamiento de la subordinación como criterio central definitorio o demarcatorio del límite entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo y la exclusión de su ámbito de aplicación, se deriva de las características mismas de este instituto. La

⁴⁸⁷ CASAS BAAMONDE, M., “Las transformaciones...”, pp. 191-192.

⁴⁸⁸ GOLDIN, A., “Los trabajadores de...”, pp. 17-18.

razón es que el mismo tiene un alcance netamente jurídico, definido además como una posibilidad o potestad a cargo del empleador, que se manifiesta y verifica por la presencia de cuatro facultades concretas: los poderes de organización, de dirección, de control y disciplinario.

En resumidas cuentas, la dirección de la actividad del trabajador se refiere a la posibilidad que detenta el empleador de determinar las modalidades, el lugar y el tiempo de la ejecución de la prestación laboral, con el correlativo deber a cargo del trabajador de cumplir con las instrucciones y órdenes impartidas⁴⁸⁹. Así es que PALOMEQUE y ÁLVAREZ DE LA ROSA explican que el poder de dirección encuentra su fundamento en el propio contrato de trabajo, justificando la posibilidad de organizar y ordenar las prestaciones laborativas. Del mismo modo, a dicho poder de organizar y ordenar, se le complementan las potestades de control y vigilancia de su cumplimiento, encontrándose en “la esencia misma de la posición contractual de dependencia”, y el poder disciplinario “[c]omo contrapunto obligado del poder de dirección”⁴⁹⁰.

En definitiva, concebida de dicha manera la subordinación, este elemento “responderá a una pregunta de una fuerte tintura socio económica, como aquella de acerca de quien necesita protección social, con una respuesta técnica-formal de que todo depende de cómo y en qué condiciones se trabaja”⁴⁹¹.

Y precisamente para responder a dicha interrogante, se ha seguido de modo flexible un camino que coincide con el recurso al método de indicios, de contenido “empírico y escasamente fiable”, en tanto que “[n]o se fundamenta en la búsqueda de la tipicidad contractual, en un concepto abstracto, sino en la presencia, en la dosis, de determinados elementos

⁴⁸⁹ RIVAS, D., *La subordinación...*, p. 38.

⁴⁹⁰ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, pp. 513-596.

⁴⁹¹ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 29.

esenciales”. Ello ha llevado a que se construya jurisprudencialmente “un concepto jurídico indeterminado”, como lo es el de la dependencia, que “aparece como consecuencia de la realización de una actividad dentro del ámbito de organización y dirección del empresario”⁴⁹².

En virtud de tal contenido y extensión, se refleja la inevitable consecuencia de que, por la sola decisión del empleador, la subordinación puede ser ejercida, o reservada y no ejercitada.

Según manifestara DE FERRARI, este poder jurídico se ha confundido muchas veces con una fuerza material, al punto de que se ha negado la existencia de un estado de subordinación cuando no hay convivencia entre empleado y empleador, es decir, cuando no hay posibilidad de mandar materialmente, de dar la orden de viva voz, porque para algunos autores la subordinación que crea este contrato sería todavía algo así como una forma rediviva de la servidumbre⁴⁹³.

Por tal motivo, uno de los cuestionamientos que surgen de dicha constatación, se evidencia por el hecho de que no resultaría razonable hacer depender la verificación de uno de los eventuales elementos centrales del contrato, mediante la verificación de una cuestión jurídica y no fáctica, cuya manifestación depende incluso de la voluntad de uno de los sujetos de la relación.

Al fin y al cabo, tal como lo indica SANGUINETI, “si bien la presencia de una relación jerárquica entre las partes constituye un imperativo ineludible de toda prestación de servicios, y como tal no puede faltar, la forma de operar de esta relación puede asumir en la práctica una

⁴⁹² PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, pp. 476-477.

⁴⁹³ DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo*, Vol. I, Depalma, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1968, p. 317.

gran variedad de matices y grados, debido a la presencia de una serie de factores externos que inciden sobre ella, contribuyendo a modularla”⁴⁹⁴.

En relación a la noción jurídica de la dependencia, PLÁ RODRÍGUEZ afirmaba que para que exista la subordinación, esta “no necesita ser concretada”, y que la misma se verifica “cuando uno de los contratantes está facultado para dirigir la actividad de otro”. Asimismo, de esa potestad de dirección se derivan las facultades conexas de control y fiscalización de la actividad; de lo que se desprende que la subordinación implica “la simple posibilidad de dirigir aunque no se la use”. Adicionalmente, cabe destacar que en la realidad de los hechos el poder de dirección puede ser ejercido por el empleador o quienes lo representen, y además, que las formas de manifestarse el mismo son naturalmente variadas, al tiempo que también existe una variación de su intensidad⁴⁹⁵. Compartiendo la misma noción, RIVAS ha señalado que “[e]l ejercicio del poder de dirección es contingente y varía en intensidad”⁴⁹⁶.

Ello sugiere la idea de que razonablemente se deduzca que este elemento deba ser considerado como un efecto potencial del contrato de trabajo, en el sentido de identificarlo abstractamente con un estado de latencia, en tanto que en la generalidad de los casos podrá ser ejercido por quien se atribuye la calidad de empleador, o eventualmente encontrarse hibernado y a la expectativa de su ulterior manifestación.

De hecho, en línea con este planteo DE FERRARI indicaba que el concepto de subordinación no debe confundirse con el cumplimiento efectivo de horarios o la convivencia del patrono y el empleado, ya que “este concepto concedería a una de las partes, no un poder jurídico, sino

⁴⁹⁴ SANGUINETI, W., “Contrato de trabajo...”, p. 50.

⁴⁹⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1991, p. 25.

⁴⁹⁶ RIVAS, D., *La subordinación...*, p. 32.

una posibilidad material de dar órdenes y controlar directamente su cumplimiento, lo que en rigor no tiene importancia”⁴⁹⁷.

Asimismo, SANGUINETI coincide en señalar que son varios los factores que inciden en la modulación de la relación de trabajo. Así pues, uno de ellos lo constituye la voluntad del sujeto empleador, en tanto que “siendo el titular del poder de dirección puede optar por hacer uso de él en mayor o menor intensidad, en función de lo que considere más adecuado para la satisfacción de su interés”. Por otro lado, también tiene una importante incidencia la naturaleza del trabajo ofrecido, en tanto que puede existir una “ampliación de los niveles de iniciativa reconocidos al trabajador en la ejecución del trabajo conforme se pasa de las labores manuales al trabajo predominantemente intelectual, hasta llegar a supuestos en los cuales el poder de dirección termina por convertirse en una mera posibilidad normativa de uso eventual”. Otro factor es “la ubicación del trabajador dentro de escala jerárquica de la empresa”, cuyo correlato puede derivar en el reconocimiento de un mayor grado de autonomía en la toma de decisiones. Finalmente, también debe destacarse como factor influyente a la forma en que se ejecuta el trabajo, en tanto que esta puede determinar que el poder de dirección se exprese de distinta manera “según la prestación se lleve a cabo en el centro de trabajo o fuera de él, con cumplimiento estricto de un horario o plena disposición del trabajador sobre el tiempo de trabajo, etc., pudiendo en determinados supuestos incluso llegar a desaparecer algunas de sus manifestaciones típicas”⁴⁹⁸.

En resumidas cuentas, en relación a la exteriorización o manifestación del elemento de la subordinación, el citado autor señala de forma muy precisa que

⁴⁹⁷ DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo...*, p. 320.

⁴⁹⁸ SANGUINETI, W., “Contrato de trabajo...”, pp. 50-51.

la elasticidad y flexibilidad de la noción de subordinación o dependencia, tantísimas veces puestas de manifiesto por la doctrina, hunden sus raíces en el hecho de que, si bien potencialmente el derecho del empleador de disponer de la energía de trabajo del trabajador no puede estar ausente, su ejercicio efectivo es contingente y reviste una intensidad variable, debido a la presencia de un conjunto de factores que lo condicionan. Por ello, para determinar la existencia de una relación de dependencia -y por tanto afirmar que se está ante un contrato de trabajo- debe atenderse, antes que a la presencia efectiva de órdenes por parte del empleador, a la posibilidad jurídica de que las mismas existan. La concurrencia del elemento subordinación está ligada, en este sentido, más a la existencia del poder del empleador de imponer al trabajador una determinada conformación de su prestación, que a su ejercicio efectivo; más a la determinación de cuándo se posee el derecho de disponer de la actividad laborativa, que a la identificación de las formas concretas como éste se manifiesta⁴⁹⁹.

Lo indicado arroja una consecuencia trascendente a la hora de la determinación de la presencia de la relación de trabajo, ya que tanto desde el punto de vista sustancial como adjetivo o probatorio, al elemento de la subordinación se le podría asignar una importancia en cierto modo relegada, al menos en cuanto a la centralidad que tradicionalmente le fuera atribuida.

Efectivamente, si los poderes de organización, dirección, control y disciplinario que son inherentes al empleador, no son exteriorizados, es fácilmente advertible que se verificaría un supuesto de prueba diabólica de los mismos a cargo del trabajador, en tanto que la comprobación de dicho elemento jurídico sería en muchas ocasiones materialmente imposible. Sin embargo, partiendo de la base de su consideración como un efecto del

⁴⁹⁹ SANGUINETI, W., “Contrato de trabajo...”, p. 51.

contrato de trabajo, este componente dejaría de poseer la trascendencia que tradicionalmente le fuera atribuida, en especial, al momento de transitar por el procedimiento de la acreditación de la existencia de la relación de trabajo. De todos modos, su importancia se reivindica si en los hechos se llegare a manifestar y surgiere revelado en la realidad, ya que en ese caso sería posible practicar un análisis de comprobación de su expresión fáctica, a los efectos de descartar cualquier tipo de dudas de calificación del vínculo jurídico que se analiza.

En consonancia con esta consideración, se ha manifestado que “lo ‘verdaderamente particular’ (la esencia) de la economía de las plataformas es la voluntaria ‘pasividad’ empresarial a ejercer la facultad sancionadora y/o la facultad resolutoria. Y, en este sentido...en ocasiones, se trata de una ‘permisividad meramente contenida’ que no conlleva a una renuncia completa de las mismas”⁵⁰⁰.

Por dicha razón, BELTRAN entiende que se ha generado un “falso debate sobre la subordinación o dependencia” a la hora de la calificación del vínculo que une a los prestadores de servicios con las empresas propietarias de plataformas digitales. En ese sentido, se ha sugerido una “apariencia de libertad” del prestador del servicio, y a su vez, una disipación deliberada de los rasgos característicos del empleador. En función de ello, la “dejadez empresarial” genera falsos problemas como el de la “facultad” de rechazo, o el “no tiempo de trabajo”. Por este motivo el autor propone una lectura diferente, considerando en su lugar que “el hecho de que el empresario no ejerza algunas de sus facultades no significa que no las tenga y, por consiguiente, no difumina su naturaleza jurídica”⁵⁰¹.

⁵⁰⁰ BELTRAN, I., “Economía de las plataformas...”.

⁵⁰¹ BELTRAN, I., “Riders de Glovo: ¿trabajadores o TRADEs? (¿hasta qué punto estamos “apegados” a nuestras ideas?)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Entrada de Blog del día 18 de febrero de 2019. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/02/18/riders-de-glovo-trabajadores-o-trades-hasta-que-punto-estamos-apegados-a-nuestras-ideas/> [consultado el día 18 de febrero de 2019].

Para complementar este análisis, es nuestra opinión que corresponde efectuar una lectura desde la ajenidad, como uno de los elementos centrales que identifican al contrato de trabajo. La subordinación, tal como se señaló, constituye una consecuencia o un efecto del contrato; o expresado en otros términos, un estado latente que lo gobierna. Precisamente, el empleador está conferido de una potestad o derecho, cuyo contenido se identifica con la posibilidad de organizar el trabajo, dirigir la labor de otra persona, controlarla, y sancionarla. Siendo, por otro parte, que dicha potestad deviene originada por la cesión inicial que confiere el trabajador de los frutos de su trabajo -es decir, de una manifestación de la ajenidad-, y en concreto, de parte de su libertad.

Por ello, organizar el trabajo, impartir instrucciones perentorias y concretas, practicar un control minucioso del trabajo, y eventualmente disciplinar al trabajador, son aspectos contingentes y no necesarios. De ello se desprende que su manifestación y concreción dependen de la libre voluntad del empleador, por lo que si existen y se expresan, el ordenamiento jurídico laboral se encargará de ponerle límites. En cambio, si no se articulan, el ordenamiento laboral permitirá que el empleador decida unilateralmente reintegrarle parte de la libertad al trabajador. Pero, se reitera, el estado de la subordinación seguirá latente, y dependerá exclusivamente del empleador que este se concrete y se manifieste.

Así, las normas laborales le imponen límites a su potestad de dirección y al control -en tanto que la organización empresarial debe respetar los derechos fundamentales de los trabajadores, por ejemplo, en relación al tiempo de trabajo, definiendo una jornada máxima y un descanso obligatorio-, y condicionan y restringen el ejercicio del poder disciplinario -al determinar principios y garantías de defensa respecto del proceso sancionatorio, así como se dispone la imposibilidad de aplicar determinadas sanciones, o respetar determinadas reglas punitivas, etc.-.

La crítica de la centralidad del elemento de la subordinación para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, responde -según MALDONADO- a la necesidad de reordenar su importancia, “como mera consecuencia de la ajenidad”⁵⁰². En similar dirección, SEMPERE indica que “la subordinación del trabajador es una consecuencia inevitable de la situación de quien trabaja duraderamente por cuenta ajena”; ello debido a que “la organización misma de este trabajo obliga a cumplir las instrucciones del empresario”, y por otro lado, ya que “quien vive de un trabajo prestado a otro depende económicamente de quien le facilita esa ocasión de ganancia”⁵⁰³.

En función de ello, no debe perderse de vista que la dependencia es en última instancia una “consecuencia derivada de la obligación del trabajador de prestar sus servicios al empleador”. En definitiva, “la subordinación no se explica y justifica por sí misma, sino como una exigencia funcional indispensable para hacer efectivo el aprovechamiento de una determinada forma de trabajo”⁵⁰⁴.

II.II. Desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo

A decir verdad, según se puede relevar de la praxis, el punto de partida o camino recorrido para el análisis de la calificación del vínculo mantenido entre las partes en cualquier situación dudosa, ha resultado ser idéntico, tanto en aquellas soluciones que se inclinan por identificar la existencia de trabajo por cuenta ajena, como en las que reconocen una hipótesis de

⁵⁰² MALDONADO, J., “Superación del concepto clásico de contrato de trabajo”, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017, p. 381.

⁵⁰³ SEMPERE, A., “Sobre el concepto de Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 26, Civitas, Madrid, 1986, p. 184.

⁵⁰⁴ SANGUINETI, W., “Contrato de trabajo...”, p. 49.

trabajo por cuenta propia. En este sentido, conforme al criterio tradicional y a los efectos de conferir una u otra respuesta, el estudio del caso se ha limitado a la comprobación de los elementos esenciales del contrato de trabajo, efectuando una revisión de los mismos en función de si estos se verificaron en la realidad; y en caso contrario, adoptando una conclusión de descarte, al inclinar la balanza hacia la solución que propugna la inexistencia de una relación de trabajo.

Cabe advertir que, de forma preponderante, dicho criterio ha encontrado -y encuentra- como principal obstáculo la imposibilidad de acreditar de manera plena y eficaz el elemento de la subordinación, en su expresión fáctica del desarrollo de los poderes de organización, dirección, control y disciplinarios, que como se señaló, constituyen manifestaciones puramente potenciales y que en la realidad de los hechos no son necesariamente exteriorizados por el empleador.

En efecto, tal como lo advierten ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ,

[s]i bien es cierto que la elaboración conceptual de la subordinación, desarrollada a partir de la propuesta de Barassi, tuvo fortuna, por cuanto ha inspirado, no sólo a la doctrina, sino también a la legislación y a la jurisprudencia de diversos países en la tarea de establecer los límites del ámbito de aplicación del derecho del trabajo, no lo es menos que siempre suscitó reservas y objeciones. En efecto, el empleo de la subordinación como criterio fundamental de definición de la relación o del contrato de trabajo y por ende, determinante de la aplicación del derecho del trabajo, nunca estuvo libre de críticas⁵⁰⁵.

La razón es que, el examen clásico para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, focaliza la cuestión en el estudio del

⁵⁰⁵ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 284.

contrato de trabajo y sus elementos esenciales, concentrando las energías en la comprobación del elemento de la subordinación, en tanto y cuanto es considerado como determinante y central a los efectos de la resolución definitiva a adoptar en el marco del procedimiento de calificación jurídico aludido.

En esencia, aplicando los razonamientos expuestos a las hipótesis analizadas por este trabajo, podría sostenerse con suficientes argumentos que este tipo de análisis, a nuestro juicio, desenfoca el elemento que constituye el punto de referencia para la resolución y determinación definitiva del vínculo jurídico que une al prestador del servicio subyacente y las plataformas digitales.

En efecto, desentrañando y verificando en los hechos la auténtica autonomía de ese trabajador que es atribuida formalmente por las empresas propietarias de plataformas digitales, sería posible superar las barreras señaladas, y evitar soluciones contrarias a la realidad material de los hechos -derivadas de las deficiencias adjetivas probatorias-, así como conclusiones francamente des-protectoras.

De ese modo, y a vía de ejemplo, el análisis tradicional centrado en el elemento de la subordinación ha sido fuertemente puesto de relieve y atacado por la legislación del Estado de California de Estados Unidos⁵⁰⁶, por intermedio de la cual se concretó un criterio normativo para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, que obliga a la entidad contratante a demostrar, entre otros requisitos, que el trabajador se dedique en forma autónoma y habitual a un comercio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante. Esto quiere decir que la ley exige que la empresa compruebe que ese trabajador virtualmente “independiente”, sea efectivamente un auténtico trabajador autónomo, un auténtico empresario, o en otros

⁵⁰⁶ Cap. III.VIII.III.

términos, lo que conceptualmente es más trascendente, que no se verifique el elemento de la ajenidad.

Receptando estas ideas, UGARTE ha propuesto la construcción de un concepto funcional de la subordinación, en sustitución de su noción restringida, en tanto y cuanto que esta última no responde de forma suficiente al desafío de dar curso a la protección laboral y a la canalización del conflicto subyacente. En efecto, el concepto insuficiente al que alude el autor, se refiere a aspectos físicos y materiales concretos, como la “utilización de uniforme, instrucciones, control directo, trabajo en lugar de la empresa”. A diferencia de ello, la noción funcional respondería a un contenido más amplio vinculado con la producción, definido por rasgos de cooperación entre las partes, tales como “la fijación de la modalidad productiva a ser ejecutada por el trabajador (qué producir, cómo y a qué ritmo), la coordinación informática, la exclusividad como cliente, la propiedad de la infraestructura utilizada, la fijación de un estatuto de sanciones pecuniarias, etc.”⁵⁰⁷.

En consecuencia, ello se traduciría en la pérdida de la importancia en el proceso de calificación, de “la situación espacio temporal del trabajador, a cambio de mayor protagonismo de la ubicación productiva del trabajador en una organización ajena, que no dirige ni controla, sino que, su ‘actividad está dirigida al logro de los propósitos determinados por otro’ [citando a GARRATONI]”. En definitiva, “modificada la noción tipológica de la subordinación, de una versión física a una productiva, aún cuando dicho cambio sea en algunos casos muy tenue, necesariamente se da curso a una modificación indiciaria que da entrada o relevancia a indicios no tradicionales de la subordinación”. Así es que, como indicio trascendente para la calificación del vínculo, se ha puesto de relieve al elemento de la ajenidad en sus diferentes manifestaciones -ajenidad en los

⁵⁰⁷ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 44.

riesgos, ajenidad en los medios de producción y ajenidad en el mercado-
508 .

Con similar criterio, CARBALLO señala la necesidad de evitar las dubitaciones en relación a “subordinación o no subordinación”, donde “la más mínima mutación respecto del arquetipo normativo opera como cuestionamiento de la naturaleza laboral del vínculo escrutado”⁵⁰⁹.

Del examen desarrollado se advierte el acierto de las ideas de ALONSO GARCÍA, quien señalaba, por una parte, que el elemento de la subordinación no va a desaparecer, aunque por otro lado, que “dicho concepto no puede jugar un papel de relevancia tan absoluta que sea el que marque la inclusión o exclusión de determinados tipos de trabajo en el marco de nuestra disciplina”⁵¹⁰.

III. Criterio principal para la determinación de la existencia de la relación de trabajo: la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario y revalorización del elemento de la ajenidad

III.I. La centralidad del análisis de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios

En sustitución del camino habitual recorrido en el curso del procedimiento para la determinación de la existencia o no de una relación laboral en el trabajo prestado vía plataformas digitales, la alternativa se

⁵⁰⁸ UGARTE, J., “La subordinación...”, pp. 47-48.

⁵⁰⁹ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa. Revisita a propósito del trabajo mediante plataformas digitales”, *Tripalium. Justicia Social y Trabajo Decente*, Vol. I, N° 1, 2019, p. 117. Disponible en www.tripaliumsite.wordpress.com [consultado el día 2 de octubre de 2019].

⁵¹⁰ ALONSO GARCÍA, M., *Introducción al estudio...*, p. 89.

corresponde con la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios, a los efectos de develar la existencia o inexistencia real y fáctica de la figura del trabajador autónomo.

La ventaja de este mecanismo radica en poner el foco de análisis en un cuestionamiento de la figura que formalmente surge de los documentos o las apariencias y que eventualmente es discutida por el prestador, para comparar sus bases estructurales y elementos esenciales con lo que acontece en la realidad material, evitando así las dificultades que plantea el criterio clásico para la determinación de la relación de trabajo, que se limita al análisis preponderante y central de la concurrencia de la nota de la subordinación o dependencia -desde que suele ser considerada como elemento esencial del contrato de trabajo-.

Un estudio centrado en la tradicional determinación del alcance subjetivo de aplicación del Derecho del Trabajo, en mayor medida podría excluir a muchos de los supuestos analizados de la protección dispensada por este ordenamiento jurídico, sobre la base de la ausencia de adecuación típica de una prestación de trabajo con respecto a los elementos conceptuales que determinan una relación subordinada. Ello en tanto que esta última queda circunscrita a demostrar la potestad jurídica de dirigir la conducta del trabajador, cuando el empleador lo estime conveniente, ejerciendo un poder de organización, dirección, control y disciplinario.

Cierto es que la ausencia de los indicios propios de la subordinación jurídica, tales como la sujeción a un horario determinado, así como la existencia de un puesto de trabajo y control directo del empleador, “suele desatar intensos debates hamletianos acerca de la existencia -o no- de la relación de trabajo”⁵¹¹.

⁵¹¹ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa...”, pp. 114-115.

En efecto, si se aportara un diagnóstico a la cuestión del procedimiento de calificación descripto, sería adecuado coincidir en señalar que

mientras la ajenidad se remite a conceptos abstractos (beneficio, pérdida, riesgo, lucro especial, control de la organización productiva) que soportan mejor la adaptación a las nuevas y cambiantes formas de trabajo, los [indicios] de la dependencia se conectan más con hechos (tener un horario y un lugar fijado de trabajo, estar permanentemente sometido a las órdenes e instrucciones del empresario, sometido a supervisión, control y sanciones). Y, en cuanto se trata de hechos estrechamente vinculados a la forma, diríamos física, de prestar el trabajo, en la medida en que ésta cambia fácticamente, los síntomas tradicionales de la dependencia dejan de tener valor⁵¹².

Contrariamente, la técnica sugerida se centra en determinar el nivel de autenticidad de la autonomía de la condición de empresario que virtualmente detenta el prestador del servicio, en tanto que este constituye el elemento básico e imprescindible que debe ser verificado en los hechos a los efectos de que jurídicamente sea factible el desarrollo de una actividad laboral desempeñada por un prestador de trabajo independiente, y cuya verificación constituye a la vez que un requisito *sine qua non* para la procedencia de dicha calificación, también un elemento excluyente de la figura del trabajo dependiente o por cuenta ajena.

En efecto, el criterio principal de demarcación entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena reside en la verificación real de la existencia de la independencia de ese prestador, quien sustantivamente deberá prestar el servicio por su efectiva cuenta, a los efectos de resultar aplicable la figura del trabajador autónomo. De ello se deriva que quien

⁵¹² GONZÁLEZ, S., “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, N° 138, 2017, p. 106.

desenvuelve una actividad humana de forma personal, sin independencia técnica, económica, organizativa, estructural, productiva y de marca, no puede ser considerado como un trabajador autónomo.

La razón es que, según manifiestan GINÈS y GÁLVEZ, “la habitualidad, la existencia de una auténtica organización empresarial autónoma y propia y la asunción del riesgo y ventura de la actividad económica son requisitos esenciales del trabajo por cuenta propia”⁵¹³.

En este sentido, cabe señalar que, por un lado, una actividad cumplida por cuenta propia incompatible con la concurrencia de la ajenidad y sus diversas manifestaciones, y por otro lado, la existencia de auténtica autonomía en la prestación de la actividad, así como la ausencia del elemento de la ajenidad, constituye un obstáculo para la configuración del trabajo dependiente.

De todos modos, también cabe aclarar que ello no significa que el trabajador subordinado no pueda ostentar un cierto margen de autonomía en la ejecución de su prestación laboral. Por el contrario, RODRÍGUEZ-PIÑERO señala que “un trabajo organizado, determinado, utilizado y aprovechado por el empresario, no es incompatible con la existencia de un ámbito de autonomía del trabajador en el desarrollo de la prestación laboral debida, sin que lo convierta en un trabajo autónomo”. En ese sentido, “[l]as formas subordinadas de trabajo pueden incluir así un margen considerable de libertad, de autonomía y autodeterminación del trabajador”⁵¹⁴.

Concordantemente con dicha observación, TODOLÍ indica que “el concepto de trabajo subordinado lleva años acomodándose a las diferentes situaciones, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para elegir cuándo realiza el trabajo -o cómo- sea relevante para su

⁵¹³ GINÈS, A. y GÁLVEZ, S., “Sharing economy vs...”, p. 14.

⁵¹⁴ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Contrato de trabajo...”, pp. 21-22.

calificación jurídica”. Asimismo, el autor ha subrayado la necesidad de “abandonar la dependencia jurídica como criterio preponderante de la determinación de laboralidad”, y en su lugar centrar el análisis en “la existencia o no de una verdadera empresa”, en función de la determinación del control efectivo de una estructura empresarial propia y relevante por parte del prestador del servicio⁵¹⁵.

De todos modos, y sin perjuicio de nuestra parcial coincidencia propositiva, el autor reitera su postura originaria en relación a la eventual necesidad de crear normativamente una relación laboral especial para esta clase de trabajadores -posición a la que hemos formulado nuestra observación crítica⁵¹⁶-, en virtud de considerar que quedarían comprendidos por la protección dispensada por el Derecho del Trabajo, aunque no necesariamente por ser trabajadores subordinados⁵¹⁷. Allí reside nuestra segunda divergencia con la postura del autor, en tanto que el Derecho del Trabajo está cimentado ontológicamente en el trabajo prestado por el ser humano bajo determinadas características o condiciones, siendo la subordinación precisamente una de ellas, aunque debe tenerse presente el matiz que hemos formulado en torno a su consideración como un efecto o consecuencia de la relación de trabajo, cuya manifestación es puramente contingente y muchas veces permanece oculta como una mera potencialidad, no puesta en evidencia o materializada.

De igual manera, CARBALLO destaca que
[e]s probable que el arduo oficio de escrutar la subordinación cause tal agobio que impida prestar debida atención a su *contracara*, es decir, la autonomía o independencia: en la lógica binaria que -por regla general- caracteriza a la legislación del trabajo, quien no presta

⁵¹⁵ TODOLÍ, A., “Plataformas digitales y concepto...”, p. 20.

⁵¹⁶ Cap. III.VII.V.

⁵¹⁷ TODOLÍ, A., “Plataformas digitales y concepto...”, pp. 33-38.

servicios personales bajo subordinación o dependencia lo hace en condiciones de autonomía o independencia⁵¹⁸.

Por ese motivo, una persona trabaja de manera subordinada cuando presta sus servicios bajo los poderes de dirección, vigilancia y disciplinario de otro sujeto, a saber, el empleador; mientras que, en contraposición, una persona es un trabajador autónomo cuando preste servicios con los elementos propios pertinentes, y en la forma que determine, organizando su propia actividad empresarial⁵¹⁹.

En síntesis, el trabajador autónomo es quien “trabaja directamente para el mercado, ofreciendo su trabajo a uno o varios empresarios sin integrarse en el ámbito de organización de estos”. Lo anterior conlleva a que el autónomo deberá detentar una organización propia e independiente de quien se beneficia en última instancia del trabajo prestado, siendo libre para aceptar encargos, aportando sus propios medios productivos para el desarrollo de la actividad, ya sea materia prima, máquinas, herramientas, etc., y finalmente sin ceder de manera anticipada los frutos de la actividad, soportando en definitiva los riesgos del negocio y apropiándose de los beneficios económicos⁵²⁰.

Del examen anterior se advierte que “mientras que los trabajadores autónomos prestan servicios con independencia y autonomía asumiendo los beneficios y costes de la actividad económica, los trabajadores por cuenta ajena prestan servicios dentro del ámbito de dirección, organización y control de otro sujeto sin asumir el riesgo y ventura de la actividad empresarial”⁵²¹.

⁵¹⁸ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa...”, p. 115.

⁵¹⁹ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa...”, p. 115.

⁵²⁰ TODOLÍ, A., “La regulación especial del trabajo en la Gig economy”, *Redes.com: revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, N° 15, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017, p. 76.

⁵²¹ GINÉS, A. y GÁLVEZ, S., “Sharing economy vs...”, p. 13.

En definitiva, el trabajo por cuenta propia exige la existencia de una organización auténtica e independiente, en donde la persona aporte sus propios medios productivos, escoja libremente cuándo trabajar, cuánto trabajar y cómo trabajar, y se apropie de los resultados y frutos de su actividad, asumiendo los riesgos empresariales. Tales elementos son diametralmente opuestos al concepto de ajenidad, que es característico y esencial en la actividad reglada por el Derecho del Trabajo.

La proposición de abandonar la concurrencia de las notas de la ajenidad y de la subordinación como criterios distintivos del trabajo por cuenta ajena, ha sido puesta de manifiesto por GINÈS y GÁLVEZ, indicando que el test de laboralidad debe adaptarse al nuevo entorno digital, y en su caso, considerando que comprobándose el elemento de la ajenidad, aún cuando la subordinación se encuentre debilitada, de todos modos se debería mantener la calificación de una relación como laboral⁵²².

En síntesis, a los efectos de la determinación de la naturaleza del vínculo que une a los prestadores de servicios con las empresas propietarias de plataformas digitales, el principal criterio reside en el análisis de la auténtica autonomía de la condición de empresario del prestador, y en particular, de la presencia de la ajenidad en sus diversas proyecciones -ya explicitadas: ajenidad en los frutos y/o beneficios y en los riesgos; ajenidad en la titularidad de los medios de producción; ajenidad en la marca y en el mercado e inserción del trabajador en la estructura organizativa de la empresa-.

III.II. El concepto genérico de la ajenidad: ajenidad en los frutos y/o beneficios y ajenidad en los riesgos

⁵²² GINÈS, A. y GÁLVEZ, S., “Sharing economy vs...”, pp. 37-38.

La noción de ajenidad ha sido desarrollada sobre la base de describir aquella situación en que los frutos del trabajo son destinados hacia una persona distinta de quien ejecuta el servicio. En virtud de ello, lo importante es “la atribución originaria” de esos frutos, ya que desde el momento de su producción, pertenecen a otra persona⁵²³. Ello permite determinar dos caras de este elemento, al entenderse que el trabajador es ajeno a los resultados de lo producido y el lucro, y en contraposición, es ajeno también a las contingencias que conlleva la explotación empresarial. Por ello es que usualmente se suelen destacar dos efectos básicos de la ajenidad, identificando a cada uno de ellos con la **ajenidad en los frutos** y la **ajenidad en los riesgos**.

De ese modo, ERMIDA URIARTE y HERNÁNDEZ enuncian que “[f]orma parte de la esencia del contrato de trabajo la convención, asumida aun antes de que el trabajador preste sus servicios personales, de que el producto de los mismos nace ya de propiedad del patrono, quien, además, asume los riesgos del trabajo”. Estos autores incluso califican a la ajenidad en las pérdidas como el único elemento capaz de justificar desde el punto de vista ético-jurídico, que el trabajador no tenga una parte en las ganancias⁵²⁴.

En España, OJEDA AVILÉS destacaba que el origen de que la doctrina de ese país se alienara del resto de los sistemas comparados, especialmente los europeos -en materia de análisis de los elementos del contrato de trabajo-, se deriva de la doctrina francesa sobre la responsabilidad agravada del empresario, que al decir de COLIN y

⁵²³ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, p. 93.

⁵²⁴ ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación...”, p. 289.

CAPITANT, en el contrato de trabajo “los riesgos son todos para el dueño”^{525 526}.

En dicho contexto, se destaca que “la posición más tradicional ha señalado que esta [la ajenidad] se configura fundamentalmente a partir de la apropiación directa del empresario de los frutos o del resultado económico desarrollado por el trabajador, de manera que este último accede simplemente a un salario abonado por el empresario que es la contraprestación por el trabajo realizado”⁵²⁷.

Por dicha razón, PLÁ RODRÍGUEZ consideraba que este elemento no constituye una de las notas esenciales del contrato de trabajo, en tanto y cuanto se interprete que se encuentra subsumido dentro de las notas de la onerosidad y la subordinación. El autor explicaba que existe ajenidad desde el momento en que alguien paga el trabajo de otra persona, en virtud de que ese trabajo se realizó para quien lo paga; pero además, que dicha nota está presente en tanto si alguien está subordinado a otro sujeto, es porque trabaja para esa persona, siendo esta última quien asume la dirección de ese trabajador⁵²⁸. Concuere da con similar conclusión a la que arriba DE FERRARI, al sostener que lo fundamental del contrato de trabajo es la situación de subordinación creada por el mismo, y no “el trabajo para otro”⁵²⁹.

⁵²⁵ OJEDA AVILÉS, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 60, 2007, p. 378. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085079.pdf> [consultado el día 23 de enero de 2020].

⁵²⁶ COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción española, volumen IV, Reus, Madrid, 1955, p. 482.

⁵²⁷ GORELLI, J., “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo”, *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019, p. 89.

⁵²⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1991, p. 37.

⁵²⁹ DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo*, Vol. II, Depalma, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1969, pp. 108-109.

Sin embargo, a esta última descripción de la ajenidad se le podría conferir un significado más amplio y complejo, y no reducirla al hecho de “trabajar para otro” o que “el trabajo esté destinado hacia otra persona”. En efecto, la ajenidad no debería ser explicada desde una descripción “posicional” de las partes en el marco de la relación entablada entre ellas, o mediante la comprobación de si el trabajo prestado beneficia a otro sujeto, sino que podría postularse su vínculo estrecho con los resultados del trabajo, lo producido o sus frutos.

En el mismo sentido se pronuncia ALARCÓN al señalar que “no es lo mismo trabajar ‘para otro’ (eso lo hacemos casi todo el mundo, unas veces con alteridad meramente económica; otras -las más- con alteridad en sentido estricto, jurídico) que trabajar ‘por cuenta ajena’ (eso sólo lo hacen quienes prestan su actividad laboral en el marco de un contrato de trabajo)”⁵³⁰.

En efecto, en una aproximación conceptual primaria, podría identificarse a la ajenidad desde una perspectiva positiva, en el entendido de que “el servicio se presta por cuenta de otro diferente del que lo realiza, por lo que no es, ahora desde la contraria perspectiva negativa, ni para sí, ni por cuenta propia”. Sin embargo, resulta necesario “diferenciar entre alteridad (entendida como trabajar ‘para’ otro) y ajenidad (trabajar ‘por cuenta’ de otro) atribuyendo a ésta última un significado específico y distinto donde lo decisivo es el contexto, la forma concreta y las condiciones en las que se presta a otro dicho trabajo”⁵³¹.

De este modo, PALOMEQUE evoca dos elementos característicos del trabajo autónomo; uno de los cuales, precisamente, tiene relación con la forma de atribución de la titularidad de los resultados del trabajo; y el otro, condicionado por el modo de organización y la forma de ejecución

⁵³⁰ ALARCÓN, M., “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 28, Civitas, Madrid, 1986, p. 501.

⁵³¹ GONZÁLEZ, S., “Trabajo asalariado...”, p. 93.

de la actividad. En función de ello, indica que el trabajador autónomo desarrolla su actividad económica a título lucrativo y por cuenta propia, es decir que a diferencia del trabajo prestado bajo ajenidad, en este caso se produce una “adquisición de modo originario, desde el mismo momento en que se producen y en virtud del correspondiente título contractual, de los resultados de su labor productiva, cuyo destino final hacia el mercado...se articula a través de negocios jurídicos diversos, como la compraventa, el arrendamiento, la ejecución de obra, el transporte, la agencia, etcétera”. El otro elemento, está centrado en la ejecución del trabajo de manera independiente y no subordinada, desarrollándose “fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona”⁵³².

Por ello es que se sostiene que el resultado final del trabajo se encuentra desde el inicio en la esfera patrimonial de quien lo desarrolló, “con independencia de que su destino final sea su puesta a disposición en el mercado”⁵³³.

Del examen anterior se advierte que trabajar por cuenta propia implica una adquisición inicial de los frutos del trabajo, mientras que el trabajo por cuenta ajena requiere una cesión originaria de los mismos hacia otra persona. Naturalmente, la contracara necesaria de ambos conceptos exige una asunción de los riesgos en la ejecución de dicha actividad en el caso del trabajo por cuenta propia, mientras que el trabajo por cuenta ajena implica una transferencia de esos riesgos a la persona que adquiere los frutos del trabajo cedidos inicialmente por quien trabaja.

El principal exponente de esta noción fue ALONSO OLEA, quien subrayaba que los frutos del trabajo son atribuidos de manera inicial y de forma directa para una persona diferente de quien ejecuta el trabajo⁵³⁴. De

⁵³² PALOMEQUE, M., “La noción...”, p. 68.

⁵³³ VALDÉS, A., “El trabajo autónomo...”, pp. 24.

⁵³⁴ ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994, pp. 50-52.

ese modo, el trabajo por cuenta propia se opone al trabajo por cuenta ajena en virtud de que, en la primera de las modalidades, “quien trabaja retiene la titularidad inicial de los frutos de su trabajo”⁵³⁵.

Por su parte, MONTROYA introdujo un matiz a dicha concepción, en tanto que ha destacado que lo que se traslada al empleador no son propiamente los frutos, sino las utilidades patrimoniales o ganancias económicas que derivan de la actividad del trabajador⁵³⁶. En virtud de tal variante y matización, ALONSO OLEA y CASAS BAAMONDE manifestaron que la expresión “fruto” debe ser concebida “de forma tan amplia que abarque todo resultado del trabajo productivo del hombre, intelectual o manual, valioso por sí mismo o asociado al de otros, consista en un bien o en un servicio; la ajenidad refiere a ‘la utilidad patrimonial del trabajo’”⁵³⁷.

Asimismo, BAYÓN CHACÓN y PÉREZ BOTIJA prefirieron hacer referencia a la ajenidad en los riesgos como nota típica del contrato de trabajo, al aludir a que el empresario debe soportar los resultados económicos desfavorables sin que por ello el trabajador deba verse afectado, ya que, de lo contrario, el hecho de participar en las adversidades económicas y de producción, implicaría acercarlo a la figura del contrato de sociedad⁵³⁸. En definitiva, la ajenidad en los riesgos implica que la contraprestación económica de los servicios del trabajador no está ligada a los resultados de la gestión empresarial⁵³⁹.

Sin perjuicio de estas diferencias de aproximaciones que aporta la doctrina, lo que resulta claro es que en el contrato de trabajo, el trabajador no se apropia ni de los frutos de su trabajo ni de las utilidades

⁵³⁵ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 30.

⁵³⁶ MONTROYA, A., *Derecho del Trabajo...*, p. 40.

⁵³⁷ ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 30.

⁵³⁸ BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1978, p. 18.

⁵³⁹ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 48.

patrimoniales del mismo, sino que libremente, desde el momento mismo en que ingresa a la relación laboral, los cede a su empleador; y como contrapartida de tal cesión inicial también se desentiende de los resultados económicos de la empresa, no asumiendo los avatares desfavorables de la misma, sino que los riesgos del desarrollo empresarial son soportados exclusivamente por el empleador.

De ese modo, por ejemplo, el hecho de que un prestador de trabajo no determine por su propia y única voluntad el precio de sus servicios, constituye un fiel reflejo de la ajenidad en los frutos y de ausencia de autonomía. En efecto, quien se apropia de los frutos de su trabajo, lo hace organizando personalmente el mismo, determinando las tarifas de su servicio, negociando eventualmente con el cliente el precio del producto o servicio, estableciendo la modalidad de pago, asumiendo el cobro directo del mismo, etc. En ese sentido, los frutos del trabajo serían imputables exclusivamente a ese sujeto, así como las utilidades patrimoniales, y eventualmente, asumiendo los riesgos empresariales de dicho emprendimiento.

III.III. La ajenidad en la titularidad de los medios de producción

El concepto amplio o genérico de ajenidad tiene además un apegado vínculo con varias de sus especies, como la referida a la **ajenidad de la titularidad de los medios de producción**. Este elemento determina que “la maquinaria, las herramientas de trabajo son propiedad del empresario y no del trabajador”⁵⁴⁰; o dicho de otro modo, se refiere a la “propiedad de los elementos productivos, entendiendo por tal la dirección de la

⁵⁴⁰ GORELLI, J., “Plataformas digitales...” p. 90.

infraestructura productiva utilizada por el trabajador en la prestación de sus servicios”⁵⁴¹.

Del examen anterior se advierte que el trabajador por cuenta propia es propietario “de los medios necesarios para llevar a cabo su actividad, no precisando de infraestructura ajena ni para producir los bienes o realizar los servicios encomendados, ni para la posterior inserción de éstos en el mercado”⁵⁴².

Asimismo, GORELLI ha afirmado que “desde un planteamiento más adaptado a las nuevas circunstancias productivas ha de señalarse que la ajenidad ha de centrarse respecto de los elementos esenciales del proceso productivo, no en elementos meramente auxiliares o de escasa importancia para este”⁵⁴³.

En relación a ello, FERNÁNDEZ AVILÉS indica que “[q]uizá en el pasado, en sociedades fordistas -donde todo lo fabricado se vendía- lo importante era la fábrica, pero actualmente, derivado del aumento de la competitividad, la marca pasa a ser el medio de producción más importante de cualquier negocio”⁵⁴⁴.

Consecuentemente, en la economía de plataformas digitales, en donde esa misma plataforma brinda el servicio subyacente, sin lugar a dudas que junto con la marca, los elementos productivos principales son la plataforma o aplicación tecnológica, que permite organizar y dirigir todos los factores de producción restantes que se convierten en accesorios. Es por este motivo que, aún cuando el prestador del servicio aporte algunos medios materiales en concreto, como puede llegar a ser un automóvil en el servicio de transporte de personas, o un bi-rodado en el servicio de transporte de alimentos u otros bienes, tal extremo no presenta

⁵⁴¹ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 48.

⁵⁴² VALDÉS, A., “El trabajo autónomo...”, pp. 24

⁵⁴³ GORELLI, J., “Plataformas digitales...” p. 90.

⁵⁴⁴ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir.), *El trabajo...*, p. 36.

relevancia a los efectos de la identificación de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción, precisamente por tratarse de elementos no significativos, ni representativos de la dotación de una auténtica estructura empresarial propia. Además, el servicio estará dotado de ciertas características, que lo harán identificable no con el prestador en concreto, sino con el tipo de prestación articulada por la plataforma, ofrecido a los consumidores como una marca⁵⁴⁵.

En un sentido coincidente, y analizando la hipótesis del servicio de reparto de bienes y mercaderías prestado a través de plataformas digitales, CARBALLO señala que “el vehículo -bicicleta o moto, generalmente- y el teléfono móvil que aportan los repartidores, como instrumentos de trabajo, revisten una importancia más que marginal si se les contrasta con los restantes -neurálgicos y ajenos- elementos empresariales...: imagen, reputación, plataforma tecnológica, y clientela”⁵⁴⁶.

III.IV. La ajenidad en la marca y en el mercado

Otras de las proyecciones del género analizado, son la **ajenidad en la marca** y la **ajenidad en el mercado**. Conceptualmente es posible identificar que “el trabajador no actúa directamente con los clientes, sino que lo hace mediante la intervención del empresario, que es quien controla la relación con el mercado de los potenciales clientes”⁵⁴⁷.

⁵⁴⁵ CALVO, F., “Uberpop como...”, pp. 353-354 y 366-367. En similar sentido SERRANO, R., “Nuevas formas...”, pp. 42-43, quien indica que la “cartera” de clientes también se constituye en el principal activo productivo. Por su parte, TODOLÍ, enfatizó en la propiedad y recogida de los datos de los clientes y posibles clientes, como elementos necesarios para un auténtico empresario (TODOLÍ, A., “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 236).

⁵⁴⁶ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa...”, p. 113.

⁵⁴⁷ GORELLI, J., “Plataformas digitales...” p. 90.

En resumidas cuentas, “un prestador de servicios que actúa bajo la marca ajena se encuentra dentro de una de las facetas de la ajenidad. El trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando -o perjudicando- dicha marca -como lo haría un trabajador laboral- y no su negocio -como lo haría un autónomo-”. Así es que se presume que “un trabajador individual que presta servicios de forma personal bajo el paraguas de una marca que le es ajena y siguiendo un ‘manual de instrucciones’ impuesto por la empresa principal, tiene serios visos de considerarse un trabajador laboral”⁵⁴⁸.

La imposibilidad, fáctica y/o jurídica de que ese prestador de servicios se inserte en el mercado ofreciendo su propia marca, y en su caso, debiendo entonces hacerlo por cuenta ajena mediante una marca que no es de su propiedad, impide que su calificación sea la de un trabajador autónomo. En ese sentido, el hecho de que un cliente reconozca que los servicios ofrecidos son inherentes a la marca de la empresa a cuya propiedad le pertenece esta última, y no al concreto prestador de dicho servicio, es un elemento revelador de la existencia de esta especie de ajenidad.

Refiriéndose a la ajenidad en el mercado, ALARCÓN señalaba que “el productor directo es jurídicamente ajeno a los consumidores de ‘sus’ - que no son suyos- productos”, y por ende, esta se verifica cuando “entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio de ese bien o de ese servicio, que habrá pagado al trabajador un salario y que procura realizar un beneficio”. Además, la ajenidad en el mercado “existe como algo constitutivo en la relación social”, así como desde el punto de vista jurídico y *ab initio*. En definitiva, la ajenidad en el mercado junto con la ajenidad en la titularidad de los medios de producción, son previas y comprensivas de la ajenidad

⁵⁴⁸ FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir.), *El trabajo...*, p. 36.

en los riesgos, en la utilidad patrimonial o en los frutos, siendo estas últimas simples consecuencias de las primeras⁵⁴⁹.

En concreto, la ajenidad en el mercado se refleja en el hecho de que “el trabajador no accede al mercado de consumidores finales sino a través de la intermediación del empresario”⁵⁵⁰.

Del examen que viene de desarrollarse se deriva que la forma de retribución constituye un elemento importante en la tarea de calificación jurídica, en tanto que

si el cliente abona el precio del servicio a la plataforma, siendo luego ésta la que paga al prestador del servicio un porcentaje sobre el precio calculado por la aplicación, sin que el prestador pueda incrementar el precio calculado por aquélla ni realizar por ello un lucro específico con cada nuevo encargo, podremos afirmar que concurre la nota de la ajenidad en el mercado⁵⁵¹.

Ello ha llevado a SERRANO a considerar que la ajenidad en el mercado se constituye en “la nota definitoria clave del contrato de trabajo en el nuevo contexto tecnológico”⁵⁵².

Precisamente, en relación a este aspecto radica la principal diferencia entre las empresas propietarios de plataformas digitales que operan como meras intermediarias entre oferta y demanda de bienes o servicios, de aquellas que intervienen activamente en el mercado y ofrecen el servicio subyacente. En el primero de los casos, el trabajador “se emancipa de la tutela y del control empresarial, evita su desplazamiento hacia una posición subalterna integrada en la propia de la empresa y se relaciona directamente con el mercado de bienes y servicios”. En cambio, en el segundo caso, cuando dicha emancipación no tiene lugar, es la

⁵⁴⁹ ALARCÓN, “La ajenidad en el mercado...”, pp. 499-505.

⁵⁵⁰ UGARTE, J., “La subordinación...”, p. 48.

⁵⁵¹ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 42.

⁵⁵² SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 44.

empresa la que en definitiva oferta el bien o el servicio al mercado, siendo el trabajador ajeno al mismo⁵⁵³.

III.V. La integración del trabajador en la estructura organizativa de la empresa

Según lo indica la RIT N° 198 de la OIT, la **integración del trabajador en la organización de la empresa** constituye un indicio específico para la determinación de la existencia de una relación de trabajo, en tanto que el trabajo ejecutado conduzca a comprender tal integración. Por ese motivo, el referido instrumento internacional exige que el análisis se deba centrar en la realidad, y en el concreto detalle de la ejecución de dicha labor.

Esta noción evoca aquellas situaciones en las que no existe una organización empresarial propia por quien presta los servicios⁵⁵⁴, sin asumir los riesgos y los beneficios de la actividad. Es por ello que “desde el momento en el que se integra en ‘territorio ajeno’ donde el empresario ejerce su libertad de empresa en la vertiente funcional, estableciendo la organización y sus reglas”⁵⁵⁵, no se está en presencia de un trabajador por cuenta propia.

Ciertamente, dicho indicio detenta un carácter “abierto y complejo”, y presupone el reconocimiento de que “el trabajador es ajeno a la organización del proceso productivo en cuyo ámbito presta servicios, develándose así un cierto déficit de autonomía”, lo que también equivale a identificar “un cierto grado de subordinación -que cabría adjetivar como estructural-”⁵⁵⁶.

⁵⁵³ GONZÁLEZ, S., “Trabajo asalariado...”, p. 116.

⁵⁵⁴ MONTOYA, A., “Sobre el trabajo...”, pp. 69-70.

⁵⁵⁵ TODOLÍ, A., “La regulación...”, p. 80.

⁵⁵⁶ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa...”, p. 114.

Así es que en relación a este elemento, dogmáticamente se lo suele identificar como un indicio de la subordinación o dependencia. A decir verdad, en esencia entendemos preferible describirlo como una especie o manifestación de la ajenidad, en tanto que sin estructura y autonomía propias, no es posible identificar una modalidad de trabajo por cuenta propia, sino de trabajo por cuenta de otro -un tercero diferente del prestador-. En efecto, si un individuo está inserto en la organización ajena, se manifiesta o exterioriza la ajenidad.

En este sentido, se ha señalado que la incorporación del trabajo en la organización productiva cuya titularidad le corresponde a otro, puede considerarse como una manifestación más de la ajenidad; “lo que significa que el trabajo se realiza en las condiciones establecidas por ese otro que recibe el esfuerzo laboral”. A mayor abundamiento, se ha propuesto una “reconducción de la dependencia al ámbito de la ajenidad, como expresión de la ajenidad en el control y dirección de la organización productiva en la que el trabajo se inserta”. De todos modos, a decir verdad, en la doctrina española se ha justificado su tratamiento independizado, en tanto que el ET lo ha establecido como un rasgo adicional y diferenciado⁵⁵⁷. Sin perjuicio de ello, revalorizamos la posibilidad de referirse a la integración en una estructura productiva ajena como una manifestación de la ajenidad⁵⁵⁸.

En definitiva, la incorporación del trabajador en la estructura organizativa empresarial, se sobrepone con la carencia de autonomía organizativa del individuo, ya que implicará que su actividad se dirija a cumplir con el fin productivo de la empresa, y que su prestación se

⁵⁵⁷ GONZÁLEZ, S., “Trabajo asalariado...”, pp. 101-114.

⁵⁵⁸ SELMA, A., “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en ALFONSO, R. y VALERO, J. (Dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017, p. 397.

incorpore dentro del ciclo productivo de la misma, de manera continuada y directa⁵⁵⁹.

En otro orden, si bien la marginalidad en la prestación del servicio o la ausencia de habitualidad ha sido elevada como categoría de indicio de no laboralidad⁵⁶⁰, también sería posible ofrecer una lectura diferente desde el punto de vista de la autonomía del trabajador y su inserción en una estructura organizativa ajena. En efecto, dicha falta de habitualidad en realidad podría ser considerada como una manifestación de la ausencia de una estructura organizativa propia, y por ende, de una dependencia estructural con respecto a otra empresa, o lo que es lo mismo, de la inexistencia de autonomía y de la inserción en una estructura organizativa ajena.

Asimismo, cabe señalar que la doctrina y jurisprudencia italiana se han referido al concepto de la “inherencia de la actividad laboral al objeto social del empleador”, cuyo alcance resulta ser muy próximo al de la integración del trabajador en la organización de la empresa. En ese sentido, este parámetro cobra especial importancia en tanto que relaciona el objeto de la obligación laboral, con el objeto de la actividad cumplida por el empleador. En función de dicho criterio, se asume implícitamente que el trabajador “no es genuinamente autónomo” cuando desarrolla la misma actividad llevada a cabo por la empresa⁵⁶¹.

De ahí que deba arribarse a la conclusión de que la verificación de la integración del trabajador en la estructura organizativa de la empresa, estará condicionada por la respuesta conferida al problema de la calificación de la naturaleza de la actividad cumplida por la empresa propietaria de la plataforma digital. Al fin y al cabo, si se considerara que

⁵⁵⁹ GALANTINO, L., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1992, pp. 73-74.

⁵⁶⁰ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 26.

⁵⁶¹ GRAMANO, E., “Contribución al debate sobre trabajo y gig economy a la luz del ordenamiento jurídico italiano”, *Revista de Derecho Social*, N° 85, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019, p. 227.

esta última se dedica a ofrecer y ejecutar el servicio subyacente, entonces cobraría fuerza la admisión de que el prestador concreto e individual de dicho servicio se integraría dentro de dicha estructura organizativa.

Sin perjuicio de lo anterior, la definición específica de esta especie de ajenidad dependerá de un análisis global de los restantes elementos enunciados. En efecto, el hecho de que se cumpla con el mismo objeto social que la empresa comitente, así como que se desarrollen partes integrantes de su ciclo productivo, sin una organización empresarial propia, despojándose de los frutos y utilidades del negocio, trasladando los riesgos al empresario comitente, siendo este último quien aporta la marca y la aplicación tecnológica que opera como el principal y fundamental activo para el servicio e interviene en el mercado, constituyen todos ellos elementos determinantes a los efectos de asumir que el prestador del servicio carece de auténtica autonomía, y por ende, desarrolla una actividad por cuenta ajena.

IV. Criterio coadyuvante para la determinación de la existencia de la relación de trabajo: la comprobación de la prestación personal ejecutada de manera libre, con carácter oneroso y manifestaciones de la subordinación

La comprobación fehaciente y plena de la falta de autonomía del prestador de servicios, mediante la acreditación de las especies de ajenidad antes enunciadas, conducirían irremediabilmente a concluir que la naturaleza de dicho vínculo sea de carácter laboral, y por ende esté alcanzada por la protección del Derecho del Trabajo. Ello siempre y cuando, de manera coadyuvante, sean acreditados en cada caso concreto los restantes elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber, la prestación de carácter personal ejecutada de forma libre y con carácter oneroso -

elementos que sin lugar a dudas presentan menores dificultades conceptuales y probatorias-.

De ahí que, de forma coadyuvante a la determinación de la autenticidad de la autonomía del prestador de servicios y a la nota de la ajenidad, resulta compatible el análisis de los restantes elementos que son consustanciales al contrato de trabajo. La presencia de indicios reveladores de la ajenidad en los frutos y en los riesgos, así como de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción, la ajenidad en la marca y en el mercado y la inserción del trabajador en la estructura organizativa de la empresa, además de acreditar uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo -la ajenidad-, reflejarán presupuestos constitutivos de los poderes de organización, de dirección, de control y disciplinario a cargo del empleador, es decir, los componentes jurídicos de la subordinación, cuya manifestación en los hechos resulta contingente.

En cambio, en caso de surgir dudas a la hora de canalizar la comprobación del criterio principal sugerido, cobraría importancia el análisis de las eventuales manifestaciones de la subordinación. De manera que si se desprendiere comprobado el ejercicio de alguno de los poderes de organización, dirección, control o disciplinario, tal extremo constituiría un elemento suficientemente ilustrativo de la presencia de la nota de la subordinación, en virtud de que el ejercicio de los mismos y la presencia de cualquiera de ellos en forma aislada, representaría una incompatibilidad manifiesta con la autonomía del trabajador.

A los efectos de cumplir con dicha finalidad, el procedimiento más apropiado, y que además se encuentra previsto por la propia RIT N° 198 de la OIT, resulta de la aplicación del método de indicios mediante una técnica tipológica o de aproximación de los elementos de hecho reunidos en cada caso concreto, a los presupuestos dogmáticos enunciados.

Precisamente, se ha explicado que “[u]na forma de ordenar el concepto jurídico de la subordinación, como sometimiento al poder de dirección del empresario...ha sido el método jurisprudencial de ‘los indicios’”, manifestándose en “señales que evidencian una situación de subordinación”⁵⁶².

De todos modos, por un lado, se advierte que “en la medida que existan visos de ajenidad, es improbable que desaparezca plenamente la subordinación”; y por otro lado, “que el presupuesto de la dependencia se ha ampliado *-relativizado: no suprimido-* doctrinal y jurisprudencialmente durante los últimos años, en todo caso, hechos e indicios, confirmarán o negarán *la laboralidad*”⁵⁶³.

En resumidas cuentas, resultaría imperioso ahondar en los restantes elementos esenciales de la relación de trabajo, en particular, determinar si en los hechos se verifica la prestación de trabajo de carácter personal, desarrollada en forma voluntaria y de manera onerosa, y por otro lado, si existe alguna manifestación o indicio revelador de la exteriorización de la subordinación -dado su carácter esencialmente contingente-, en cuanto ejercicio de los poderes de organización, dirección, control y disciplinario propios del empleador.

A tales efectos, y al igual que lo que ocurre al momento de analizar el elemento de la ajenidad, en los hechos existen expresiones modernas de indicios reveladores de las restantes notas esenciales, así como manifestaciones novedosas de la subordinación, todas ellas propias de las recientes formas de organización del trabajo humano, así como de la utilización de elementos tecnológicos innovadores. De ahí que la doctrina y la jurisprudencia hayan ahondado en estos aspectos, aunque cabe resaltar

⁵⁶² PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 476.

⁵⁶³ PÉREZ AMORÓS, F., “Un Trabajo sin Contrato y sin Frenos: un Trabajo por Cuenta Ajena en la Economía Digital”, *Revista de Direito Do Trabalho*, Ed. Especial CIELO LABORAL 2018 - URUGUAY, Editorial Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.

que el foco de dicho análisis ha estado limitado principalmente al trabajo a demanda a través de aplicaciones digitales que operan de manera *offline*, y mayoritariamente en el servicio de traslado de pasajeros o de transporte de bienes y mercaderías.

En ese sentido, y a vía ejemplificativa, en relación al trabajo prestado en el reparto de bienes y mercaderías, ROJO señala que

[l]a importancia del control (geolocalización) del prestador de servicios, la mayor o menor remuneración a partir de los períodos en que dicha personal esté conectado a la aplicación de la plataforma, la posibilidad de desactivarlo si no se conecta de forma periódica o incumple algunas de sus obligaciones, y muy en especial la titularidad de la app a través de la cual debe conectarse el trabajador para poder prestar sus servicios, serán los elementos determinantes para poder apreciar la existencia o no de una relación laboral asalariada⁵⁶⁴.

En esa línea de análisis, GORELLI ha puesto de manifiesto la necesidad evidente de adaptar los criterios de laboralidad en el caso del trabajo ejecutado a través de plataformas digitales, en tanto que, entre otros elementos importantes, “existe una automatización de la toma de decisiones que corresponden al empresario, al utilizarse algoritmos”⁵⁶⁵.

IV.I. Prestación personal ejecutada de manera libre

Tal como se ha expresado, el Derecho del Trabajo detenta un objeto de estudio muy particular. Sus normas regulan exclusivamente el trabajo del

⁵⁶⁴ ROJO, E., “Unas notas sobre el objeto del Derecho del Trabajo”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 16 de abril de 2019. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/unas-notas-sobre-el-objeto-del-derecho.html> [consultado el día 20 de abril de 2019].

⁵⁶⁵ GORELLI, J., “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (crowdsourcing offline)”, *Revista de Derecho Social*, N° 86, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019, p. 56.

hombre, entendido como tal “todo comportamiento humano encaminado a producir algo”, aunque con ciertos caracteres especiales que conforman su objeto de estudio propio y que representa la autonomía científica de la disciplina. En ese sentido, el trabajo objeto de esta rama del Derecho, se refiere a aquél prestado de forma libre o voluntaria, por cuenta ajena, oneroso y subordinado⁵⁶⁶. Asimismo, una de las notas particulares y esenciales de la relación de trabajo está constituida por la prestación personal de dicha actividad⁵⁶⁷, habiendo sido destacado dicho elemento en la propia RIT N° 198 de la OIT, al señalar como indicio de la relación de trabajo el hecho de que el mismo sea “ejecutado personalmente por el trabajador”.

Ello se traduce en que, por una parte, el trabajo objeto del Derecho Laboral debe ser voluntario, y por ende, el trabajador es quien decide poner a disposición su fuerza laborativa a favor del empleador, excluyéndose de ese modo el trabajo forzoso o esclavo. Y por otro lado, la relación de trabajo se manifiesta en un compromiso de carácter personal que resulta ser intransferible. De ese modo, la obligación de trabajar no es de carácter fungible, ya que no puede ser prestada o satisfecha por otro sujeto⁵⁶⁸.

En el trabajo desarrollado a través de plataformas, este elemento no representa mayores dificultades, en tanto que la controversia principal suele estar enfocada en la ajenidad y la subordinación.

A la par de este señalamiento, y sin perjuicio de reiterar que existen diferencias prácticas en la prestación de servicios en el marco de las diversas clases de plataformas digitales, también es posible detectar en

⁵⁶⁶ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, pp. 88-92.

⁵⁶⁷ Entre otros, PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 474; MONTOYA, A., *Derecho del Trabajo...*, p. 38; PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1991, p. 19; BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Volumen 2, Tercera Edición, FCU, Montevideo, 2007, p. 181.

⁵⁶⁸ PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, pp. 102-103.

varios de los contratos suscritos entre las partes -que suelen asentarse en los términos y condiciones de la utilización de la plataforma o aplicación tecnológica-, que existen previsiones expresas que prohíben la sustitución personal a la hora del cumplimiento de la actividad, o incluso, del empleo del usuario a los efectos del correspondiente *log in* para la utilización de la plataforma. Ello se traduce en un fuerte indicio en favor de la nota de la prestación personal del trabajo, propia de la relación laboral.

Sobre este aspecto, se ha señalado que algunas plataformas evitan que los trabajadores usen herramientas de NTIC para completar tareas, al prohibir realizar cualquier actividad con el uso de *bots* de internet, robots web, *scripts* o cualquier otra forma de inteligencia artificial, o intentar de otra manera obtener recompensas sin completar las tareas como se requieren. De ese modo, la imposición de ejecutar el trabajo personalmente, ya sea prohibiendo la subcontratación o prohibiendo el uso de herramientas de inteligencia artificial, constituye una forma de dirigir el desempeño del trabajo de una manera que podría ser inconsistente con el estado de autoempleo de los trabajadores⁵⁶⁹.

Empero, a pesar de existir uniformidad en torno a la noción de este elemento, en el sentido de postular la imposibilidad de que el trabajador se sustituya por otra persona, también se ha destacado que “la sustitución esporádica no implica ausencia del carácter personal de la prestación”⁵⁷⁰.

Esta conclusión se podría extrapolar, por ejemplo, para casos como la normativa uruguaya, en donde se prevé para el servicio de transporte oneroso de pasajeros contratado a través del uso de plataformas electrónicas, que los prestadores del mismo puedan ser sustituidos por un único conductor adicional⁵⁷¹.

⁵⁶⁹ DE STEFANO, V., “Labour is not...”, p. 7.

⁵⁷⁰ CRUZ VILLALÓN, J., “El concepto de trabajador...”, p. 37.

⁵⁷¹ El Decreto N° 37.089 de la Junta Departamental de Montevideo dispone que ese conductor debe ser familiar del permisario hasta el segundo grado de consanguinidad,

IV.II. Onerosidad

Además de la necesidad de existir una prestación personal ejecutada de manera libre y voluntaria, otro carácter del trabajo que es objeto del Derecho Laboral, se refiere a la onerosidad. Al fin y al cabo, el trabajo prestado debe tener como finalidad la percepción de una retribución, a diferencia del trabajo altruista, gratuito o desinteresado que se encuentra excluido de su objeto de estudio⁵⁷².

Este elemento es quizás el menos debatido o cuestionado, en virtud de que el ánimo de obtener un beneficio económico a cambio de la prestación de la actividad, siempre se encuentra presente en estos casos. A los efectos de la configuración de esta nota, no tiene relevancia alguna la determinación de la cuantía de ese beneficio, es decir, si cubre exclusivamente los gastos básicos para cumplir con la actividad o si por el contrario se genera un margen de ganancia mayor. Tampoco importa la determinación de la forma de generación de dicha retribución, a saber, si esta guarda relación con el tiempo destinado al trabajo, con el tiempo a disposición, con los viajes concretados, con los pedidos entregados, etc.

En definitiva, en todo caso interesa diferenciar el trabajo prestado con un fin exclusivamente de beneficencia o gratuito, de aquel cuyo propósito es la percepción de una remuneración, a causa de la cesión inicial de los frutos del trabajo que el prestador del servicio concede en favor de la empresa titular de la plataforma digital.

cónyuge o concubino/a reconocido judicialmente del permisario; hijo/a del cónyuge o concubino reconocido judicialmente del permisario.

⁵⁷² Entre otros, PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 474; MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo...*, p. 179, ; PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso...*, 1976, p. 93; BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo...*, 2007, p. 181.

IV.III. Subordinación

La subordinación se ha caracterizado por su “enorme flexibilidad y capacidad de adaptación”, habiendo evolucionado desde un concepto estrictamente limitado al control directo, inmediato y constante de la prestación del trabajo, a un concepto mediato y hasta posterior a la ejecución de la prestación laborativa, e incluso, desde la especificación y protocolización concretas en relación a la forma de prestar el trabajo, hasta el dictado de instrucciones generales sobre su desarrollo. En función de ello, GORELLI destaca que en la actualidad el poder de dirección tradicional del empleador, “ha sido sustituido por formas más sofisticadas que buscan, como siempre, asegurar el control sobre el resultado final del trabajo”⁵⁷³.

Correlativamente, existe una opinión bastante generalizada en relación a considerar que en estas hipótesis la dependencia se encuentra cuestionada, en tanto que existen “unas dosis de libertad en la prestación de servicios” que pueden ser consideradas como “incompatibles con el trabajo por cuenta ajena”⁵⁷⁴. Incluso, bajo estas aristas de observación, se ha indicado que si el prestador de servicios no se obliga a prestar su actividad durante unas horas determinadas, no sería posible la configuración del contrato de trabajo, en tanto que su activación no puede quedar al arbitrio del trabajador⁵⁷⁵.

Sin embargo, dichos fundamentos han sido cuestionados por importantes sectores de la doctrina y jurisprudencia, al practicar un análisis

⁵⁷³ GORELLI, J., “Indicios de laboralidad...”, pp. 43-44.

⁵⁷⁴ SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 39.

⁵⁷⁵ AGOTE, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSLabor*, 1/2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017, p. 14. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/327022/417507> [consultado el día 28 de julio de 2019].

de la realidad, conforme a criterios de interpretación ajustados a las modernas expresiones y manifestaciones de la subordinación.

Así, se ha señalado que bajo las nuevas formas de organización del trabajo, y en especial, en actividades desarrolladas con la intervención de nuevas tecnologías, el hecho de sostener que la subordinación debe quedar limitada al reflejo de la supervisión directa del empresario, “no es más que un anacronismo destinado a limitar el ámbito del Derecho del Trabajo”. En definitiva, el análisis sustentado en la técnica de indicios, debe tener en cuenta la nueva realidad y las formas modernas de organización productiva, así como los renovados sistemas de control del trabajador⁵⁷⁶.

Ciertamente, “la nota de la subordinación o dependencia puede verse afectada por los medios técnicos utilizados en la empresa, pues los avances tecnológicos (electrónica, informática, telemática, etc.) permiten nuevas formas de organización, dirección y control del trabajo (por ejemplo, a través de plataformas digitales)”⁵⁷⁷. En un sentido similar, VALDÉS indica que “las notas o indicios que han acompañado tradicionalmente a la noción de dependencia o subordinación han adquirido perfiles cada vez más difusos lo cual obliga a replantearse la manera de como éstos deban ser valorados”⁵⁷⁸.

IV.III.I. Los efectos de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas digitales

El primer aspecto trascendente que integrará el análisis de las manifestaciones contingentes de la subordinación, se refiere a los efectos de la determinación de la naturaleza de la actividad de las plataformas

⁵⁷⁶ GORELLI, J., “Indicios de laboralidad...”, p. 56.

⁵⁷⁷ MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo...*, p. 178.

⁵⁷⁸ VALDÉS, A., “El trabajo autónomo...”, p. 15.

digitales. En particular, el hecho de que una plataforma digital en concreto sea considerada como una mera intermediaria entre la oferta y demanda de un servicio, sin organizar ni prestar el mismo, constituye un elemento suficientemente ilustrativo de que el vínculo que la une con el prestador no asume un carácter laboral⁵⁷⁹. Ello en tanto que, si la plataforma digital no brinda el servicio subyacente, entonces se impone la consideración de que quien lo hace por su cuenta y riesgo será el prestador individual, siendo quien en definitiva organice el mismo, determine los precios, se contacte con los clientes, monte una estructura empresarial propia, obtenga los frutos y/o ganancias, soporte los riesgos, intervenga directamente en el mercado, sea el titular de los medios productivos y de la marca.

En cambio, en el caso de que se compruebe que la plataforma digital es la prestadora de un servicio subyacente, se podrían verificar ciertos efectos importantes en relación a la nota de la subordinación. Por efecto de lo ya señalado, se advierte que, para que se determine que una plataforma digital brinda el servicio subyacente, debería acreditarse que esta ejerce un control decisivo e influyente sobre el servicio y la forma de prestación del mismo.

Por estos motivos, se ha considerado que en estos casos en que la plataforma digital ofrece el servicio subyacente hacia el mercado de consumo y además “utiliza sistemas mediante los que se limita la libertad del trabajador para prestar el servicio, esa prestación de servicio podrá considerarse laboral”⁵⁸⁰.

Sin embargo, tal conclusión no se deriva de ninguna manera de forma automática. Por el contrario, se ha advertido que para afrontar la cuestión de la determinación de la naturaleza de la actividad cumplida por

⁵⁷⁹ Cap. II.VI.

⁵⁸⁰ LÓPEZ, M., “Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias”, *Labour Law Issues*, Vol. 4, N° 2, 2018, p. 73. Disponible en <https://labourlaw.unibo.it/article/view/8799/8552> [consultado el día 19 de abril de 2019].

las plataformas, resulta necesaria la consideración de las características de las relaciones entabladas con los prestadores del servicio, aunque tal examen es meramente “indirecto”, y que no afecta -al menos de manera determinante- al segundo problema de calificación de la naturaleza del vínculo que une a ambas partes⁵⁸¹.

En tal caso, se debería verificar un control sobre el trabajo y los propios prestadores del servicio, al detectarse una integración de las mismas en el mercado, determinando los precios del servicio subyacente, señalando las condiciones elementales y las modalidades de su ejecución, etc. En síntesis, en tales casos existirá un impedimento para que los clientes pudieran individualizar a los prestadores del servicio, desde que los usuarios contraten el servicio brindado por la plataforma, y no el del prestador individual que se encuentra integrado dentro de aquella estructura organizativa.

En similar sentido, se ha manifestado que en tales supuestos, cuando se considere que la plataforma determina las características de la ejecución del servicio y además fija su precio, resultaría casi inviable considerar que el poder de control no se vaya a ejercitar sobre los prestadores del servicio. Por este motivo es que se señala que en tales supuestos, presumiblemente se configuren las notas de la dependencia y la ajenidad⁵⁸².

IV.III.II. Poder de organización

El segundo extremo que deberá analizarse es el poder de organización del empleador. Sin perjuicio de su consideración como derecho o como

⁵⁸¹ GOERLICH, J. y GARCÍA, M., “Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F., (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 45.

⁵⁸² SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 37.

facultad potestativa, fundado en el propio contrato de trabajo o derivado de la libertad de mercado para ejercer industria o comercio, extremos en los que no existe coincidencia en la doctrina, es comúnmente admitido que su contenido implica la posibilidad de organizar la empresa, en relación a sus aspectos económicos y técnicos⁵⁸³. En síntesis, el empresario tiene la facultad de organizar el sistema productivo de bienes y servicios que libremente decidió instalar, delineando la organización de las prestaciones laborales⁵⁸⁴.

Más concretamente, MONTOYA se refería a una doble dimensión del poder de dirección del empleador, en tanto que identificaba por un lado, un poder de organizar laboralmente a la empresa -denominado poder directivo general-, y por otro lado, una potestad de ordenar las prestaciones de cada trabajador -clasificado como poder directivo singular-. Este autor consideraba que al poder directivo general le pertenecen “decisiones globales que tienen por objeto la organización laboral de la empresa”, como por ejemplo, determinar el volumen de la plantilla de trabajadores, contratar el trabajo de manera directa o a mediante procesos de tercerización, adoptar procesos de selección y clasificación del personal, decidir la retribución y el tiempo de trabajo, etc.⁵⁸⁵

De ese modo, a vía ejemplificativa, en relación al servicio de reparto de bienes y mercaderías prestado a través de plataformas digitales, se ha

⁵⁸³ MANGARELLI, C., “Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 8, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013, p. 14. Disponible en <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42694/44671> [consultado el día 7 de enero de 2020].

⁵⁸⁴ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 513.

⁵⁸⁵ MONTOYA, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 48, Ministerio de Trabajo e Inmigración, España, 2004, pp. 135-136. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/48/Est06.pdf [consultado el día 9 de enero de 2020].

señalado que la tecnología aportada por empresas de este estilo constituye el núcleo del negocio, de tal manera que la determinación de horarios, así como de las zonas de prestación de la actividad resulta irrelevante. Ello ha determinado “que los pedidos sean rechazados por los repartidores, toda vez que permite articular una especie de disponibilidad plural y difusa de trabajadores conectados al sistema y ordenados mediante algoritmos”⁵⁸⁶.

Empero, la ausencia de determinación de un horario de trabajo, tanto en relación al momento para prestar el servicio, como en cuanto a su extensión o duración -es decir, cuándo y cuánto trabajar-, no constituyen elementos suficientes ni mucho menos determinantes para entender que la plataforma digital no organiza el trabajo.

Tal como se señaló, dos factores pueden confluír en contra de esta libertad formal de elección del cuándo y cuánto trabajar, especialmente en el caso de las plataformas verticales.

El primero, en tanto que la organización del servicio generalmente está estructurada en virtud de un concierto convergente y multitudinario de ofertantes, que permite a la plataforma tener el servicio cubierto en todo momento, sin importar si algún prestador concreto no puede atender o decide no estar disponible en algunos períodos en particular.

El segundo, condicionado a lo anterior, es el resultado del sistema de retribución usualmente adoptado en esta clase de situaciones. En efecto, al encontrarse ligada la retribución a la prestación efectiva del servicio, y además al remunerarse de mejor manera en aquellos casos en que el mismo sea brindado en las franjas horarias de mayor demanda, se produce un intenso condicionamiento tanto para encontrarse activo y disponible en un mayor número de horas, como para hacerlo en aquellas en donde la plataforma digital necesita en función de los requerimientos

⁵⁸⁶ CARBALLO, C., “Patrono y Empresa...”, p. 113.

del mercado y del consumo, un volumen más amplio de trabajadores a disposición.

Por otra parte, se puede inferir que en muchas situaciones los algoritmos “son creados por la empresa con el fin de organizar la actividad productiva y apropiarse del resultado del trabajo de los que prestan servicios: no en vano el algoritmo sirve, fundamentalmente, para una asignación automática de tareas”. Por ello es que se habla de una subordinación tecnológica o dependencia digital⁵⁸⁷, para referirse a que “el instrumento a través del que se organiza y controla el trabajo es la propia plataforma, no siendo posible la prestación si no es a través de la misma”⁵⁸⁸.

En definitiva, el medio tecnológico puede operar como un mecanismo de asignación de trabajo y de distribución de clientes con el fin de ser atendidos por los prestadores del servicio de acuerdo con las necesidades o exigencias de la demanda. Si a ello se le agrega que dicha asignación está condicionada a la propiedad de la base de datos de los clientes y de los prestadores, que es de titularidad exclusiva de la plataforma, se manifiesta un claro indicio del poder organizativo. Además, en la casuística se ha comprobado que la asignación de tareas y de clientes está condicionada en muchos casos, por ejemplo, a cuestiones geográficas -que resultan determinadas por un sistema de geolocalización-, o al resultado de evaluaciones -que son requeridas a los clientes en relación a su satisfacción con el trabajo brindado por el prestador del servicio-, o incluso a la tasa de aceptación de encargos -registrados y analizados computarizadamente por la plataforma-. Como se aprecia, todos ellos son

⁵⁸⁷ SIERRA, E., “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, N° 4, ADAPT University Press, 2015, pp. 11-12. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/333/435 [consultado el día 22 de agosto de 2019].

⁵⁸⁸ GORELLI, J., “Indicios de laboralidad...”, p. 56.

elementos informativos de propiedad de las plataformas digitales, que sirven de base para la toma de decisiones organizativas y operacionales.

Asimismo, a través del algoritmo se canalizará en muchos casos la fijación del precio que se debe cobrar al usuario. Ligado a lo anterior, además de fijar el coste o tarifa, las plataformas digitales también suelen gestionar el cobro del mismo mediante la instrumentación de sistemas de pago *online*, por intermedio de mecanismos electrónicos. Ello conlleva a que sean las plataformas digitales quienes acuerden con las empresas financieras las modalidades de cobro -bancos, tarjetas de crédito, etc.- y no los propios prestadores del servicio. Además, los datos de las tarjetas de crédito de los usuarios están en posesión única y exclusiva de las empresas titulares de las plataformas.

Tales extremos forman parte de elementos esenciales propios de la organización empresarial para la gestión de determinado servicio.

En otros casos, se puede manifestar una clara señal del poder de organización desde el momento en que se adopta un proceso de selección de las personas que prestarán el servicio, ponderándolos conforme a determinados criterios pre establecidos. Tal extremo constituye un indicio revelador del poder de organización a cargo de la plataforma digital, en tanto que si ésta operase como mera intermediaria entre oferta y demanda de un servicio, no resultaría compatible con la naturaleza de la actividad -mediar entre productor y consumidor-, la intervención de ésta sobre uno de los factores del mercado.

Otro indicio sugerente de una actividad de organización del proceso productivo y de la prestación laborativa, se traduce en la instrumentación de sistemas de ayuda o de apoyo a los prestadores del servicio -conocidos con el término anglosajón de *helpdesk*-. Desde que formalmente el discurso generalizado entre las plataformas suele declarar que no son emprendimientos que brinden un servicio subyacente, sino simplemente

que intermedian entre oferta y demanda del mismo, la implantación de estos puntos de ayuda y apoyo a los prestadores, contradice en los hechos tal afirmación. En efecto, estas modalidades de soporte y ayuda técnica representan un elemento inherente a la organización del servicio subyacente.

Asimismo, el hecho de que las bases y condiciones para la utilización de la aplicación o soporte tecnológico sean confeccionadas unilateralmente por la propia plataforma digital, sin posibilidad de negociación o de intervención alguna por el prestador en cuanto a sus contenidos o alcances, constituye un claro indicio del ejercicio de ese poder organizativo. Máxime teniendo presente que en dichas bases y condiciones de utilización del software, también suelen incluirse referencias a la forma de cómo debe prestarse el servicio. La realidad parece confirmar en la mayoría de los casos que los prestadores del servicio se someten a un contrato de adhesión, mediante el cual “se limitan a aceptar en bloque las condiciones propuestas” por las plataformas digitales, en similitud a lo que acontece en el ámbito laboral⁵⁸⁹.

En ese tenor, la naturaleza de la actividad de la plataforma se alejaría de la figura de una mera intermediara, constituyéndose en una auténtica prestadora del servicio subyacente, y además denotaría la presencia de un típico poder de organización a cargo de la misma, lo que es indicativo de elementos configuradores de subordinación y de ausencia de una actividad empresarial prestada por cuenta propia por parte del prestador del servicio concreto.

IV.III.III. Poder de dirección

⁵⁸⁹ DE LEÓN, L., y PIZZO, N., *Trabajo a través de plataformas digitales*, FCU, Montevideo, 2019, p. 100.

El tercer elemento que debe ser incorporado en el análisis, refiere a la potestad de dirección del empleador. A diferencia del trabajador autónomo, quien dirige su propia actividad de la forma en que entienda pertinente, en el caso del trabajo por cuenta ajena la dirección de la actividad está a cargo del empleador, y puede concretarse en las modalidades, el lugar y el tiempo de la ejecución de la prestación laborativa⁵⁹⁰.

De ello se deduce que este poder de dirección se exterioriza cuando se imparten instrucciones o indicaciones dirigidas a los trabajadores sobre la forma en que deben prestar el servicio; en definitiva, “reglas sobre vestimenta, etiqueta, comportamiento, necesidad de acudir a un punto concreto para iniciar la actividad, necesidad de presentarse como personal de la empresa, llevando logotipos de la misma en el material de trabajo o incluso uniformes que identifican a la empresa, etc.”⁵⁹¹.

Cierto es que, según ha afirmado SERRANO, las meras recomendaciones o directrices impartidas por las plataformas en torno al modo de ejecutar la prestación de actividad, se transforman en verdaderas instrucciones y expresiones del poder directivo del empleador, desde el momento en que se verifica la ajenidad en el mercado, y el trabajador no puede determinar por su propia voluntad el precio del servicio, debiendo someterse imperativamente a dichas instrucciones en el caso de que pretenda percibir una remuneración significativa⁵⁹².

Todos estos elementos permiten comprender que dichas recomendaciones o directrices, pueden constituirse en auténticas expresiones del poder de dirección, y no ya, en los términos de MARTIN

⁵⁹⁰ RIVAS, D., *La subordinación...*, p. 38; MANGARELLI, C., “Derechos del empleador...”, p. 14; ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 33.

⁵⁹¹ GORELLI, J., “Indicios de laboralidad...”, p. 57.

⁵⁹² SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 42.

VALVERDE, en una “coordinación de actividades” entre empresarios⁵⁹³. Efectivamente, sería posible que se genere una situación diferente a la de una coordinación de “las modalidades, el tiempo y el lugar de ejecución del trabajo”, que lógicamente pueden estar presentes en el trabajo autónomo⁵⁹⁴, en tanto y cuanto la imperatividad de su cumplimiento se induzca al menos de manera indirecta.

En este sentido, algunos pronunciamientos judiciales han hecho caudal en la compulsión que tiene el prestador de servicios en el cumplimiento de algunas recomendaciones e instrucciones impartidas por la plataforma digital, desde el momento en que su desacato pudiera derivar en malas calificaciones de los clientes, y a la postre, en penalizaciones adoptadas por el algoritmo -desde la disminución de la frecuencia de la adjudicación de tareas, hasta la desactivación y baja de la aplicación-. Es por ello que el análisis de dicho elemento debe ser complementado con los restantes poderes del empleador, en particular, con las potestades de control y disciplina del prestador del servicio.

A su vez, en algunos casos existe una palmaria presencia de la potestad de dirección referida al lugar de la prestación del trabajo. En concreto, en aquellas plataformas *offline* de reparto de mercaderías o de bienes, o incluso del transporte de pasajeros, la aplicación informática suele determinar unilateralmente el lugar en donde se debe ejecutar el servicio -el destino final-, así como la ruta para la entrega -por dónde tiene que circular el prestador-, siendo ello controlado mediante un sistema de geolocalización. Lo mismo ocurre con algunas plataformas *online*, al tener que ejecutarse el trabajo en un único y determinado sistema informático.

En relación al tiempo de trabajo, se ha señalado que cumple una función particular en el plano individual de las relaciones laborales, en

⁵⁹³ MARTIN VALVERDE, A., “El discreto retorno...”, p. 227.

⁵⁹⁴ RIVAS, D., “El trabajo autónomo”, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2000, p. 240.

tanto que “permite medir la subordinación”. En ese sentido, la regulación del tiempo de trabajo pone un coto al “dominio de la empresa sobre la vida del trabajador”, por lo cual opera “como límite de la sujeción del trabajador”⁵⁹⁵. Por ello es que el empleador puede dirigir al trabajador dentro de un margen de tiempo, al que la normativa comparada ha fijado y determinado, limitando precisamente la jornada laboral.

En el trabajo prestado mediante plataformas digitales, formalmente se idealiza sobre una presunta libertad horaria en favor de quienes ejecutan el servicio, y correlativamente, un derecho al rechazo de tareas cuando el trabajador lo estimare conveniente.

Sin embargo, además de lo anteriormente referido -que pone de manifiesto la compulsión práctica de destinar una gran cantidad de horas al trabajo y en las franjas horarias que la plataforma lo requiere, así como la imposibilidad material de recurrir al rechazo de asignación de tareas⁵⁹⁶-, debe agregarse que esta última posibilidad no constituye un elemento desequilibrador en favor de una presunta autonomía del prestador de servicios.

En efecto, tal como lo señala BELTRAN, la facultad de rechazo no es una nota característica exclusiva, ni novedosa de la economía de plataformas. Por el contrario, lo auténticamente innovador en comparación con el trabajo tradicional, “no es que el trabajador ‘pueda’ no dar cumplimiento a los sucesivos requerimientos empresariales (en este caso, la propuesta de cada nueva tarea), sino la decisión de la plataforma de tolerar (en mayor o menor grado) este tipo de comportamiento”. Asimismo, el autor enfatiza dicha conclusión, reforzándola con un fundamento normativo, al referirse a que el artículo 10 de la Directiva

⁵⁹⁵ SUPLOT, A. (Coord.), CASAS BAAMONDE, M., DE MUCK, J., HANAU, P., JOHANSSON, A., MEADOWS, P., MINGIONE, E., SALAIS, R., VAN DER HEIJDEN, P., *Trabajo y empleo...*, p. 104.

⁵⁹⁶ Cap. IV.III.II.

2019/1152 de la UE, reconoce en el trabajo por cuenta ajena que si el patrón de trabajo es imprevisible, los trabajadores pueden rechazar la tarea asignada -bajo ciertas condiciones-. De allí que plantee la siguiente interrogante: “si en una relación por cuenta ajena se reconoce [que el] ‘derecho al rechazo’ y la autoorganización no es una nota contraria al trabajo subordinado, ¿cómo es posible fundamentar el trabajo autónomo en las plataformas que prestan el servicio subyacente?”⁵⁹⁷.

La referida Directiva deja un amplio margen a los Estados para la transposición normativa de sus contenidos, por ejemplo, en cuanto a los contratos de trabajo a demanda o similares, incluidos los contratos de cero horas, en virtud de los cuales el empleador tiene la flexibilidad de llamar al trabajador para que trabaje como y cuando sea necesario. Precisamente, allí se dispone que si los Estados miembros autorizan el uso de aquellos contratos de trabajo, deberían adoptar una o varias de las siguientes medidas para 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 período determinado; c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas.

Sin embargo, tal libertad en la transposición se encuentra un tanto limitada al momento de definirse el contenido de la obligación de informar, en los casos en que el patrón de trabajo -la forma de organización del tiempo de trabajo y su distribución con arreglo a un estándar determinado por el empleador- sea total o mayoritariamente imprevisible. En ese sentido, el empleador debe informar al trabajador sobre: a) el principio de que el calendario de trabajo es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas y la remuneración del trabajo realizado

⁵⁹⁷ BELTRAN, I., “Directiva 2019...”.

fuera de las horas garantizadas; b) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje; y c) el período mínimo de preaviso a que tiene derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea y, en su caso, el plazo para la cancelación a que se refiere el artículo 10, apartado 3.

Asimismo, el referido artículo 10 dispone que si el patrón de trabajo de un trabajador es total o mayoritariamente imprevisible, los Estados miembros garantizarán que el empleador no obligue a trabajar al empleado a menos que se cumplan las dos condiciones siguientes: a) el trabajo tenga lugar en unas horas y unos días de referencia predeterminados, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso ii); y b) el empleador informe al trabajador de una tarea asignada con un preaviso razonable establecido de conformidad con la legislación, los convenios colectivos o la práctica nacionales, según lo mencionado en el artículo 4, apartado 2, letra m), inciso iii).

Consecuentemente, si no se cumple con uno o ninguno de los requisitos anteriormente descritos, el trabajador tendrá derecho a rechazar una tarea asignada sin que ello tenga consecuencias desfavorables.

A los precedentes argumentos se suma la consideración de que las plataformas que en los hechos ejercitan un control y dirección del servicio que brindan los trabajadores, “no podrán pretender que el margen de libertad que los mismos asumen en relación con la gestión del tiempo de trabajo compense y absorba ese poder de dirección”⁵⁹⁸.

En síntesis, en estos modelos flexibles de organización del trabajo, en los que se aduce una total libertad temporal del trabajador para la prestación de tareas, se refleja pues un dominio mayor por parte del empleador en el control del trabajador, no sujeto a ningún espacio

⁵⁹⁸ LÓPEZ, M., “Trabajo en plataformas...”, p. 77.

temporal determinado. En definitiva, la lógica empresarial se resume en dotar libertad horaria, para detentar como contrapartida un poder de dirección sobre el trabajador intensificado hacia un amplio espacio temporal.

IV.III.IV. Poder de control

Además de poder organizar la empresa y dictar instrucciones y directrices concretas en relación a la prestación de trabajo, el empleador también detenta la posibilidad de adoptar medidas de vigilancia y control con el fin de verificar el cumplimiento de la actividad del trabajador y su conformidad con tales instrucciones. De ese modo, se destaca que esta potestad se encuentra esencialmente en la posición contractual de dependencia y es extensible a cualquier obligación laboral del trabajador, con el límite de su dignidad y de la no discriminación⁵⁹⁹. Además, el fundamento de esta potestad se deriva de su desprendimiento de la potestad o derecho de dirección del empleador⁶⁰⁰.

Asimismo, en relación a esta potestad de vigilancia, CARBALLO indica que “el control directo sobre el modo de ejecución del servicio no constituye requisito insoslayable de la relación de trabajo. Se trata de la manifestación inequívoca -pero no exclusiva- de la subordinación”⁶⁰¹.

En efecto, en el caso del trabajo mediante plataformas digitales, “el sistema público de reputación o rating hacen innecesarias la supervisión y control empresarial típicos de las prestaciones laborales comunes”⁶⁰². Ello en virtud de que dicho control de la actividad laboral “se externaliza y lo realizan los propios clientes, de forma que es la valoración de estos últimos

⁵⁹⁹ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 596.

⁶⁰⁰ MANGARELLI, C., “Derechos del empleador...”, p. 17.

⁶⁰¹ CARBALLO, C., “Indicios de la...”.

⁶⁰² SERRANO, R., “Nuevas formas...”, p. 43.

lo que posiciona a los trabajadores en el ranking de la plataforma y, por tanto, lo que les posibilita tener más o menos encargos a través de ella”⁶⁰³.

En virtud de lo anteriormente expuesto, puede inferirse que las formas de control de la prestación de la actividad no han desaparecido, sino que en la actualidad se han transformado. En efecto, es posible detectar una delegación de la tarea del control hacia los propios clientes, para asegurar la calidad del servicio brindado. En función de ello, mediante las evaluaciones efectuadas y considerando dicha información, la plataforma digital toma decisiones organizacionales -dando mayor trabajo a quienes tienen mejores calificaciones-, y decidiendo el despido de los trabajadores mediante su desactivación⁶⁰⁴.

Expresiones modernas de control se evidencian a través de varios ejemplos. Tal es el caso de los sistemas de geolocalización instalados en los dispositivos móviles, que indican la posición en tiempo real del prestador de un servicio, así como todos sus movimientos, trayecto, pausas, tiempos de espera o reposo, velocidad, etc. Adviértase que tal instrumento constituye un medio de control potencialmente invasivo de la privacidad de un prestador de servicios, particularmente en las actividades de traslado, ya sea de bienes o mercaderías, como de personas. Precisamente, este mecanismo de vigilancia permite que la plataforma adquiera información trascendente, a los efectos de optimizar la organización y dirección de la empresa, en virtud de calificar a dicho prestador como uno que cumple la tarea de manera rápida o lenta, que sigue el recorrido más idóneo o se desvía del mismo, etc.

Si a este instrumento le sumamos el control efectuado por los usuarios del servicio -mediante la valoración del mismo-, queda expuesta la existencia de un mecanismo de vigilancia sumamente completo de la

⁶⁰³ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 2.

⁶⁰⁴ TODOLÍ, A., “Nuevos indicios de laboralidad...”, p. 231.

actividad laborativa, al incorporarse a ese cúmulo de información, las pretensiones y estándares exigidos por el cliente, que sirven de base para la mejor toma de decisiones en la empresa y para adoptar las medidas organizativas, directivas y disciplinarias pertinentes -decisiones que muchas veces son automatizadas mediante el algoritmo implementado a tales efectos-.

Este sistema de valoración permite cumplir una triple finalidad: por un lado, aumentar la satisfacción de los usuarios del servicio; segundo, lograr detectar sus preferencias; y finalmente, obtener información en relación a la conducta del trabajador a un costo reducido⁶⁰⁵.

Según señala DE STEFANO, este mecanismo de control genera un problema particularmente grave en el *crowdwork*, donde, en mayor medida que lo que sucede en el trabajo a demanda, a los clientes a menudo se les permite rechazar el trabajo realizado por los trabajadores *crowdworkers* y aún conservar los resultados de este trabajo; lo que puede llegar a abrir el camino a comportamientos oportunistas⁶⁰⁶.

La facultad de contralor también se refleja en otros casos cuando se verifica una consecuencia negativa para el trabajador, derivada de su apartamiento a las instrucciones de la plataforma. Tales realidades se han ventilado en varios conflictos judiciales, al denunciarse que el algoritmo suspende el envío tareas a quien se encuentra disponible para trabajar, con motivo de haberse rechazado previamente algunos encargos, o por no encontrarse disponible en las horas de mayor demanda, entre otros ejemplos similares. También se han verificado en la práctica situaciones en las que la consecuencia es aún más gravosa, al manifestarse en la

⁶⁰⁵ TODOLÍ, A., “La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación online y protección de datos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 427, CEF, Madrid, 2018, p. 66.

⁶⁰⁶ DE STEFANO, V., “Labour is not...”, p. 6.

desconexión de ese prestador del servicio, mediante su baja en la aplicación como sanción impuesta por la propia plataforma.

En un estudio efectuado por la OIT, se ha señalado que En las plataformas digitales de trabajo, la gestión mediante algoritmos va más allá de dirigir el trabajo y la planificación, llegando a controlar casi todos los aspectos del trabajo. Möhlmann y Zalmanson (2017) definen cinco características de la gestión mediante algoritmos: (1) seguimiento continuo de la conducta de los trabajadores; (2) constante evaluación del desempeño de los trabajadores mediante la revisión de los clientes, pero también mediante la aceptación o el rechazo del trabajo por parte del cliente; (3) implementación automática de decisiones, sin que intervenga un ser humano; (4) interacción de los trabajadores con un “sistema” en lugar de con seres humanos, privándolos de cualquier oportunidad de los comentarios, la conversación o la negociación con su supervisor, típico de trabajos fuera de Internet; y (5) poca transparencia. La poca transparencia proviene de prácticas comerciales competitivas que impiden que las plataformas revelen cómo funcionan los algoritmos, pero también por la naturaleza adaptable de los algoritmos, que modifican las decisiones según los datos recopilados⁶⁰⁷.

Un aspecto saliente del trabajo vía plataformas se refiere a la importancia destacable de la potestad de control, por sobre las potestades organizativas y directivas del empleador que tradicionalmente se detentaban. En efecto, según expresa CRUZ VILLALÓN, hoy en día la clave para detectar una manifestación de la subordinación, se puede verificar en el poder de control, en virtud de que las NTIC refuerzan “con inusitada intensidad la capacidad de control ‘just in time’ del trabajo”⁶⁰⁸.

⁶⁰⁷ OIT, *Las plataformas digitales...*, p. 10.

⁶⁰⁸ CRUZ VILLALÓN, J., “El concepto de trabajador...”, p. 40.

Tal importancia se revela además en los efectos que produce sobre los trabajadores, en tanto que, en términos indicados por ALOISI, el sistema de calificación los coloca en un período de prueba sin fin, lo que resulta en una mayor vulnerabilidad -o una mayor sensación de precariedad-⁶⁰⁹.

De lo anterior se deduce que en los hechos existen formas de dirigir y controlar el trabajo de los trabajadores de las plataformas digitales de manera similar o incluso más estricta que lo que ocurre en las relaciones laborales tradicionales, lo que ha llevado a DE STEFANO a calificar a esta situación, a la vez, como una “responsabilidad líquida” y un “control sólido” a cargo de las plataformas digitales⁶¹⁰.

De ese modo, DAVIDOV ha señalado que aunque las personas que trabajan fuera de una fábrica o una oficina experimentan un control menos directo sobre su actividad, no es tan inusual que las empresas empleen a personas fuera de los límites geográficos claros y aún así las controlen de diferentes maneras. Por ello, la tecnología constituye un elemento importante que permite a los empleadores mantener y fortalecer dicho control⁶¹¹.

Por ejemplo, en relación a la determinación del grado de control existente en la economía de plataformas, y analizando específicamente el caso del servicio de transporte de pasajeros de dos empresas concretas - Uber y Lyft-, SACHS ha destacado que la vigilancia resulta ser significativa, y equiparable a lo que hace un verdadero empleador. Ello porque las empresas: 1) solicitan comentarios y evaluaciones a los clientes, 2) establecen niveles de rendimiento relevantes, y luego, 3) toman decisiones de terminación del vínculo cuando los comentarios y

⁶⁰⁹ ALOISI, A., “Commoditized workers...”, p. 671.

⁶¹⁰ DE STEFANO, V., “Labour is not...”, pp. 6-8.

⁶¹¹ DAVIDOV, G., “The status of...”, p. 11.

valoraciones de los clientes revelen que los choferes no están cumpliendo con los niveles de rendimiento establecidos por las empresas⁶¹².

Ello ha autorizado a concluir que en el trabajo mediante plataformas digitales se puede verificar un control fuera de la empresa que es realizado a través de la inteligencia artificial, calificándose ilustrativamente como una subordinación virtual, cibernética o digital⁶¹³.

IV.III.V. Poder disciplinario

Otro factor de importancia a los efectos de comprobar una exteriorización de la subordinación, se vincula con la potestad disciplinaria que es propia del empleador en el desarrollo del vínculo laboral. Este poder ha sido considerado como un “contrapunto obligado del poder de dirección”, que es conferido al empresario por parte del ordenamiento jurídico para permitirle “reaccionar frente a los incumplimientos del trabajador”⁶¹⁴. En ese sentido, esta facultad es considerada como una consecuencia del poder de dirección, en tanto que si el empresario tiene la potestad para impartir órdenes en relación a la prestación laborativa, así como efectuar una vigilancia y control sobre la misma, va de suyo que sea necesario el reconocimiento de una potestad de aplicar sanciones a los trabajadores que incumplan con dichas directrices⁶¹⁵.

Extrapolando dichos conceptos al trabajo mediante plataformas digitales, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ destaca que

⁶¹² SACHS, B., “Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control”, *Onlabor*. Entrada del día 20 de mayo de 2015. Disponible en <https://onlabor.org/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/> [consultado el día 20 de enero de 2020].

⁶¹³ BARROSO, F., “Trabalho via aplicativos: subordinação virtual e reconhecimento de vínculo empregático. Presente, futuro ou passado?”, en BARROSO, F. (Org.), *Direito do Trabalho: inovações legislativas e suas novas caracterizações*, FASA, Recife, 2019, pp. 146-147.

⁶¹⁴ PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo...*, p. 596.

⁶¹⁵ MANGARELLI, C., “Derechos del empleador...”, p. 18.

no existen vías de comunicación fluida con la plataforma, ni siquiera cuando se producen incidentes graves en la prestación del servicio, lo que configura a esta clase de empresas como una especie de presencia invisible o gran hermano; y hay un temor extendido a ser desactivado de la *app* y, por tanto, a perder el acceso al trabajo (una especie de despido digital), sin previo aviso ni conocimiento de los motivos⁶¹⁶.

De manera que el análisis de las manifestaciones de la facultad sancionadora debe practicarse en conjunto con las restantes potestades, en tanto que el sometimiento al control exhaustivo referenciado precedentemente -con la exigencia constante de mayor conectividad y disponibilidad, tanto para tener mayores asignaciones de tareas, como para obtener mejores retribuciones en cantidad y calidad-, opera en forma correlativa con las presiones surgidas por posibles desactivaciones o malas calificaciones de los clientes que pueden perjudicar al trabajador -privándolo de su fuente de ingresos-.

La posibilidad de menguar la adjudicación de tareas al prestador del servicio, en virtud de su escala de calificación y evaluación previa, constituye un elemento que permite identificar el desarrollo de una típica manifestación sancionatoria, propia de la nota de la subordinación, y alejada de la eventual autonomía y libertad para ejercer un emprendimiento por cuenta propia. La misma conclusión se extrapola al hecho de concretar unilateralmente la desactivación de la cuenta del prestador, o al suspenderle la misma por no acatar determinadas instrucciones o reglas de comportamiento exigidas por la plataforma digital.

⁶¹⁶ RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía...”, p. 2.

V. Propuesta sistematizada del procedimiento y criterios para la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre el prestador de servicios y las plataformas digitales

A los efectos de la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre el prestador de servicios y las empresas titulares de plataformas digitales, el procedimiento y criterios sugeridos en el presente trabajo de investigación, postulan una sistematización que comprende tres etapas concretas de análisis, apelando a un método de indicios y su técnica tipológica o juicio de semejanza que debe ser aplicado en cada caso en concreto.

De ese modo, se deben verificar los siguientes extremos o hipótesis: en primer término, debe desentrañarse preliminarmente la naturaleza de la actividad cumplida por la plataforma digital; en segundo lugar, como cuestión cardinal será necesario practicar un estudio centrado en la comprobación de la autenticidad de la autonomía del prestador del servicio y la nota de la ajenidad -siendo este el punto neurálgico o principal-; y finalmente, a modo coadyuvante y accesorio del examen principal, corresponderá recurrir a un análisis de las restantes notas referidas a la prestación personal voluntaria, la onerosidad y la comprobación de las eventuales manifestaciones de la dependencia o subordinación.

V.I. Cuestión preliminar: la calificación de la naturaleza de la actividad cumplida por la plataforma digital

Como cuestión preliminar, para determinar la calificación del vínculo entre las plataformas digitales y los prestadores de servicios, resulta necesario desentrañar la naturaleza de la actividad de estas empresas. En efecto, en la economía de plataformas las mismas se identifican y describen como empresas que brindan servicios de la sociedad de la información en virtud del desarrollo de tecnología, limitando su actividad a la mera intermediación por la generación de un espacio virtual en donde concurren usuarios y prestadores -oferta y demanda de un bien o de un servicio-.

En tal escenario, si se comprobare que efectivamente la empresa limita su actividad de manera exclusiva a la intermediación entre oferta y demanda de un bien o servicio, ello determinaría la inexistencia de un vínculo laboral entre el prestador del servicio y la plataforma digital. Tal conclusión devendría del hecho de tratarse de una empresa de tecnología dedicada a brindar servicios propios de la sociedad de la información, sin incidencia alguna sobre el servicio subyacente ni sobre el prestador del mismo. En otras palabras, sin existir imposiciones, instrucciones, directrices u otro tipo de manifestaciones en relación al objeto trabajo. Por contraposición, la empresa dejará de ser intermediaria cuando ofrece algo más que simplemente poner en contacto al usuario con el prestador de un servicio.

De ahí que corresponda atender diferentes puntos concretos a los efectos de comprobar si la misma se trata de una plataforma horizontal que crea un espacio virtual donde demandante y ofertante de un bien o servicio interactúan de manera libre y negocian sus propias condiciones. De lo contrario, se trataría de una plataforma vertical integrada de manera profunda al mercado y que ofrece directamente el bien o servicio subyacente.

El primero de los elementos a analizar se refiere a desentrañar quién o quiénes organizan el servicio, determinan el precio del producto intercambiado, así como sus condiciones y formas de prestación. Tal extremo permitirá dilucidar la eventual existencia de un control e influencia de la plataforma digital sobre el servicio subyacente ofertado y sobre el prestador del mismo, así como la verificación de un interés en la organización de dicho servicio.

De modo que el hecho de que la plataforma dicte recomendaciones o sugerencias sobre la forma de ejecutar un servicio, así como que imponga determinadas exigencias o requisitos a los efectos de su prestación, constituyen indicadores del interés organizativo de su emprendimiento, alejándola de una mera plataforma intermediaria que brinda servicios de la sociedad de la información, y en su lugar, acercándola a la calificación propia de una empresa que oferta de manera efectiva el servicio subyacente.

El segundo de los aspectos de estudio es la dilucidación del componente clave o activo primordial para la ejecución de ese servicio. Este aspecto debe analizarse a la luz de una premisa básica: dicho activo, para ser considerado como definitorio, debe constituir la sustancia de la estructura empresarial organizativa montada para la prestación del servicio concreto, que permita identificarlo como la esencia de la marca.

El tercer extremo de importancia refiere a la implantación de un sistema de evaluación o de control de la calidad del servicio subyacente. La introducción de un mecanismo de evaluación de los prestadores del servicio -ya sea propia o indirecta, a cargo de los usuarios-, así como el control de la calidad del mismo -con la consecuente mayor asignación de trabajos a quienes tengan mejores calificaciones, o la suspensión de aquellos prestadores que no reúnan un nivel de calificación predeterminado-, constituirán señas suficientemente importantes para

reflejar el interés en organizar y controlar el servicio subyacente por parte la plataforma. En efecto, dicho extremo sería absolutamente incompatible con su consideración como mera intermediaria entre oferta y demanda de un servicio.

Consecuentemente, la definición de la naturaleza de la actividad de la empresa propietaria de la plataforma digital como oferente del servicio subyacente -en virtud de ejercer la organización y control de mismo-, determinará la necesidad de continuar con el análisis de los restantes criterios a los efectos de responder la interrogante sobre la naturaleza del vínculo que une a la misma con el prestador del servicio.

V.II. Criterio principal: la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario y la ajenidad

Partiendo desde la determinación positiva en cuanto a que la empresa propietaria de la plataforma digital brinda el servicio subyacente -en tanto dispone el activo principal para su ejecución, organiza el mismo o lo controla-, correspondería luego dilucidar si el prestador con quien se vincula se trata de un trabajador autónomo o uno por cuenta ajena.

A tales efectos, se torna trascendente la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador del servicio y la nota de ajenidad que es inherente a la relación de trabajo dependiente.

De ese modo, a los efectos de encuadrar el caso concreto en la figura del trabajador por cuenta propia, será necesario comprobar la existencia de una organización propia e independiente, donde el prestador aporte sus medios productivos, decida libremente el momento en el que trabajar, la carga de trabajo y la forma de ejecutar el mismo, y adquiera directamente los resultados y frutos de su actividad, asumiendo los riesgos empresariales.

Consecuentemente, la determinación de la auténtica autonomía de la condición de empresario del prestador, y en particular, de la presencia de la ajenidad y sus diversas especies -ajenidad en los frutos y/o beneficios y en los riesgos, ajenidad en la titularidad de los medios de producción, ajenidad en la marca y en el mercado e inserción del trabajador en la estructura organizativa de la empresa-, serán las piezas fundamentales y principales para este análisis.

Sintetizando, pueden determinarse las siguientes pautas conclusivas.

a) La acreditación de una cesión inicial de los frutos y/o utilidades del trabajo, así como la no asunción de los riesgos, constituyen expresiones del concepto genérico de la ajenidad, que reflejan la ausencia de autonomía real del prestador del servicio.

b) Similar conclusión se derivaría del hecho de constatarse que el prestador del servicio no es titular de los medios de producción esenciales para su ejecución. Tal es el caso, por ejemplo, cuando la aplicación o plataforma fuere considerada como el activo clave para el desarrollo de la actividad, sin la cual el prestador del servicio no podría desempeñar su labor ni acceder a la clientela, o ser requerido por los usuarios.

c) También se manifestaría una especie de ajenidad cuando quien sea titular de la marca no sea el prestador en concreto, sino la propia empresa propietaria de la plataforma digital, y al mismo tiempo, cuando esta se interponga en el mercado entre los usuarios y los prestadores del servicio.

d) A los efectos de evaluar la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador del servicio, también resulta fundamental la verificación de una eventual integración del trabajador en la estructura organizativa de la empresa. De ese modo, sin una estructura

y autonomía propias que sean necesarias para el desarrollo del servicio, sería posible considerar que el individuo se inserta en una organización ajena, y por ende, que existe una manifestación de la ajenidad. En concreto, si la empresa ofrece el servicio subyacente, y además, el individuo no posee una estructura organizativa empresarial propia, cumpliendo mediante su actividad con el fin productivo de la empresa, sería posible entender que el prestador se incorpora e inserta en la estructura organizativa de la propia plataforma.

V.III. Criterio coadyuvante: la acreditación de la prestación personal ejecutada de manera libre, con carácter oneroso y manifestaciones de la subordinación

Además de la necesaria comprobación del elemento de la ajenidad, siendo esta la nota que presenta las mayores dificultades prácticas y probatorias en el análisis del trabajo desarrollado a través de plataformas digitales, también se requeriría acreditar los restantes elementos típicos del contrato de trabajo, a saber, la prestación personal ejecutada de manera libre y con carácter oneroso.

A su vez, de forma coadyuvante a dicha evaluación, y en caso de que surgieren dudas interpretativas en relación a la ponderación de los elementos antes aludidos, sería útil la verificación de las eventuales manifestaciones de la subordinación que pudieran extraerse en cada caso concreto.

De ese modo, constatándose la exteriorización de los poderes de organización, dirección, control y disciplinario -cualesquiera de ellos de forma aislada e independiente-, sería posible completar el proceso propuesto para su calificación jurídica, en el sentido de la existencia de una relación de trabajo.

Asimismo, dichas potestades podrían inferirse acreditadas en mayor o menor grado dependiendo del alcance probatorio arribado en relación a la naturaleza de la actividad cumplida por la empresa propietaria de la plataforma digital. En efecto, si se confirmara que la misma ofrece efectivamente el servicio subyacente, sería posible extraer elementos que presupongan la laboralidad del vínculo entre el prestador del servicio y la plataforma, dado que nos situaríamos frente a una empresa que cumple y gestiona el servicio subyacente, ejerce un control decisivo e influyente sobre el mismo y asume la organización de la forma de su prestación - poder de control, organización y dirección sobre el trabajo y los trabajadores-.

CONCLUSIONES

1) A lo largo de la historia se han verificado múltiples variaciones en el mercado de trabajo, así como en las formas de organización empresarial. La introducción de tecnología ha influido determinantemente en dicho proceso y ha sido un factor con una presencia y renovaciones cada vez más crecientes. Es por ello que al día de hoy este elemento no es para nada novedoso para las estructuras empresariales y las modalidades de organización del trabajo. En efecto, en términos similares a los empleados por PALOMEQUE, parafraseando sus ideas, podría señalarse que la tecnología y su paulatina evolución constituyen “compañeros de viaje” del mercado laboral.

Así fue como en una época más primaria, la máquina a vapor constituyó un factor transformador en la renovada organización empresarial, lo que también ocurrió con la implantación de sistemas de producción fabril en serie, alimentando el consumo masivo de productos. La introducción de novedosos medios de transporte, como el automóvil, y el desarrollo de infraestructura para trasladar personas y bienes. Lo mismo ocurrió con mecanismos de codificación de información que facilitaron y agilizaron las tareas y la producción, como la computadora y los celulares, o incluso más actualmente mediante la automatización, la robotización, o avanzadas invenciones de software como los algoritmos, la inteligencia artificial y las plataformas digitales.

2) Muchas de estas innovaciones han influido de manera más o menos significativa en la fuerza de trabajo y la organización empresarial, al punto de postularse la sustitución de puestos de trabajo y su reemplazo por procesos automáticos, la extinción de determinadas actividades, o la creación de nuevos tipos de trabajo.

Sin perjuicio de no participarse de la idea o diagnóstico que se dirige a pronosticar el fin del trabajo, lo que sí parece adecuado es considerar que el trabajo tal y cual como era concebido y conocido en siglos pasados, se ha transformado. Uno de los factores tecnológicos que han influido en dicha mutación han sido precisamente las plataformas digitales, que, como instrumentos informáticos creados por el hombre, han servido como insumos empresariales y han resultado ser una fuente de alteración del mercado de trabajo.

3) Las plataformas digitales han despertado el interés de los distintos observadores del mercado laboral, al punto de construirse nóveles conceptos en torno a ellas, describiendo su vinculación con la economía y el trabajo, como nuevas categorías hasta entonces dialécticamente desconocidas. En efecto, se ha desarrollado la noción de un nuevo modelo económico colaborativo, sobre la base de describir aquella actividad en la que se ponen en contacto personas, mediante la intervención de una plataforma informática, con el fin de intercambiar bienes o servicios infrutilizados, con un objetivo absolutamente desinteresado o despojados de un fin de lucro.

Empero, aprovechando este nuevo ámbito de relacionamiento entre pares, facilitado enormemente por el uso de la tecnología, se han ido introduciendo nuevas formas de relacionamiento con la intervención de auténticas empresas con un objetivo netamente mercantil de obtener frutos e ingresos en dicho proceso de intercambio. Por ello, no han tardado aquellos otros observadores que se opusieran a catalogar estas nuevas realidades dentro del concepto colaborativo originario, al identificar en estas empresas una finalidad lucrativa y que se aleja de la mera intermediación entre sujetos, cuya participación se complejiza al punto de desarrollarse en los hechos una incidencia directa o influencia

decisiva en la relación, actividad y servicio desarrollado por las personas. Es por ello que se ha diferenciado a la típica economía colaborativa, de lo que ha sido denominado como la economía de las plataformas digitales comerciales, en donde en definitiva, se identifica que estas empresas además de crear tecnología, también se vinculan con determinados prestadores de servicios y organizan su actividad.

4) En el ámbito de la economía de plataformas digitales, pueden identificarse una multiplicidad de problemas fácticos del trabajo ejecutado por los prestadores últimos del servicio subyacente.

De ese modo, el primer aspecto lo constituye una marcada tendencia hacia la expansión formal de las fronteras del trabajo autónomo, en tanto que al menos discursivamente, las empresas titulares de plataformas consideran que su actividad se centra en el desarrollo de tecnología y en la intermediación entre la oferta y demanda de un bien o servicio, mientras que entienden que el prestador del mismo se trata de un auténtico trabajador autónomo. Ello ha llevado a la inaplicación del conjunto normativo del Derecho del Trabajo y a una inevitable precarización de las condiciones trabajo.

El segundo elemento importante en estos modelos se refiere a la laxitud del tiempo de trabajo, en tanto que dentro de esa premisa dialéctica, las empresas formalmente sostienen que los prestadores del servicio subyacente son libres para decidir cuándo, cómo y cuánto tiempo dedicar al trabajo, en consonancia con el postulado de su autonomía emprendedora. Empero las exigencias de los usuarios, así como la forma y monto de la remuneración y diversas decisiones empresariales de las plataformas han desvirtuado tal discurso. Ello ha llevado a que en los hechos, en lugar de existir una auténtica libertad de elección a cargo de los

prestadores, se verificara una constricción a trabajar, tanto en la cantidad, momentos y forma en que las plataformas lo determinen.

En tercer lugar, no menos importantes son los problemas referidos a la afectación a la salud y seguridad de estos prestadores, en tanto que se han verificado una serie de riesgos novedosos y no tan novedosos, que resultan ser exponenciales en comparación a los trabajos tradicionales. En ese sentido, se verifican riesgos de carácter físico y psicosociales importantes, derivados de malas condiciones laborales, así como de la implantación de algoritmos que acentúan los problemas de esta clase.

También se han evidenciado marcadas dificultades a la hora de adoptar cualquier tipo de medida de acción colectiva, en virtud de que el derecho de sindicación está gravemente afectado producto de la calificación formal de estos prestadores como trabajadores autónomos, así como de la falta de solidaridad entre estos derivada de las características inherentes al trabajo desarrollado mediante plataformas.

A estas particularidades se adicionan los inconvenientes de protección social, que pueden traducirse en una desprotección total o parcial, o una de carácter insuficiente, dependiendo de cada sistema en particular.

5) Las diversas dificultades detectadas en el trabajo prestado mediante plataformas, tienen una estricta relación con dos particulares problemas de calificación jurídica. En efecto, por un lado, constituye un foco de especial atención la determinación de la naturaleza de la actividad desarrollada por las empresas propietarias de plataformas digitales.

En concreto, existen importantes impugnaciones a la auto calificación de las mismas como empresas intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información, limitando su actividad al simple desarrollo de tecnología y a vincular la oferta y demanda de un bien o

servicio. En ese sentido, la calificación jurídica referida tiene una importancia superlativa en relación a una multiplicidad de temas regulatorios, a saber, en cuanto a requisitos constitutivos y del desarrollo de la actividad, que afectan aspectos tributarios, de competencia, administrativos, laborales, de seguridad social, etc.

En particular, la refutación a la calificación de dichas empresas como meras intermediarias deviene de la verificación fáctica de varios factores, que en su conjunto o de manera individual, permiten concluir que en los hechos la actividad desarrollada se circunscribe a la oferta y prestación del servicio subyacente ejecutado por los prestadores. Así, el hecho de que estas empresas ejerciten una influencia decisiva sobre la organización y dirección del servicio y de los propios prestadores del mismo, constituyen indicios más que suficientes para torcer la auto calificación efectuada por las empresas.

Varios ejemplos de respuestas normativas se han dirigido a determinar en forma expresa el alcance de la actividad de dichas plataformas, calificando su naturaleza, aunque no en todos los casos se ha coincidido con la misma solución, aún cuando los hechos pretendidamente regulados hayan sido similares o idénticos.

Sin perjuicio de estos intentos normativos que no han aportado ninguna certeza ni una solución concreta al problema de la calificación - dada la impugnación verificada a nivel judicial-, la doctrina ha coincidido en señalar algunos indicios relevantes para definir este problema. Sobre esta base, se ha coincidido en que para constituir una empresa auténticamente intermediaria, se torna necesario que la misma no intervenga en la fijación del precio del bien o servicio ofrecido subyacentemente, ni determine unilateralmente otras condiciones en relación a la ejecución del trabajo, ni que posea los activos claves para el desarrollo del mismo.

6) La cuestión de la calificación de la naturaleza de la actividad de dichas empresas tiene además una incidencia particular en otro problema de calificación jurídico abordado por gran parte de la doctrina y jurisprudencia comparada. En ese sentido, la naturaleza del vínculo entablado entre el prestador y la plataforma, está sensiblemente condicionado por la resolución del anterior problema.

De ese modo, si estas fueran meras intermediarias y no brindaren el servicio subyacente, la conclusión natural se deriva en determinar que el vínculo entre esas partes no puede constituirse en uno de carácter laboral.

En cambio, una conclusión contraria abre el camino para considerar que el prestador pueda concretarse en las figuras del trabajador autónomo o el trabajador dependiente, aunque existirían fuertes indicios que presumirían en favor de la laboralidad de dicha relación. Ello en virtud de que para concluir que la plataforma no es una empresa mera intermediaria, sino que brinda el servicio subyacente, se debe comprobar que esta ejerce un control decisivo e influyente sobre el servicio y la forma de prestación del mismo, es decir, un control sobre el trabajo y los trabajadores.

7) En relación a este segundo problema de calificación jurídico, naturalmente que existen ciertos límites a la libertad de elección entre la prestación de una actividad subordinada y autónoma, así como diferentes aproximaciones analíticas y posibles respuestas.

En cuanto a las limitaciones, cabe destacar que ciertas imposiciones de las disposiciones constitucionales así como del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales, constriñen la libertad de elección entre las modalidades de trabajo subordinado y autónomo.

Ese mismo límite se deriva del orden público y del principio de primacía de la realidad, en tanto que aunque las partes le asignen determinada naturaleza al vínculo, si en los hechos este se desarrolla de manera diferente, deberá primar lo que ocurra en la verdad material de la vida, imponiéndose eventualmente la aplicación de la normativa laboral imperativa.

Lo mismo ocurre con la autonomía de la voluntad del trabajador, en tanto que el Derecho del Trabajo le otorga un escaso valor, en virtud de que se encuentran en juego importantes bienes jurídicos y un conjunto de derechos con un contenido netamente protector, debiéndose salvaguardar ante los posibles exabruptos de imposiciones unilaterales del empleador.

8) También existen ciertas dificultades en el proceso de la calificación del vínculo que se relacionan con diferentes aproximaciones analíticas del tema.

Así, resulta lógico postular como primer obstáculo para resolver esta cuestión, el hecho de servirse de los instrumentos y principios propios del Derecho del Trabajo. En efecto, siendo discutida la relación jurídica de base, resultaría incongruente e insostenible jurídicamente intentar resolver la problemática utilizando la princiología de la disciplina.

Asimismo, el enfoque tradicional del alcance subjetivo del Derecho del Trabajo puede generar serios problemas en este proceso, incluso considerando las adaptaciones flexibles que ha adquirido el concepto de la subordinación a lo largo del tiempo.

En efecto, según esta concepción clásica, la relación laboral está definida generalmente por la concurrencia de cuatro elementos particulares, exigiéndose una prestación personal de trabajo, de carácter onerosa, así como la verificación de las notas de ajenidad y dependencia.

Incluso, esta última nota de la subordinación se eleva como la piedra angular a los efectos de la comprensión de determinada relación dentro del alcance de la disciplina, entendida tradicionalmente como un estado de sometimiento del trabajador a las órdenes e instrucciones impartidas por el empleador y una sujeción a la potestad disciplinaria a cargo de este último. La rigidez de dicha concepción se deriva además de la práctica y empleo del método subsuntivo de comprobación.

Sin perjuicio de dicha extrema rigidez, la insuficiencia de este criterio y método han propiciado una conceptualización más flexible de dicho elemento y el cambio hacia un criterio tipológico, con el fin de dar respuesta a las diferentes situaciones de huida o fuga del Derecho del Trabajo.

También se destacan aquellas propuestas expansivas del alcance subjetivo del Derecho Laboral, sobre la base de considerar aplicable la normativa a todos aquellos casos en que se verifique una dependencia económica, o una actividad productiva, o desplazando la normativa hacia la construcción de una nueva rama de Derecho Social de la actividad profesional, entre otros ejemplos.

9) Adicionalmente y conforme a la normativa vigente, los diferentes operadores jurídicos han analizado y aportado respuestas a la cuestión de calificación sobre la base de una bifurcación de soluciones concentradas en las figuras del trabajador autónomo o el trabajador dependiente.

Estos abordajes principalmente han partido de la base de que la tecnología no constituye un elemento que exija enfocar el estudio desde una perspectiva diferente a la que tradicionalmente se adoptara para determinar la existencia de una relación de trabajo. Por el contrario, en lugar de proferir discursos tecnológico-deterministas, tales como que el mundo del trabajo nunca asistió a semejante proceso de alteración, o que

las circunstancias y características del trabajo desarrollado mediante plataformas requiere de una reforma integral del ordenamiento jurídico, estas posturas se enfocan decididamente en el escrutinio de los elementos esenciales del contrato de trabajo y la dilucidación de su encuadre en estas realidades.

Así es que para parte de los observadores, el trabajo desarrollado mediante plataformas digitales se encuadra típicamente en la figura del trabajo autónomo. El argumento de partida para sostener dicha conclusión se deriva de la dilucidación del primer problema de calificación, con la consecuente identificación de que las referidas empresas son auténticas intermediarias entre oferta y demanda de bienes o servicios, limitando su actividad a la creación de tecnología y la prestación de servicios de la sociedad de la información. En otros casos, aún cuando no se coincide con dicha afirmación, se ha entendido que algunos elementos desarrollados en los hechos son incompatibles con la figura del trabajador dependiente; tal como lo es la libertad del prestador para elegir cuándo, cómo y cuánto trabajar, así como la posibilidad de que este decida sustituirse por otra persona, o que el prestador fuera titular de algunos instrumentos esenciales para el desarrollo del trabajo, entre otros fundamentos.

Por el contrario, quienes han considerado que la solución debe concretarse en identificar casos de falsos autónomos, con la consecuente necesidad de re-categorización de los vínculos hacia la figura del trabajador dependiente, han adoptado una lectura más flexible de la subordinación e incluso identificado indicios modernos de dicho elemento. El punto de partida en estas aristas de observación suele concentrarse en priorizar lo que ocurre en la realidad de los hechos, por sobre lo que las partes hayan consignado documentalmente. Por ello, en lugar de aceptar los términos establecidos expresamente en un acuerdo contractual, se suele desentrañar

la forma en que el trabajo es ejecutado. Así, aún cuando se advierta formalmente una libertad del prestador para decidir cuándo, cómo y cuánto trabajar, se ha priorizado que en los hechos tal libertad está fuertemente limitada por una multiplicidad de factores -desde la modalidad de remuneración a destajo, o la mayor remuneración en horarios escogidos por la plataforma, el control de los clientes y la posible suspensión y desactivación del prestador, la merma de la asignación de tareas en caso de bajas calificaciones o exceso de rechazos de actividades, etc.-.

Lo mismo ha ocurrido al analizar el elemento de la ajenidad, en tanto que en muchos casos se identifica en la realidad que el prestador es ajeno a los riesgos y a los frutos o beneficios de la actividad, así como a los medios productivos esenciales -la propia plataforma- y al mercado, no siendo siquiera titulares de la marca.

En relación a la subordinación, estas posturas también han destacado modernos indicios del ejercicio de los poderes de organización, dirección, control y disciplinario, concretados en instrucciones, cánones de comportamientos, suspensiones, desactivaciones, determinación del precio por parte de las plataformas, la integración de los prestadores dentro de la estructura organizativa de las plataformas, etc.

10) Otras líneas de observación han propuesto modelos de *lege ferenda*, al partir de la consideración de que la normativa vigente no resulta suficiente o es inadecuada para regular estas realidades.

Un primer modelo se concentra en bregar por la imposición de un mínimo de protección para toda persona que trabaje, bajo cualquier modalidad, consagrando unos derechos mínimos básicos, al margen de la calificación jurídica del vínculo que une a las partes.

Otra propuesta considera necesaria la creación de una relación laboral de carácter especial, con determinadas limitaciones protectoras en comparación con el trabajador dependiente tradicional.

Una tercer proposición, se decanta por la creación de una figura particular del trabajador autónomo, que se encontraría en la mitad del camino entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo para los trabajadores dependientes y la ausencia de protección, que es típica del trabajo autónomo, considerando prudente la aplicación concreta y limitada de determinados derechos consagrados para el trabajo subordinado.

En definitiva, se tratan de propuestas tecnológico-deterministas que desenfocan el punto jurídicamente relevante de necesaria respuesta, referido a la resolución del problema de categorías jurídicas señalado. Precisamente, ha de considerarse que el tema objeto de análisis se inscribe en una necesaria determinación de categorías jurídicas, en tanto que en definitiva, el epicentro lo constituye la interrogante de si estas formas de prestación de actividad laboral se configuran en el ámbito de una relación de trabajo dependiente o si por el contrario quedan fuera de ella. Es por ello que no es posible, ni tampoco debería ser admisible, buscar una solución normativa nueva sin antes verificar en qué categoría jurídica se inscribe la situación concreta.

También debe advertirse que una nueva regulación de derechos mínimos podría incluso asumir en muchos casos niveles de protección más reducidos que los propios del Derecho Laboral.

11) Por otro lado, la intervención normativa también ha incidido en este problema al intentar conferir una solución al mismo. Tal ha sido el caso de varios proyectos de ley en Argentina, Chile, Colombia y Perú, una propuesta electoral en el Estado de California de Estados Unidos, así

como la concreción del Decreto-Legislativo N° 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley N° 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia, o la Ley N° 5 del Estado de California de Estados Unidos y las Leyes francesas N° 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428; todas ellas con soluciones y formas de aproximación diversas.

12) El contenido propositivo de este trabajo de investigación se ha concretado en la proyección de criterios para la determinación de la naturaleza del vínculo entablado entre los prestadores de servicios y las plataformas digitales, partiendo de la base de la innecesaria introducción de una reforma normativa, sobre la base de considerar una revisión crítica de la centralidad del elemento de la subordinación y una revalorización del elemento de la ajenidad.

A tales efectos, resulta imprescindible destacar como cuestión metodológica previa, que desde el plano teórico, la relación de trabajo está determinada por la presencia de algunos caracteres concretos, a saber, la prestación de una actividad personal, la remuneración, la ajenidad y la subordinación. Sin embargo, dicho enunciado general derivado de la construcción dogmática de la disciplina no detenta de un grado de validez absoluto, en tanto que existen otros enunciados que convergen en la eliminación de alguno de dichos elementos, o que se enfocan en el desplazamiento a un plano subsidiario o complementario de alguno de ellos. Ello lleva a que la referida enunciación teórica no tenga una correlativa aplicación universal o uniforme en cada realidad normativa nacional, lo que conduce a admitir que no es posible efectuar un estudio abstracto para dar respuesta a la interrogante de la determinación de la naturaleza del vínculo aludida, sino que resultará necesario adecuarse a las particularidades de cada sistema jurídico en concreto, ya que en los hechos

existen ciertas características que influyen de manera más o menos significativa en el abordaje y resolución de esta temática.

A pesar de ello, existen otros enunciados dogmáticos en materia de determinación de la existencia de la relación de trabajo que están legitimados por ser representativos de la teoría reseñada, y además, presentan una destacada vocación de aplicación universal. En particular, estos se encuentran recogidos en la RIT N° 198 de la OIT, siendo calificados como representantes de la conciencia jurídica universal o que reflejan la doctrina más recibida universal.

En particular, dicha RIT consagra la aplicación de un método concreto para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, en tanto que se decanta por la técnica tipológica o del juicio de semejanza, al detallar los elementos indiciarios que influyen y deben ser considerados en dicho proceso. También se enuncian y definen ciertas condiciones que operan como indicios para la determinación de la existencia de una relación de trabajo; en concreto, la remuneración, la subordinación, la dependencia económica, la ajenidad, la prestación personal, la durabilidad y la exclusividad. Adicionalmente, se consagra a texto expreso una posición rupturista con referencia al elemento de la subordinación, al prescindir de la consideración del mismo como único elemento esencial para tipificar el contrato de trabajo.

13) El cuestionamiento de la centralidad del elemento de la subordinación se deriva de varios fundamentos.

En efecto, en primer término, la propia RIT N° 198 de la OIT adoptó esta lectura, al dotar de libertad a los países para que a través de la legislación interna se defina la relación de trabajo acudiendo, bien al concepto de subordinación, o bien a otros conceptos enunciados

expresamente por dicho instrumento internacional que operan como indicios.

En segundo término, el cuestionamiento de la subordinación como criterio definitorio o demarcatorio del límite entre la protección dispensada por el Derecho del Trabajo y la exclusión de su ámbito de aplicación, se deriva de las características mismas de este instituto.

En ese sentido, cabe considerar que el mismo tiene un alcance netamente jurídico, definido como una potestad a cargo del empleador que se manifiesta por la presencia de cuatro facultades en concreto: los poderes de organización, de dirección, de control y disciplinario. Ello conlleva naturalmente a considerar que por la sola decisión del empleador, la subordinación puede ser ejercida, o reservada y no ejercitada. Por tanto, parece lógico señalar que no resulta razonable hacer depender la verificación de uno de los eventuales elementos centrales del contrato, mediante la verificación de una cuestión jurídica y no fáctica, cuya manifestación depende de la voluntad de uno de los sujetos de la relación.

Consiguientemente, razonablemente se deduce que este elemento debiera ser considerado como un efecto potencial del contrato de trabajo, en el sentido de identificarlo abstractamente en un estado de latencia, en tanto que en la generalidad de los casos podrá ser ejercido por quien se atribuye la calidad de empleador, o eventualmente encontrarse hibernado y a la expectativa de su ulterior manifestación. En definitiva, las exteriorizaciones de la subordinación son absolutamente contingentes y no necesarias.

Ello autoriza a concluir que a la hora de la determinación de la existencia de la relación de trabajo, el elemento de la subordinación detentaría una importancia relegada, al menos en cuanto a la centralidad que tradicionalmente le fuera atribuida.

La conclusión apuntada se refuerza por las características del trabajo desarrollado mediante plataformas digitales, ya que, según indican algunos autores, en los hechos existe una particular “dejadez empresarial” en relación a las manifestaciones concretas de sus poderes inherentes a la situación de subordinación y una gran reserva de los mismos.

14) Como resultado, se propone un desplazamiento de la subordinación como elemento central para la determinación de la existencia de la relación de trabajo. Dicha proposición también se aparta del análisis clásico que se centra en la comprobación de los elementos esenciales del contrato de trabajo, efectuando una revisión de los mismos en función de si estos se verifican en la realidad; y en caso contrario, adoptando una conclusión de descarte, al inclinar la balanza hacia la inexistencia de una relación de trabajo.

Contrariamente, se postula que dicho análisis desenfoca el elemento que constituye el punto de referencia para la resolución y determinación definitiva del vínculo jurídico que une al prestador del servicio subyacente y las plataformas digitales.

Ciertamente, si se desentrañara en los hechos la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario de ese prestador que es atribuida formalmente por las plataformas digitales, sería posible superar las barreras inherentes a dicho proceso clásico de calificación.

15) Por una parte, en el presente trabajo se entiende que la comprobación de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios y la revalorización del elemento de la ajenidad se erigen como el criterio principal para la determinación de la existencia de la relación de trabajo.

En ese sentido, el procedimiento contiene marcadas ventajas, en tanto que pone el foco de atención en el cuestionamiento de la figura que formalmente surge de los documentos o las apariencias y que eventualmente es discutida por el prestador. Este mecanismo de análisis compara sus bases estructurales y elementos esenciales con lo que acontece en la realidad material, y evita las dificultades que plantea el criterio clásico para la determinación de la existencia de la relación de trabajo, que se limita al análisis preponderante de la concurrencia de la nota de la subordinación o dependencia.

Además, la técnica sugerida se centra en establecer el nivel de auténtica autonomía de la condición de empresario que virtualmente detenta el prestador del servicio, siendo que este constituye el elemento básico e imprescindible a los efectos de que jurídicamente se pueda desarrollar una prestación de trabajo independiente, y cuya verificación constituye a la vez que un requisito *sine qua non* para la procedencia de dicha calificación, también un elemento excluyente de la figura del trabajo dependiente o por cuenta ajena. En concreto, quien desenvuelve una actividad humana de forma personal, sin independencia técnica, económica, organizativa, estructural, productiva y de marca, no puede ser considerado como un trabajador autónomo.

En síntesis, a los efectos de la determinación de la naturaleza del vínculo que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales, el principal criterio reside en el análisis de la autenticidad de la autonomía de la condición de empresario del prestador, y en particular, de la presencia de la ajenidad en sus diversas proyecciones: ajenidad en los frutos y/o beneficios y en los riesgos; ajenidad en la titularidad de los medios de producción; ajenidad en la marca y en el mercado e inserción del trabajador en la estructura organizativa de la empresa.

16) El hecho de que un prestador de trabajo no determine por su propia y única voluntad el precio de sus servicios, constituye un fiel reflejo de la ajenidad en los frutos y de ausencia de autonomía. En efecto, quien se apropia de los frutos de su trabajo, lo hace organizando personalmente el mismo, determinando las tarifas de su servicio, negociando eventualmente con el cliente el precio del producto, estableciendo la modalidad de pago, asumiendo el cobro directo del mismo, etc. En ese sentido, los frutos del trabajo serían imputables exclusivamente a ese sujeto, así como las utilidades patrimoniales, y eventualmente, asumiendo los riesgos empresariales de dicho emprendimiento.

Por otro lado, en la economía de plataformas digitales en donde esa misma empresa brinda el servicio subyacente, sin lugar a dudas que junto con la marca los elementos productivos principales son la plataforma o aplicación tecnológica, que permite organizar y dirigir todos los factores de producción restantes que se convierten en accesorios.

Asimismo, la imposibilidad fáctica y/o jurídica de que ese prestador de servicios se inserte en el mercado ofreciendo su propia marca, debiendo hacerlo por cuenta ajena mediante una marca que no es de su propiedad, impide que su calificación sea la de un trabajador autónomo. En ese sentido, el hecho de que un cliente reconozca que los servicios ofrecidos son inherentes a la marca de la plataforma digital y no al concreto prestador de dicho servicio, es el elemento revelador de la existencia de la ajenidad en la marca.

Por otra parte, la integración del prestador dentro de la estructura organizativa de la empresa constituye otra especie de ajenidad relevante. Ello por cuanto que sin una estructura y autonomía propias, no sería posible identificar una modalidad de trabajo por cuenta propia, sino de trabajo por cuenta de otro -un tercero diferente del prestador-. Además, debe destacarse que si se considerara que la plataforma digital se dedica a

ofrecer el servicio subyacente, entonces cobra fuerza la admisión de que el prestador de dicho servicio se integra dentro de dicha estructura organizativa.

17) Como corolario del análisis principal apuntado, en caso de comprobarse de manera fehaciente y plena la falta de autonomía de la condición de empresario del prestador de servicios, mediante la acreditación de las especies de ajenidad, se concluiría irremediamente en considerar que la naturaleza de dicho vínculo sea de carácter laboral, y por ende esté alcanzada por la protección del Derecho del Trabajo.

Ello siempre y cuando, de manera coadyuvante, sean acreditados en cada caso concreto los restantes elementos esenciales del contrato de trabajo, a saber, la prestación de carácter personal ejecutada de forma libre y con carácter oneroso.

De lo que se sigue que la presencia de indicios reveladores de la ajenidad en los frutos y/o beneficios y en los riesgos, así como de la ajenidad en la titularidad de los medios de producción, la ajenidad en la marca y en el mercado y la inserción del trabajador en la estructura organizativa de la empresa, además de acreditar uno de los elementos esenciales del contrato de trabajo -ajenidad-, reflejarán presupuestos constitutivos de los poderes de organización, de dirección, de control y disciplinario a cargo del empleador.

No obstante, en caso de surgir auténticas dudas a la hora de comprobar el criterio principal sugerido, cobraría importancia el análisis de las eventuales manifestaciones de la subordinación. De ahí que la verificación del ejercicio de alguno de los poderes de organización, dirección, control o disciplinario, integraría el examen complementario, considerando que la presencia de cualquiera de ellos en forma aislada,

representaría una incompatibilidad manifiesta con la pretendida autonomía del trabajador.

18) La prestación personal voluntaria y de carácter oneroso no suelen representar mayores dificultades de análisis en el trabajo desarrollado a través de plataformas, en tanto que la controversia principal suele estar centrada en la ajenidad y la subordinación.

En función de ello, para detectar alguna de las manifestaciones contingentes de la subordinación, cobran relevancia varios aspectos particulares del trabajo en estas realidades.

En primer término, el análisis se enriquecerá luego de haberse abordado el primer problema de calificación referido a la determinación de la actividad cumplida por las plataformas digitales. En ese sentido, si la empresa brinda el servicio subyacente, se verificarían ciertos efectos importantes en relación a la subordinación, en tanto que se podría haber acreditado en los hechos que se verifica un control decisivo e influyente sobre el servicio y la forma de prestación del mismo.

En segundo lugar, son múltiples los indicios del ejercicio del poder de organización a cargo del empleador. La fijación del precio del servicio canalizada por intermedio del algoritmo, así como la gestión del cobro del mismo, la posesión de los datos informativos relevantes para la toma de decisiones empresariales, tales como la asignación de trabajos y distribución de clientes, la instrumentación de un proceso de selección de los prestadores del servicio, la creación de sistemas de apoyo a los prestadores, entre otros ejemplos, son indicios de esa potestad.

Inclusive, existen varias expresiones prácticas que confluyen en mitigar la presunta libertad de elección del momento y la extensión del trabajo a cargo del prestador, que presumiblemente constituiría un elemento incompatible con el ejercicio del poder de organización propio

del empleador. En efecto, la potestad de organización empresarial no se vacía desde el momento en que resulta intrascendente si algún prestador en concreto no puede o decide no estar disponible en algunos períodos en particular, en tanto que existe un concierto convergente y multitudinario de ofertantes, que permite a la plataforma tener el servicio cubierto en todo momento. Asimismo, el sistema de retribución usualmente adoptado en esta clase de situaciones limita considerablemente la formal libertad aludida. Al encontrarse ligada la retribución a la prestación efectiva del servicio, así como al remunerarse de mejor manera cuando este es ejecutado en las franjas horarias de mayor demanda, se produce un intenso condicionamiento tanto para encontrarse activo y disponible en un mayor número de horas, como para hacerlo en aquellas en donde la plataforma digital necesita por requerimientos del mercado y del consumo, un volumen más amplio de trabajadores a disposición.

En otro aspecto, en la casuística también existen expresiones del ejercicio del poder de dirección. A modo ejemplificativo, las recomendaciones o sugerencias de comportamiento se concretan en una dirección intensa al encontrarse ligado su cumplimiento con los procesos de evaluación dispuestos por la plataforma, cuyo resultado puede provocar la suspensión o desactivación de un prestador del servicio, o la merma en la asignación de tareas.

Por otra parte, no son pocos los indicios relevados en cuanto al ejercicio de la potestad de vigilancia por las plataformas. Generalmente, la mayor influencia de este poder se concentra en la instrumentación del sistema de control mediante la solicitud de evaluación del trabajo a cargo de los usuarios. Del mismo modo, otros medios de control son ejercidos mediante novedosos instrumentos tecnológicos, como los sistemas de geolocalización implementados generalmente en las plataformas *offline*.

Incluso, de ello se ha derivado en considerar que los mecanismos de control son potencialmente más invasivos y más estrictos que los presentes en las relaciones de trabajo más tradicionales.

Por último, el elemento que en forma más evidente se patentiza en los hechos, se refiere al ejercicio de la potestad sancionadora. Aún cuando estadísticamente fuere ocasional su manifestación, el hecho de suspender la cuenta de un prestador o desactivarle el acceso a la misma, constituyen expresiones típicas de la disciplina inherente a una relación de trabajo dependiente.

BIBLIOGRAFÍA

- AGOTE, R., “La reforma laboral francesa otorga derechos laborales a los trabajadores independientes que presten sus servicios en la gig economy”, *Blog Cuatrecasas*. Entrada de Blog del día 20 de octubre de 2016. Disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/la-reforma-laboral-francesa-otorga-derechos-tipicamente-laborales-a-los-trabajadores-independientes-que-presten-sus-servicios-en-la-gig-economy/>.
- AGOTE, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSLabor*, 1/2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017. Disponible en <https://www.raco.cat/index.php/IUSLabor/article/view/327022/417507>.
- AGRAWAL, A., GANSA, J. y GOLDFARB, A., 2018. *Prediction machines: The simple economics of artificial intelligence*, Harvard Business Review Press, Boston, 2018. Disponible en <http://pombo.free.fr/agrawal2018.pdf>.
- ALAMEDA, M., *Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LA LEY 15181/2018.
- ALARCÓN, M., “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 28, Civitas, Madrid, 1986.
- ALBURQUERQUE, R., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Santo Domingo, 1995.
- ALOISI, A., “Commoditized workers: case study research on Labour Law issues arising from a set of ‘on-demand/gig economy’ platforms”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 37, N° 3, 2016. Disponible en

https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2792331_c0de2428967.pdf?abstractid=2637485&mirid=1.

ALOISI, A. y DE STEFANO, V., “Il decreto *riders* fuori tempo massimo: un anno di attesa per consegnare un ‘pacco’”, *Diritti Comparati*. Entrada del día 4 de octubre de 2019. Disponible en <http://www.diritticomparati.it/il-decreto-riders-fuori-tempo-massimo-un-anno-di-attesa-per-consegnare-un-pacco/>.

ALOISI, A. y DE STEFANO, V., “La reglamentación y el futuro del trabajo. La relación de trabajo como factor de innovación”, *Revista Internacional del Trabajo*, OIT, vol. 139, núm. 1, 2020. Disponible en <https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/ilrs.12150>.

ALONSO GARCÍA, M., *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch, 1958.

ALONSO OLEA, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 1994.

ALONSO OLEA, M. y CASAS BAAMONDE, M., *Derecho del Trabajo*, Décima Edición, Universidad de Madrid – Facultad de Derecho, Madrid, 1988.

ARAGÜEZ, L., “Nuevos modelos de economía compartida: *Uber Economy* como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, N° 1, ADAPT University Press, 2017. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/458/613.

AUTOR, D. y DORN, D., “The growth of low-skill service jobs and the polarization of the U.S. labor market”, *American Economic Review*, 103, 2013. Disponible en <https://www.ddorn.net/papers/Autor-Dorn-LowSkillServices-Polarization.pdf>.

- BANCO MUNDIAL, *The Global Opportunity in Online Outsourcing*, 2015.
Disponible en <http://documents.worldbank.org/curated/en/138371468000900555/pdf/ACS14228-ESW-white-cover-P149016-Box391478B-PUBLIC-World-Bank-Global-OO-Study-WB-Rpt-FinalS.pdf>.
- BARASSI, L. *Diritto del Lavoro e assicurazioni sociali*, Milano, Giuffrè Ed., 1930.
- BARASSI, L., *Il contrato di lavoro nel diritto positivo italiano*, Milano-Napoli, 1915.
- BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Volumen 1, Segunda Edición, FCU, Montevideo, 1995.
- BARBAGELATA, H., *Derecho del Trabajo*, Tomo I, Volumen 2, Tercera Edición, FCU, Montevideo, 2007.
- BARBAGELATA, H., “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, *El trabajo y la constitución. Estudios en homenaje al Profesor Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2003.
- BARBAGELATA, H., “El bloque de constitucionalidad de los derechos humanos laborales”, *El particularismo del Derecho del Trabajo y los Derechos Humanos*, FCU, Montevideo, 2009.
- BARBAGELATA, H., “La consagración legislativa y jurisprudencial del bloque de constitucionalidad de los derechos humanos”, *rev. Derecho Laboral*, N° 237, FCU, Montevideo, 2010.
- BARRETTO, H., “La determinación de la relación de trabajo en la Recomendación 198 y el fin del discurso único de la subordinación jurídica”, *rev. Derecho Laboral*, N° 225, FCU, Montevideo, 2007.
- BARROSO, F., “Trabalho via aplicativos: subordinação virtual e reconhecimento de vínculo empregatício. Presente, futuro ou

- passado?”), en BARROSO, F. (Org.), *Direito do Trabalho: inovações legislativas e suas novas caracterizações*, FASA, Recife, 2019.
- BAYLOS, A., “Irrupción del cambio tecnológico y discurso sobre la crisis”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 1 de junio de 2019. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2019/06/irrupcion-del-cambio-tecnologico-y.html>.
- BAYLOS, A., “La ‘huida’ del derecho del trabajo: tendencias y límites de la deslaboralización”, en Manuel Ramón Alarcón y María del Mar Mirón (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- BAYÓN CHACÓN, G. “El ámbito de aplicación personal de las normas del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, Nº 71, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1966.
- BAYÓN CHACÓN, G., “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo”, *Revista de Derecho Privado*, T. XLV, España, 1961.
- BAYÓN CHACÓN, G. y PÉREZ BOTIJA, E., *Manual de Derecho del Trabajo*, 11ª edición, Marcial Pons, Madrid, 1978.
- BEAUDONNET, X., *Derecho internacional del trabajo y derecho interno: Manual de formación para jueces, juristas y docentes en derecho*, Centro Internacional de Formación de la OIT, Turín, 2009.
- BELTRAN, I., “Directiva 2019/1152 y «derecho al rechazo»: los riders/glovers son trabajadores por cuenta ajena”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Entrada de Blog del día 11 de noviembre de 2019. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/11/11/directiva-2019-1152-y-derecho-al-rechazo-los-riders-glovers-son-trabajadores-por-cuenta-ajena/>.

- BELTRAN, I., “Economía de las plataformas (*platform economy*) y contrato de trabajo”. *Ponencia XXIX Jornades Catalanes de Dret Social (marzo'18)*. Disponible en <https://www.academia.edu/>.
- BELTRAN, I., “Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Chile, France, Italy, Nederland, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Entrada de Blog del día 9 de diciembre de 2018. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain/#spa1>.
- BELTRAN, I., “Riders de Glovo: ¿trabajadores o TRADEs? (¿hasta qué punto estamos “apegados” a nuestras ideas?)”, *Una mirada crítica a las relaciones laborales*. Entrada de Blog del día 18 de febrero de 2019. Disponible en <https://ignasibeltran.com/2019/02/18/riders-de-glovo-trabajadores-o-trades-hasta-que-punto-estamos-apegados-a-nuestras-ideas/>.
- BERG, J. y DE STEFANO, V., “It’s time to regulate the gig economy”, *Sheffield Political Economy Research Institute (SPERI)*. Entrada de Blog del día 18 de abril de 2017. Disponible en <http://speri.dept.shef.ac.uk/2017/04/17/its-time-to-regulate-the-gig-economy/>.
- BESSEN, J., “Trabajo y tecnología”, *Finanzas & Desarrollo*, Vol. 52, N° 1, Fondo Monetario Internacional, Estados Unidos, 2015. Disponible en <https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2015/03/pdf/bessen.pdf>.

- BIDART CAMPOS, G., *Tratado elemental de derecho constitucional argentino*, Nueva edición ampliada y actualizada a 2000- 2001, Tomo I-B, Ed. Ediar, Buenos Aires, 2001.
- BRIA, F., “Ingreso básico y precariedad laboral en la economía de los robots”, *Nueva Sociedad*, N° 279, Enero-Febrero, Nueva Sociedad, 2019. Disponible en https://nuso.org/media/articles/downloads/7.TC_Bria_279.pdf.
- CAAMAÑO, E., *La parasubordinación o trabajo autónomo económicamente dependiente. El empleo en las fronteras del Derecho del Trabajo*. Disponible en <https://docplayer.es/32904543-La-parasubordinacion-o-trabajo-autonomo-economicamente-dependiente-el-empleo-en-las-fronteras-del-derecho-del-trabajo.html>.
- CABANELLAS, G., *Compendio de Derecho Laboral*, Tomo I, Heliasta, Buenos Aires, 2001.
- CABANELLAS, G., *Contrato de Trabajo*, V.I., Bibliográfica Omeba, 1963.
- CABANELLAS, G., *Tratado de Derecho Laboral*, Ed. Bibliográfica Omeba, Buenos Aires, 1963.
- CABRERA BAZÁN, J., “Fuentes del derecho del trabajo”, *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1997.
- CADENA, A., LUND, S., BUGHIN, J. y MANYIKA, J., “El salto de productividad”, *Robotlución. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina*, N° 42, Año 21, Agosto, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID-INTAL), 2017. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Revista-Integración--Comercio-Año-21-No-42-Agosto-2017-Robot->

[lución-el-futuro-del-trabajo-en-la-integración-40-de-América-Latina.pdf](#).

CALVO, F., “Uberpop como servicio de la sociedad de la información o como empresa de transporte: su importancia para y desde el derecho del trabajo”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

CAMERLYNCK, G. y LYON-CAEN, G., *Derecho del Trabajo*, Ramírez, J. (Trad.), Biblioteca Jurídica Aguilar, Madrid, 1974.

CANALS, C., “Automatización: el miedo del trabajador”, *Las nuevas tecnologías y el mercado de trabajo*, CaixaBank Research, 2016. Disponible en <http://www.caixabankresearch.com/automatizacion-el-miedo-del-trabajador-d1>.

CAPARRÓS, L., “Acción colectiva y prestación de servicios en la economía de plataformas”, *Revista derecho del trabajo*, N° 22, La Ley Uruguay, 2019.

CAPARRÓS, F., “Sobre el fundamento de la idea básica del Derecho del Trabajo. Algunas propuestas a partir de las ideas particulares y sus rasgos definitorios”, *El Derecho del Trabajo en tiempo de cambios. En honor de Adrián Goldin*, EDIAR, Buenos Aires, 2017.

CAPPONI, F. y PELUSI, L., “Le nuove tutele del lavoro tramite piattaforma ‘anche’ digitale: commento al d.l. n. 101/2019”, *Bollettino ADAPT*, N° 31. Entrada del día 9 de septiembre de 2019. Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/9-settembre-2019-n-31/>.

CARBALLO, C., “Indicios de la relación de trabajo y empresa digital” (conferencia, *I Congreso Internacional de Seguridad Social y el mundo del trabajo - XIV Seminario Internacional del Derecho Laboral y Seguridad Social*, Universidad Libre, Bogotá, 23 de agosto de 2019).

- CARBALLO, C., “Patrono y Empresa. Revisita a propósito del trabajo mediante plataformas digitales”, *Tripalium. Justicia Social y Trabajo Decente*, Vol. I, N° 1, 2019. Disponible en www.tripaliumsite.wordpress.com.
- CARNELUTTI, F., *Studi di Diritto Industriale*, Athenaeum, Roma, 1916.
- CASAS BAAMONDE, M., “Las transformaciones del Derecho del Trabajo y el futuro del Derecho del Trabajo”, en Manuel Ramón Alarcón y María del Mar Mirón (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Barcelona, 2000.
- CASTELLO, A., “De la fuerza expansiva a la reducción del círculo de sujetos protegidos por el Derecho Laboral. Una nueva tendencia de fines del siglo XX”, *rev. Derecho Laboral*, N° 190, FCU, Montevideo, 1998.
- CAVAS, F., “Los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa: una aproximación jurídico-laboral”, en ALFONSO, R. y VALERO, J. (Dir.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.
- CEDROLA, G., “El trabajo en la era digital: reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, *Revista de Derecho de la Universidad de Montevideo*, N° 31, Universidad de Montevideo, 2017.
- CESARINO JÚNIOR, A., *Direito Social brasileiro*, Livraria Martins, San Pablo, 1940.
- CHERRY, M., “Beyond misclassification: the digital transformation of work”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, N° 2016-2, 2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2772652_code375811.pdf?abstractid=2734288&mirid=1.

- COLIN, A. y CAPITANT, H., *Curso Elemental de Derecho Civil*, traducción española, volumen IV, Reus, Madrid, 1955.
- COMISIÓN EUROPEA, “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones”, *Agenda Europea para la Economía Colaborativa*, 2016. Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/>.
- COMISIÓN EUROPEA, *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*, 2016. Disponible en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html.
- CRUZ VILLALÓN, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de derecho social*, N° 83, 2018.
- CRUZ VILLALÓN, J. “El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- D’ ANTONA, M., “La subordinazione e oltre, una teoría guiridica per il lavoro que cambia”, *Lavoro subordinato e dintorni*, Editrice Il Mulino, 1989.
- DAGNINO, E., “Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy”, *Revista Derecho Social y Empresa*, N° 6, Dykinson, España, 2016. Disponible en <https://www.dykinson.com/cart/download/articulos/8058/>.
- DAGNINO, E., “Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery”, *Working Paper ADAPT*, N° 4, 2019. Disponible en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52981/mod_resource/content/0/wp_2019_4_dagnino.pdf.

- DAGNINO, E., “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, N° 3, ADAPT University Press, 2015. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/303/391.
- DAÜBLER, W., *Derecho del Trabajo*, OJEDA AVILÉS, A. (Revisión), ACERO, M. y ACERO, P. (Traducción.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1994.
- DAVIDOV, G., “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, V. 6, N° 1-2, Labor Law, Economics Changes and New Society Research Group - Carlos III University of Madrid, 2017. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/SLLERJ/article/view/3921/2477>.
- DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo*, Vol. I, Depalma, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1968.
- DE FERRARI, F., *Derecho del Trabajo*, Vol. II, Depalma, 2ª edición actualizada, Buenos Aires, 1969.
- DE LA CUEVA, M., *Derecho mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México D.F., 1949.
- DE LEÓN, L., y PIZZO, N., *Trabajo a través de plataformas digitales*, FCU, Montevideo, 2019.
- DE STEFANO, V. y ALOISI, A., *European legal framework for “digital labour platforms”*, Comisión Europea - Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2018. Disponible en https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112243/jrc112243_legal_framework_digital_labour_platforms_final.pdf.
- DE STEFANO, V., “Introduction: automation, artificial intelligence, and labour protection”, *Comparative Labor Law and Policy Journal*, Vol. 41,

- Nº 1, 2019. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3403837_cede1192939.pdf?abstractid=3403837&mirid=1&type=2.
- DE STEFANO, V., “La ‘gig economy’ y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta sindical. Reflexión y debate*, Nº 27, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2016. Disponible en <https://www.ccoo.es/>.
- DE STEFANO, V., “Labour is not a technology - Reasserting the Declaration of Philadelphia in times of platform-work and gig-economy”, *IUSLabor*, 2/2017, Universitat Pompeu Fabra, 2017. Disponible en https://www.upf.edu/documents/3885005/58976718/Labour_is_not_technology_DeStefano.pdf/f0ae7b4f-d39e-0ff7-1421-2cb0eb512977.
- DE STEFANO, V., “Non-Standard Work and Limits on Freedom of Association: A Human Rights-Based Approach”, *Industrial Law Journal*, Vol. 46, Nº 2, Industrial Law Society, 2017.
- DE STEFANO, V., “The rise of the ‘just in time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig economy’”, *Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch, Conditions of Work and Employment Series*, Nº 71, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2016. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.
- DEGRYSE, C., *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, European Trade Union Institute, Bruselas, 2016. Disponible en <https://www.etui.org/fr/content/download/22130/184851/file/ver+2+web+version+Working+Paper+2016+02-EN+digitalisation.pdf>.

- DURAND, P. y JAUSSAUD, R., *Traité de droit du travail*, Dalloz, 1947.
- ERMIDA URIARTE, O., “El concepto de subordinación o dependencia en el Derecho Laboral y de la Seguridad Social”, *Revista Tributaria*, T. X, N° 52, Instituto Uruguayo de Estudios Tributarios, Montevideo, 1983.
- ERMIDA URIARTE, O., “La Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo (2006)”, *rev. Derecho Laboral*, N° 223, FCU, Montevideo, 2006.
- ERMIDA URIARTE, O., “Meditación sobre el Derecho del trabajo”, *Cuadernillos de la Fundación Electra*, N° 1, Fundación Electra, Montevideo, 2011.
- ERMIDA URIARTE, O. y HERNÁNDEZ, O., “Crítica de la subordinación”, *Ius et veritas*, N° 25, Asociación Civil IUS ET VERITAS, Lima, 2002.
- EUROFOUND, *Trabajo en plataformas: ¿Maximización del potencial al tiempo que se salvaguardan los estándares?*, Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo, 2019. Disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19045es.pdf.
- FERNÁNDEZ AVILÉS, J. (Dir), *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, Secretaría de Salud Laboral y Medio Ambiente de UGT-CEC, 2018.
- FERNÁNDEZ, H., “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno ‘Uber’: la llamada ‘economía disruptiva’”, *rev. Derecho Laboral*, N°. 261, FCU, Montevideo, 2016.
- FERRANDO, M., “La tutela colectiva de los derechos de los trabajadores que operan a través de plataformas colaborativas”, en ALFONSO, R. y VALERO, J. (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.

Frankfurt Paper on Platform-Based Work. Proposals for platform operators, clients, policy makers, workers, and worker organizations, 06.12.2016. Disponible en

https://www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf.

FREEDLAND, M. y PRASSL, J., “Employees, workers and the ‘sharing economy’ Changing practices and changing concepts in The United Kingdom”, *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, V. 6, Nº 1-2, Labor Law, Economics Changes and New Society Research Group - Carlos III University of Madrid, 2017. Disponible en <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/SLLERJ/article/view/3922>.

FREY, C. y OSBORNE, M., “The future of employment: how susceptible are jobs to computerisation?”, *Oxford Martin Programme on the Impacts of Future Technology*, 2013. Disponible en https://www.oxfordmartin.ox.ac.uk/downloads/academic/The_Future_of_Employment.pdf.

GALANTINO, L., *Diritto del lavoro*, Giappichelli, Torino, 1992.

GARMENDIA, M., *Orden público y Derecho del Trabajo*, La Ley, Montevideo, 2016.

GAUTHIER, G., “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”. Disponible en <https://adriantodoli.com/wp-content/uploads/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnologc3adas-en-el-mundo-del-trabajo.pdf>.

GAUTHIER, G., “Una relectura de la subordinación: la incipiente jurisprudencia sobre la naturaleza del vínculo entre UBER y los conductores”, en TODOLÍ, A. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018.

- GHEZZI, G. y ROMAGNOLI, U. *Il rapporto de lavoro*, Zanichelli, Bologna, 1984.
- GINÈS, A. y GÁLVEZ, S., “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret*, N° 1, Barcelona, 2016. Disponible en http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf.
- GODINEZ, A., “El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 54, Wolters Kluwer, España, 2019.
- GOERLICH, J. y GARCÍA, M., “Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma”, en PÉREZ DE LOS COBOS, F., (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018.
- GOLDIN, A., “Los trabajadores de plataforma y su regulación en la Argentina”, *Documentos de Proyectos* (LC/TS.2020/44), Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), Santiago, 2020, p. 23. Disponible en <https://www.cepal.org/es/publicaciones/45614-trabajadores-plataforma-su-regulacion-la-argentina>.
- GONZÁLEZ, S., “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, N° 138, 2017.
- GORELLI, J., “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (crowdsourcing offline)”, *Revista de Derecho Social*, N° 86, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.
- GORELLI, J., “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo”, *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva*.

- Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019.
- GOSDAL, T., “Principais Instrumentos de Direitos Humanos e o Trabalho Decente”, en Jouberto De Quadros Pessoa Cavalcante y Marco Antônio César Villatore (Coords.), *Direito Internacional do Trabalho e a Organização Internacional do Trabalho. Trabalho Decente*, LTR, San Pablo, 2017.
- GRAMANO, E., “Contribución al debate sobre trabajo y gig economy a la luz del ordenamiento jurídico italiano”, *Revista de Derecho Social*, N° 85, Editorial Bomarzo, Albacete, 2019.
- HARRIS, S. y KRUEGER, A., “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The ‘Independent Worker’”, *The Hamilton Project*, Discussion Paper 2015-10, 2015. Disponible en https://www.hamiltonproject.org/assets/files/modernizing_labor_laws_for_twenty_first_century_work_krueger_harris.pdf.
- HUECK, A. y NIPPERDEY, H.C., *Compendio de Derecho del Trabajo*, Editorial Revista de Derecho Privado, traducción española por Miguel Rodríguez Piñero y Luis Enrique de la Villa, Madrid, 1963.
- INTENDENCIA DE MONTEVIDEO, *Estudio sobre el funcionamiento del sector de transporte por aplicaciones y sus consecuencias en el sector de transporte oneroso de pasajeros en la ciudad de Montevideo*, 2019. Disponible en <http://www.montevideo.gub.uy/sites/default/files/biblioteca/informefinalt.oneroso12032019.pdf>.
- ISABELLA, F., “¿Qué hacer? Trabajo, tecnología y regulación social”, *Nueva Sociedad*, N° 279, Enero-Febrero, Nueva Sociedad, 2019. Disponible en <https://www.nuso.org/revista/279/el-futuro-del-trabajo-mitos-y-realidades/>.
- KAHN-FREUND, O., *Trabajo y Derecho*, Galiana, J. (Trad.), Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1987.

- KATZ, L. y MARGO, R., *Technical Change and the Relative Demand for Skilled Labor: The United States in Historical Perspective*, 2013. Disponible en http://www.bu.edu/econ/files/2012/11/Katz_Margo_NBER_WP_Version.pdf.
- LILLO, E., “Falsos autónomos y trabajo en plataformas. Habla Enrique Lillo”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 13 de mayo de 2019. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2019/05/falsos-autonomos-y-trabajo-en.html>.
- LÓPEZ, M., “Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias”, *Labour Law Issues*, Vol. 4, N° 2, 2018. Disponible en <https://labourlaw.unibo.it/article/view/8799/8552>.
- LOUÇÃ, F., “El trabajo en el ojo del huracán: economía digital, externalización y futuro del empleo”, *Gaceta Sindical. Reflexión y debate*, N° 27, Confederación Sindical de Comisiones Obreras, Madrid, 2016. Disponible en <https://www.ccoo.es/152806c7bbdfac28c2bde95f40e00c0d000001.pdf>.
- LYON CAEN, G., “Derecho del Trabajo o Derecho del empleo”, *Evolución del Pensamiento Juslaboralista. Estudios en homenaje al Prof. Héctor-Hugo Barbagelata*, FCU, Montevideo, 1997.
- MALDONADO, J., “Superación del concepto clásico de contrato de trabajo”, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017.
- MALO, M., “El futuro del empleo ante el cambio tecnológico: De los robots a las plataformas”, *Web de Miguel Ángel Malo*, 2017. Disponible en <http://diarium.usal.es/malo/2017/12/15/el-futuro-del-empleo-ante-el-cambio-tecnologico-de-los-robots-a-las-plataformas/>.

- MALO, M., “Nuevas formas de empleo: del empleo atípico a las plataformas digitales”, *Papeles de Economía Española*, N° 156, Fundación de las Cajas de Ahorros, 2018.
- MANGARELLI, C., “Derechos del empleador a la organización y dirección de la empresa, y límites”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 4, N° 8, Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, 2013. Disponible en <https://revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42694/44671>.
- MANSUETI, H., “La organización sindical del siglo XXI”, *XVII Congreso Iberoamericano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, AIDTSS, San Pablo, 2007.
- MARTÍN VALVERDE, A., “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde y Fermin Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (Coords.), *Cuestiones actuales de Derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al Profesor Manuel Alonso Olea*, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1990.
- MARTÍN VALVERDE, A., RODRÍGUEZ-SAÑUDO, F. y GARCÍA MURCIA, J., *Derecho del Trabajo*, Vigésimoséptima Edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2018.
- MELLA, L., “Los derechos laborales y de protección social de los prestadores de servicios mediante plataformas digitales”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018.

- MELLA, L., *Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LALEY 1902/2016.
- MERCADER, J., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, 9ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- MIRANDA, L., “Economía colaborativa y competencia desleal. ¿Deslealtad por violación de normas a través de la prestación de servicios facilitados por plataformas digitales?”, *Revista de Estudios Europeos*, N° 70, Instituto de Estudio Europeos de la Universidad de Valladolid, Valladolid, 2017.
- MONTOYA, A., *Derecho del Trabajo*, Trigésimo octava edición, Editorial Tecnos, Madrid, 2017.
- MONTOYA, A., “El poder de dirección del empresario en las estructuras empresariales complejas”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 48, Ministerio de Trabajo e Inmigración, España, 2004. Disponible en http://www.mitramiss.gob.es/es/publica/pub_electronicas/destacadas/revista/numeros/48/Est06.pdf.
- MONTOYA, A., “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- MURGAS, R., “El nuevo constitucionalismo social y su relación con la protección del trabajo y con los derecho sociales como derechos humanos”, *rev. Derecho Laboral*, N° 250, FCU, Montevideo, 2013.
- MURGAS, R., “La delimitación del ámbito de protección del Derecho del Trabajo”, *Libro homenaje a Mario Pasco Cosmópolis*, SPDTSS, 2015.

- NAVARRO NIETO, F., *El debate sobre la laboralidad de la prestación de servicios en la economía digital*. Disponible en www.laleydigital.laley.es, LA LEY 5835/2018.
- OIT, *Declaración del centenario de la OIT para el futuro del trabajo*, Conferencia Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relco_nf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf.
- OIT, “Garantizar un tiempo de trabajo decente para el futuro”, *Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Informe III. 107ª Conferencia Internacional del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- OIT, *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019.
- OIT, *The architecture of digital labour platforms: Policy recommendations on platform design for worker well-being*, Ginebra, 2018.
- OIT, *Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo*, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2019. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf.
- OIT, “Working time and the future of work”, *ILO future of work research paper series*, N° 6, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra, 2018.
- OJEDA AVILÉS, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, Pontificia Universidad Católica del Perú, N° 60, 2007. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/5085079.pdf>.
- OJEDA AVILÉS, A., “La genealogía del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 135, Editorial Aranzadi, 2007.

- OJEDA AVILÉS, A., “La sindicación de los trabajadores autónomos y semiautónomos”, *Aranzadi Social*, N° 5, Thomson Reuters Aranzadi, Madrid, 2000.
- PAGÉS, C. y RIPANI, L., “El empleo en la Cuarta Revolución Industrial”, *Robotlución. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina*, N° 42, Año 21, Agosto, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID-INTAL), 2017. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Revista-Integración--Comercio-Año-21-No-42-Agosto-2017-Robotlución-el-futuro-del-trabajo-en-la-integración-40-de-América-Latina.pdf>.
- PALOMEQUE, M., *Derecho del Trabajo e ideología*, Cuarta Edición, Editorial Tecnos, 1989.
- PALOMEQUE, M., “El trabajo autónomo y las propuestas de refundación del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, N° 1, La Ley, Madrid, 2000.
- PALOMEQUE, M., “La función y la refundación del Derecho del Trabajo”, *Derecho del Trabajo y razón crítica. Libro dedicado al Profesor Manuel Carlos Palomeque López en su vigésimo quinto aniversario como catedrático*, Salamanca, 2004.
- PALOMEQUE, M., “La noción de trabajador y el ámbito de aplicación del derecho del trabajo: estancamientos y transformaciones”, *El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*, Pontificia Universidad Católica del Perú, Lima, 2019.
- PALOMEQUE, M., “Un compañero de viaje histórico del Derecho del Trabajo: la crisis económica”, *Revista de Política Social*, N° 143, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1984.

- PALOMEQUE, M. y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo*, Vigésimocuarta edición, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016.
- PALOMO, R., “Subordinación, autonomía, zonas grises y nuevos trabajos. Otra nueva vuelta de tuerca al qué y cómo proteger en el mundo del trabajo”, *XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social*, SIDTSS, Córdoba, 2019. Disponible en <http://www.cramecordoba2019.com.ar/wp-content/uploads/2019/10/PonenciasCRAME2019.pdf>.
- PÉREZ AMORÓS, F., “Un Trabajo sin Contrato y sin Frenos: un Trabajo por Cuenta Ajena en la Economía Digital”, *Revista de Direito Do Trabalho*, Ed. Especial CIELO LABORAL 2018 - URUGUAY, Editorial Thomson Reuters Brasil, São Paulo, 2019.
- PÉREZ DE LOS COBOS, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, N° 39, España, 1993.
- PÉREZ REY, J., “Precarización de las relaciones de trabajo”, en Antonio Baylos, Candy Thomé y Rodrigo García (Coords.), *Diccionario internacional de derecho del trabajo y de la seguridad social*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2014. Documento TOL4.133.708. Disponible en <http://www.tirantonline.com..>
- PIC, P., *Tratado elemental de Legislación industrial*, T. I, Instituto Editorial Reus, Madrid, 1943.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de derecho laboral*, Tomo I, Volumen I, Acali Editorial, Montevideo, 1976.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de derecho laboral*, Tomo I, Volumen II, Acali Editorial, Montevideo, 1980.
- PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Curso de derecho laboral*, Tomo II, Volumen I, Ediciones Idea, Montevideo, 1991.

- PLÁ RODRÍGUEZ, A., *Los principios del Derecho del Trabajo*, Depalma, 3ª Edición, Buenos Aires, 1998.
- PRASSL, J. y RISAK, M., “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, N° 8/2016, 2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2733003_code2511333.pdf?abstractid=2733003&mirid=1.
- PRON, P., “Una economía ni tan participativa, ni tan revolucionaria”, *El País de Madrid*. Publicación del día 28 de febrero de 2018. Disponible en https://elpais.com/economia/2018/02/28/actualidad/1519818456_045418.html.
- RASO, J., “América Latina: el impacto de las tecnologías en el empleo y las reformas laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 6, N° 1, ADAPT University Press, 2018. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/549/750.
- RASO, J., “El Derecho del Trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras”, *Revista Chilena de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Vol. 7, N° 13, 2016. Disponible en <https://revistas.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/view/42443/44517>.
- RASO, J., “La influencia de las normas internacionales del trabajo en el surgimiento y evolución del Derecho Laboral Latinoamericano, con especial referencia a la experiencia de Uruguay”. Disponible en: [http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Raso_Normas Intern del Trabajo.pdf](http://www.academiaiberoamericana.com/publicaciones/Raso_Normas_Intern_del_Trabajo.pdf).
- RIMBAU-GILABERT, E., “Digitalización y bienestar de los trabajadores”, *IUSLabor*, 2/2019, Universitat Pompeu Fabra, 2019.

- Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/Rimbau.pdf/70e7b5b0-686d-d2f0-5c98-4a6cb2ec0019>.
- RISSO, M., *Derecho Constitucional*, Tomo 1, 2ª Edición ampliada y actualizada, FCU, Montevideo, 2006.
- RIVAS, D., “El trabajo autónomo”, *Cuarenta y dos estudios sobre la descentralización empresarial y el Derecho del Trabajo*, FCU, Montevideo, 2000.
- RIVAS, D., *La subordinación. Criterio distintivo del contrato de trabajo*, FCU, Montevideo, 1996.
- RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M., “Anatomía del trabajo en la *Platform Economy*”. Disponible en https://www.aadyss.org.ar/docs/ANATOMIA_DEL_TRABAJO_EN_LA_PLATFORM_ECONOMY_MLRF.pdf.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Contratación temporal y nuevas formas de empleo”, *Relaciones Laborales*, N° 1, Madrid, 1989.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador”, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de las fronteras del Derecho del Trabajo. Estudios en homenaje al Profesor José Cabrera Bazán*, Editorial Tecnos, Madrid, 1999.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Creatividad y Sociedad*, N° 26, 2016. Disponible en <http://creatividadysociedad.com/>.
- RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “La huida del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, N° 1, La Ley, Madrid, 1992.

ROJO, E., “La normativa francesa sobre la actividad de las plataformas de servicios y la relación jurídica con los prestadores de actividad para ellas”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 1 de agosto de 2018. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/08/la-normativa-francesa-sobre-la.html>.

ROJO, E., “La regulación contractual de los trabajadores de plataformas en Francia. Lo que se quiere contar, y lo que se debe explicar. A propósito de la Ley de 24 de diciembre de 2019 de orientación de las movilidades”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 29 de diciembre de 2019. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html>.

ROJO, E., “Pues sí, la saga Glovo (y los glovers) merecen un caso práctico. Notas a la sentencia del TS de 25 de septiembre de 2020, que declara la laboralidad, y recordatorio de las sentencias del JS núm. 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 y del TSJ de Madrid de 19 de septiembre de 2019(y II)”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 2 de octubre de 2020. Disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2020/10/pues-si-la-saga-glovo-y-los-glovers_2.html.

ROJO, E., “Unas notas sobre el objeto del Derecho del Trabajo”, *El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales*. Entrada de Blog del día 16 de abril de 2019. Disponible en <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/04/unas-notas-sobre-el-objeto-del-derecho.html>.

- ROSENBAUM, F., “El trabajo en la economía de plataformas y el Derecho del Trabajo”, *e-revista TRIPALIUM. Justicia Social y Trabajo Decente*, Vol. II, N° 1, pp. 53-79, 2020. Disponible en <https://tripaliumsite.files.wordpress.com/2020/01/revista-tripalium-nro.-1-2020-3.pdf>.
- ROSENBAUM, F., “Fin del partido. Uruguay: los choferes de Uber son trabajadores dependientes (TAT de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020)”, *La Causa Laboral*, Año XIII, N° 81, 2020. Disponible en <http://lacausalaboral.net.ar/doctrina-5.-rosenbaum-carli.html>.
- ROSENBUAM, F., “Francia: los choferes de Uber son trabajadores dependientes (Cour de Cassation, Sentencia No. 374/2020, 04.03.2020)”, *Revista Profesionales & Empresas*, CADE, Edición especial “COVID-19”, Montevideo, mayo, 2020.
- ROSENBAUM, F., “El trabajo bajo intermediación (¿o dependencia?) de las plataformas virtuales. Impacto de las tecnologías de la información”, XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, Argentina, pp. 341-344, 2019. Disponible en <http://www.cramecordoba2019.com.ar/wp-content/uploads/2019/10/PonenciasCRAME2019.pdf>.
- ROSENBAUM, F., “El trabajo en plataformas digitales y el Derecho del Trabajo”, XI Congreso Regional Americano de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Córdoba, Argentina, pp. 211-214, 2019. Disponible en <http://www.cramecordoba2019.com.ar/wp-content/uploads/2019/10/PonenciasCRAME2019.pdf>.
- ROSENBAUM, F., “La naturaleza de la actividad de las plataformas digitales y el derecho del trabajo”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo, octubre, 2019.

- ROSENBAUM, J., “El Derecho laboral ante las nuevas realidades y cambios del mundo posmoderno”, *rev. Derecho Laboral*, N° 270, FCU, Montevideo, 2018.
- ROSENBAUM, J., “Otras formas de contratación con falta de pertenencia al contrato de trabajo. Hacia una teoría sobre el trabajo global”, *El derecho del trabajo en tiempo de cambios. Libro en Homenaje al Dr. Adrián Goldín*, ed. Ediar, Buenos Aires, 2017.
- ROSENBAUM, J., “Reflexiones acerca de la confrontación entre autonomía colectiva y orden público normativo”, *rev. Derecho Laboral*, N° 246, FCU, Montevideo, 2012.
- ROSENBAUM, J. y CASTELLO, A., *Subcontratación e intermediación laboral*, Tercera Edición, FCU, Montevideo, 2012.
- RUBIO, J., “Las plataformas digitales quieren que se incluya la figura del nuevo autónomo TRADE Digital”, *CONFLEGAL*. Entrada del día 22 de julio de 2019. Disponible en <https://confilegal.com/20190722-las-plataformas-digitales-quieren-que-se-incluya-la-figura-del-nuevo-autonomo-trade-digital/>.
- SACHS, B., “Do we need an ‘independent worker’ category?”, *Onlabor*. Entrada del día 8 de diciembre de 2015. Disponible en <https://onlabor.org/do-we-need-an-independent-worker-category/>.
- SACHS, B., “Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control”, *Onlabor*. Entrada del día 20 de mayo de 2015. Disponible en <https://onlabor.org/uber-and-lyft-customer-reviews-and-the-right-to-control/>.
- SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M., “Economía de plataformas digitales y servicios compuestos. El impacto en el Derecho, en especial, en el Derecho del Trabajo. Estudio a partir de la STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-434/15, Asunto Asociación Profesional Élite

- Taxi y Uber Systems Spain S.L. (1)”, *La Ley Unión Europea*, N° 57, Wolters Kluwer, 2018. Disponible en <https://laleydigital.laley.es/>. LA LEY 2492/2018.
- SÁNCHEZ-URÁN, Y., “Hacia el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, en especial, en la política social propiamente dicha”, *Foro, Revista de Ciencias Jurídicas y Sociales, Nueva época*, Vol. 20, 2017.
- SANDE, B., “Plataformas y relación de trabajo. Análisis desde la perspectiva del Derecho del Trabajo uruguayo”, *XXX Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, FCU, Montevideo, 2019.
- SANGUINETI, W., *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*, ARA Editores, Perú, 1997.
- SANGUINETI, W., “El test de laboralidad y los trabajos de la *gig economy*”, *Trabajo y Derecho. Nueva Revista de actualidad y relaciones laborales*, N° 69, Wolters Kluwer, España, 2020.
- SANGUINETI, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales ¿un criterio en crisis?”, *Temas Laborales*, N° 40, 1996.
- SANTORO-PASSARELLI, F., *Nozioni di Diritto del Lavoro*, Diciannovesima Edizione, Casa Editrice Dott. Eugenio Jovene, Napoli, 1967.
- SARTHOU, H., *Trabajo, Derecho y Sociedad*, Tomo II, FCU, Montevideo, 2004.
- SCASSERRA, S., “El despotismo de los algoritmos. Cómo regular el empleo en las plataformas”, *Nueva Sociedad*, N° 279, Enero-Febrero, Nueva Sociedad, 2019. Disponible en https://nuso.org/media/articles/downloads/9.TC_Scasserra_279.pdf.
- SCELLE, G., *Le droit ouvrier*, Armand Colin, Paris, 1922.

- SCHOLZ, T., *Cooperativismo de plataforma. Desafiando la economía colaborativa corporativa*, Dimmons, Investigación acción en producción procomún. Internet Interdisciplinary Institute (IN3), Universitat Oberta de Catalunya (UOC), Barcelona, 2016. Disponible en http://dimmons.net/wp-content/uploads/2016/05/maq_Trebor-Scholz_COOP_PreF_DP.pdf.
- SCHOR, J., “El lado oscuro de la economía colaborativa”, *ABC Economía*. Entrevista del día 1 de enero de 2018. Disponible en https://www.abc.es/economia/abci-lado-oscuro-economia-colaborativa-201712302055_noticia.html.
- SELMA, A., “Delimitación de fronteras: diferencias entre trabajo colaborativo y relación laboral no declarada”, en ALFONSO, R. y VALERO, J. (Dirs.), *Retos jurídicos de la economía colaborativa en el contexto digital*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2017.
- SEMPERE, A., “Sobre el concepto de Derecho del Trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, N° 26, Civitas, Madrid, 1986.
- SERRANO, R., “Nuevas formas de organización empresarial: economía colaborativa -o mejor, economía digital a demanda-, trabajo 3.0 y laboralidad”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dirs.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.
- SIERRA, E., “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 3, N° 4, ADAPT University Press, 2015. Disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/333/435.
- SIERRA, E., “Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta para un Derecho del Trabajo consistente (sólido, estable y

duradero), *Revista IDEIDES*, 23 de diciembre de 2017. Disponible en <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>.

SUÁREZ, B. “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas Laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, N° 141, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, 2018. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/>.

SUNDARARAJAN, A., “Capitalismo colaborativo”, *Robotlución. El futuro del trabajo en la integración 4.0 de América Latina*, N° 42, Año 21, Agosto, Instituto para la Integración de América Latina y el Caribe, Banco Interamericano de Desarrollo (BID-INTAL), 2017. Disponible en <https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Revista-Integración--Comercio-Año-21-No-42-Agosto-2017-Robotlución-el-futuro-del-trabajo-en-la-integración-40-de-América-Latina.pdf>.

SUPIOT, A., *Crítica de Derecho del trabajo*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 1996.

SUPIOT, A., *Le droit du travail*, PUF, Francia, 2004.

SUPIOT, A., *Les notions de contrat de travail et de relation de travail en Europe*, Office des publications officielles des Communautés européennes, Luxemburgo, 1992.

SUPIOT, A. (Coord.), CASAS BAAMONDE, M., DE MUCK, J., HANAU, P., JOHANSSON, A., MEADOWS, P., MINGIONE, E., SALAIS, R., VAN DER HEIJDEN, P., *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del trabajo. Informe para la Comisión Europea*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1999.

- SUSO, A., “El impacto de las plataformas digitales sobre el mercado de trabajo”, en RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018.
- TODOLÍ, A., “El impacto de la ‘Uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, 3/2015, Universitat Pompeu Fabra, 2015. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/3891266/Todoli.pdf/051aa745-0eea-42af-921f-dd20a7ebcf2c>.
- TODOLÍ, A., SÁNCHEZ, J. y KRUTTHOF, A., *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, 2019. Disponible en <http://www.labora.gva.es/documents/166000883/166282936/Informe+trabajo+en+plataformas+digitales+2019.pdf/1dcbb6c3-dfa8-44cb-a732-202170d2b09c>.
- TODOLÍ, A., “La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación online y protección de datos”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, N° 427, CEF, Madrid, 2018.
- TODOLÍ, A., “La regulación especial del trabajo en la Gig economy”, *Redes.com: revista de estudios para el desarrollo social de la Comunicación*, N° 15, Universidad de Sevilla, Sevilla, 2017.
- TODOLÍ, A., “Nuevos indicios de laboralidad como resultado de las nuevas empresas digitales”, en RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.
- TODOLÍ, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Revista de Relaciones Laborales Lan Harremanak*, N° 41, 2019. Disponible en

https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/20880/19211.

TODOLÍ, A., “Prólogo”, en TODOLÍ, A. y HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Editorial Aranzadi, Navarra, 2018.

TRILLO, F., *La construcción social y normativa del tiempo de trabajo*, Lex Nova, Valladolid, 2010.

TRILLO, F., “Relaciones de trabajo en la economía digitalizada”. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548604.pdf.

TRILLO, F., “Uber, ¿sociedad de la información o prestadora de servicios de transporte? Comentario a la sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala), de 20 de diciembre de 2017”, *Revista de Derecho Social*, N° 80, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017.

TRIONFETTI, M., BINGEN, A., MARTINEZ, E., “Estudio del impacto de las nuevas formas de trabajo sobre la salud de los trabajadores”, *IUSLabor*, 2/2019, Universitat Pompeu Fabra, 2019. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/3.Trionfetti+et+al.pdf/3488e9c6-0108-4ae1-1d1b-1ba24d537d5a>.

UGARTE, J., “La subordinación jurídica y los desafíos del nuevo mundo del trabajo”, *Revista Gaceta Laboral*, Vol. 11, N° 1, Universidad de Zulia, Venezuela, 2005. Disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=33611102>.

UGT, “El trabajo en las plataformas digitales de reparto”, *Estudios*, N° 1, Servicio de Estudios de la Confederación de UGT, 2019. Disponible en <https://www.ugt.es/sites/default/files/el-trabajo-en-las-plataformas-digitales-de-reparto-ugt.pdf>.

- VALDÉS, A., “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, *Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales*, N° 26, Ministerio del Trabajo e Inmigración, España, 2000.
- VALLAS, S. y SCHOR, J., “What Do Platforms Do? Understanding the Gig Economy”, *Annual Review of Sociology*, 46:1, 2020, p. 8. Disponible en <https://www.annualreviews.org/doi/pdf/10.1146/annurev-soc-121919-054857>.
- VALLECILLO GÁMEZ, M., “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, *Conferencia nacional tripartita. El futuro del trabajo que queremos*, Volumen II, Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Madrid, 2017. Disponible en <https://www.ilo.org/>.
- VEGA, M., “Revolución digital, trabajo y derechos: el gran reto para el futuro del trabajo”, *IUSLabor*, 2/2019, Universitat Pompeu Fabra, 2019. Disponible en <https://www.upf.edu/documents/3885005/227528459/10.+Vega.pdf/5f8a7b2d-815c-e69d-f123-c2e1ade5466d>
- VELASCO, M. y FRÖHLICH, M., “El trabajador económicamente dependiente en el derecho alemán: el cuasitrabajador”, *Temas Laborales*, N° 111, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2011.
- VIDA SORIA, J., MONEREO, J., y MOLINA, C., *Manual de Derecho del Trabajo*, 7ª Edición, Editorial Comares, Granada, 2009.
- VILLAVICENCIO, A., *La libertad sindical en las normas y pronunciamientos de la OIT*, FCU, Montevideo, 2007.
- VILLASMIL, H. y CARBALLO, C., *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo*, Universidad Católica Andrés Bello, Caracas, 2016.
- VIVERO, J., *El arbitraje obligatorio en materia de inaplicación de convenios colectivos. (Incluye la STC 119/2014, de 16 de julio)*, Colección Laboral,

Nº 230, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015. Disponible en www.tirantonline.com, TOL4.705.049.

WAAS, B., LIEBMAN, W., LYUBARSKY, A. y KEZUKA, K., *Crowdwork – A Comparative Law Perspective*, Bund-Verlag, Alemania, 2017. Disponible en https://www.hugo-sinzheimer-institut.de/fileadmin/user_data/hsi/Veroeffentlichungen/HSI_Schriftenreihe/Waas_Liebman_Lyubarsky_Kezuka_Crowdwork.pdf.

WAAS, B., “The legal definition of the employment contract in section 611a of the Civil Code in Germany: An important step or does everything remain the same?”, *Italian Labour Law e-Journal*, Nº 1, Vol. 12, Department of Sociology and Business Law. Alma Mater Studiorum - Università di Bologna, 2019. Disponible en <https://doi.org/10.6092/issn.1561-8048/9695>.

WEDDERBURN, K. W., *The Worker and the Law*, 3ª edición, Sweet and Maxwell, Londres, 1986.

WORLD ECONOMIC FORUM, *The Future of Jobs Report*, 2016. Disponible en http://www3.weforum.org/docs/WEF_Future_of_Jobs.pdf.

ANEXOS

ANEXO 1: Listado por país de resoluciones judiciales y administrativas citadas

ANEXO 2: Síntesis fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales y administrativas citadas con referencia a la naturaleza de la actividad desarrollada por las plataformas digitales

ANEXO 3: Síntesis fáctica y jurídica de las resoluciones judiciales y administrativas citadas con referencia a la naturaleza del vínculo entre las plataformas digitales y los prestadores del servicio

ANEXO 1: LISTADO POR PAÍS DE RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS

Alemania

Verwaltungsgerichts de Berlín, VG 11 L 353.14, 26.09.2014.

Argentina

Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala 1, Número: INC 36976/2018-2, CUIJ: INC J-01-00060959-1/2018-2, Actuación Nro: 13299523/2019, 12.07.2019.

Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la ciudad de Buenos Aires, Número: EXP 36976/2018-0, CUIJ: EXP J-01-00060959-1/2018-0, Actuación Nro: 12341078/2018, 06.12.2018.

Australia

Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017.

Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018.

Brasil

Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência N° 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019.

12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010044-43.2017.5.03.0012, 30.05.2017.

33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017.

37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017.

42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010801-18.2017.5.03.0180, 12.06.2017.

42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017.

Chile

Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de Chile, RIT O-1388-2015, 14.07.2015.

España

Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019.

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 1, Auto fecha 13.03.2017, N° de Recurso 313/2016.

Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Sentencia N° 87/2018, 25.01.2018, N° de Recurso 313/2016.

Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimooctava, Auto N° 15/2017, 23.01.2017, Rollo de apelación N° 494/2016.

Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia N° 1818/2019, 25.07.2019, N° de Recurso 1143/2019.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019.

Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia N° 40/2020, 17.01.2020, N° de Recurso 1323/2019.

Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Auto fecha 16.07.2015, N° de Recurso 929/2014.

Juzgado de lo Social N° 11 de Barcelona, Sentencia N° 213/2018, 29.05.2018, N° de Recurso 652/2016.

Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 15 de Barcelona, Sentencia N° 179/2016, 18.07.2016, N° de Recurso 439/2015.

Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 17 de Barcelona, Sentencia N° 287/2016, 05.10.2016, N° de Recurso 436/2015.

Juzgado de lo Social N° 24 de Barcelona, Sentencia N° 202/2019, 21.05.2019; y Sentencia N° 205/2019, 29.05.2019.

Juzgado de lo Social de Barcelona N° 31, Sentencia N° 193/2019, 11.06.2019, N° de Recurso 662/2017.

Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018.

Juzgado de lo Social N° 1 de Madrid, Sentencia N° 128/2019, 03.04.2019; Sentencias N° 130/2019 y 134/2019, 04.04.2019.

Juzgado de lo Social N° 17 de Madrid, Sentencia N° 12/2019, 11.01.2019, N° de Recurso 418/2018.

Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid, Sentencia N° 188/2019, 22.07.2019.

Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018.

Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017.

Juzgado de lo Social N° 4 de Oviedo, Sentencia N° 106/2019, 25.02.2019, N° de Recurso 458/2018.

Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019.

Juzgado de lo Social N° 5 de Valencia, Sentencia N° 197/2019, 10.06.2019, N° de Recurso 371/2018.

Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia, Sentencia N° 244/2018, 01.06.2018, N° de Recurso 633/2017.

Estados Unidos

Supreme Court of California, “Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court”, Opinion N° S222732, 30.04.2018.

Superior Court of the State of California, County of San Francisco, N° CGC-20-584402, “People of the State of California v. Uber Technologies Inc., a Delaware corporation; Lyft Inc, a Delaware corporation; and Does 1-50. inclusive”, 10.08.2020.

United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Caso N° 3:16-cv-05961-WHA, 02.05.2019.

Third District Court of Appeal, State of Florida, N° 3D15-2758, 01.02.2017.

United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015.

United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-cv-04065-VC, “Patrick Cotter, et al., v. Lyft, Inc.”, 11.03.2015.

United States District Court Northern District of California, Caso N° 15-cv-05128-JSC, “Raef Lawson v. Grubhub, Inc. et al.”, 08.02.2018.

United States District Court Eastern District of Pennsylvania, Caso N° 2:16-cv-00573-MMB, “Ali Razak, Kenan Sabani, and Khaldoun Cherdoud v. Uber Technologies, Inc., and Gegan, LLC”, 11.04.2018.

National Labor Relations Board de Estados Unidos, Casos N° 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

National Labor Relations Board, Casos N° 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

Labour Commissioner of the State of California, “Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier – CA LLC, a Delaware limited liability company”, Caso N° 11-46739, 16.06.2015.

Labour Commissioner of the State of California, “Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier – CA LLC, a Delaware limited liability company”, Caso N° 11-46739, 16.06.2015.

State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722,
12.07.2018.

Francia

Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020.

Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 1737, 28.11.2019.

Cour d'Appel de Paris, Chambre 2, RG n°17/00511, 20.04.2017.

Cour d'Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019.

Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard
v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018.

Italia

Corte Suprema di Cassazione, Sezione Lavoro, Sentencia N° 1663/20,
24.01.2020.

Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018,
11.01.2019.

Tribunale di Milano, Sección Laboral, Causa N° 6719 R.G.L. 2017,
10.09.2018.

Tribunale Civile di Roma, Causa N° 76465/2016, 07.04.2017.

Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G.,
24.03.2017.

Países Bajos

Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14762,
15.01.2019.

Reino Unido

High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court,
Caso N° CO/810/2018, 05.12.2018.

Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467,
“Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018.

Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N°
UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017.

Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202550/2015 &
Others, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 28.10.2016.

Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202512/2016, “Ms M
Dewhurst -v- CitysprintUK ltd”, 05.01.2017.

Central Arbitration Committee del Reino Unido, Caso N°
TUR1/985(2016), 14.11.2017.

UE

TJUE, Cámara octava, acto motivado del 22 de abril de 2020, C-692/19.

TJUE, Sentencia del 20 de diciembre de 2017, C-434/15.

Uruguay

Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019.

ANEXO 2: SÍNTESIS FÁCTICA Y JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS CON REFERENCIA A LA NATURALEZA DE LA ACTIVIDAD DESARROLLADA POR LAS PLATAFORMAS DIGITALES

I. Las plataformas digitales consideradas como intermediarias que prestan servicios de la sociedad de la información

En el marco de pretensiones anulatorias iniciadas ante la justicia de **España**, los Juzgados de lo Contencioso Administrativo N° 15 y 17 de Barcelona han tenido que resolver sobre la cuestión de la naturaleza jurídica de la actividad prestada por la plataforma digital de Uber, dando respuesta justamente al debate jurídico de la calificación de la naturaleza de la actividad de las empresas titulares de plataformas digitales. En concreto, el contenido sustancial de dichos procedimientos se circunscribía a determinar la licitud de las sanciones impuestas hacia la empresa, por la comisión de una infracción muy grave, “en concreto la del art. 140.2 en relación con el art. 42, ambas de la Ley 16/87 de 30 de julio de ordenación del transporte terrestre”.

Las partes sostuvieron posiciones contrarias, ya que por un lado, la Generalitat entendió que la empresa brindaba un servicio de transporte terrestre de personas, sin la pertinente habilitación previa, mientras que por otro lado, Uber se auto calificaba como una empresa intermediaria entre la oferta y demanda de ese servicio, y que por lo tanto, únicamente se limitaba a la confección de una aplicación tecnológica propia de los

servicios de la sociedad de la información, sin brindar el servicio subyacente de transporte.

Sobre esta base, los juzgadores han entendido que la Generalitat aplicó incorrectamente la normativa, ya que los servicios prestados por Uber deben considerarse como servicios de la sociedad de la información, no siendo aplicable la normativa relativa a la ordenación del transporte terrestre⁶¹⁷. En este sentido, ambas sentencias han indicado que “la normativa sancionadora a aplicar no es la LOTI, sino la Ley 34/2002 que, en su anexo, define lo que se entiende por servicios de la sociedad de la información”, concluyendo que la actividad cumplida por la plataforma digital de Uber, ya se entienda de mediación o intermediación, o ya se entienda de organización de un servicio a prestar contratado vía electrónica, enfocado en la temática del transporte urbano de viajeros, no constituye una de las actividades excluidas del art. 5 de la Ley 34/02 -de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico- y sin embargo, sí se incardina dentro del ámbito de aplicación del art. 1 de la referida norma. Además, dicha ley reglamenta un catálogo propio de infracciones, e inclusive en su art. 6 determina la innecesaria autorización previa en relación a esta prestación de servicios *sui generis*.

Coincidiendo con dicho criterio, el Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca ha entendido que la empresa Glovo “es una compañía tecnológica cuya actividad principal es el desarrollo y gestión de plataformas tecnológicas”, y que por tanto, “es una plataforma de intermediación a cuatro bandas”, que “a través de la plataforma facilita el contacto entre la persona que solicita un servicio consistente en recado o

⁶¹⁷ Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 15 de Barcelona, Sentencia N° 179/2016, 18.07.2016, N° de Recurso 439/2015; Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 17 de Barcelona, Sentencia N° 287/2016, 05.10.2016, N° de Recurso 436/2015.

en una compra...con los comercios y tiendas locales que venden el producto, a través de los transportistas o repartidores”⁶¹⁸.

Idéntico criterio fue compartido por el Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid y el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al considerar que la empresa Glovo cumple una función de intermediación en el transporte, que se concreta en una “plataforma de intermediación ‘on demand’ de reparto exprés a cuatro bandas en la que se facilita el contacto a personas que necesitan ayuda con sus recados o compras, con los comercios o tiendas locales y con los transportistas o repartidores dispuestos a llevar a cabo el encargo, a quienes se denomina ‘glovers’”⁶¹⁹.

Por otro lado, en **Francia**, la División Comercial N° 4 del tribunal de primera instancia del trabajo de Paris también se decantó por entender que Uber no presta el servicio subyacente de transporte de pasajeros, sino que su actividad se limita a la intermediación, al poner en contacto a los operadores de vehículos de pasajeros con personas privadas a través de la aplicación móvil, evidenciándose expresamente dicho extremo de los términos contenidos en el contrato de servicios suscrito entre la empresa y sus choferes⁶²⁰.

El mismo fundamento fue recogido por algunos órganos de la justicia del trabajo de Belo Horizonte de **Brasil**, entendiendo que según lo que se infiere del contrato social de Uber, su objeto no es transportar pasajeros, sino principalmente brindar servicios de tecnología. Además, tal componente se desprende del contrato celebrado entre los choferes y Uber, en tanto que se estipula que la empresa proporciona servicios de tecnología, y no servicios de transporte, no actuando como una empresa

⁶¹⁸ Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019.

⁶¹⁹ Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017; Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019.

⁶²⁰ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018.

de transporte, ni operando como agente para el transporte de pasajeros⁶²¹. Complementariamente, se ha afirmado que Uber constituye una solución de tecnología de la información que cobra al chofer y a los pasajeros que transporta, los gastos de su operación y para la generación de ganancias⁶²².

II. Las plataformas digitales consideradas como prestadoras del servicio subyacente ofrecido por medios tecnológicos

Las respuestas jurisprudenciales en **España** han sido disímiles. Así, por ejemplo, a diferencia de la intervención directa en la resolución del tema efectuada por los Juzgados de lo Contencioso Administrativo N° 15 y 17 de Barcelona, el Juzgado de lo Mercantil N° 3 de Barcelona⁶²³ decidió plantear este asunto como cuestión prejudicial ante el TJUE⁶²⁴.

En cambio, la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial Civil de Madrid, ha indicado que en este mismo caso de la plataforma Uber, “no se trata ya de que UBER coopere en la prestación del servicio de transporte, sino que interviene directamente en dicha prestación a través de su Plataforma, con independencia de que otra sociedad filial - UBER BV- participe en la contratación con el usuario”. Por este motivo, se señaló que “UBER no es un mero operador tecnológico, sino que se trata de un auténtico empresario del transporte. A tal efecto tiene capacidad para seleccionar a los conductores e incluso establece las tarifas del servicio. Esto no solo sirve para excluir que el servicio prestado se

⁶²¹ 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017.

⁶²² 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010044-43.2017.5.03.0012, 30.05.2017.

⁶²³ Asunto 929/2014D2.

⁶²⁴ Juzgado de lo Mercantil de Barcelona, Auto fecha 16.07.2015, N° de Recurso 929/2014.

corresponda con un mero operador tecnológico u operador neutral..., sino que también excluye que se trate de un mero intermediario de transporte”⁶²⁵.

En definitiva, la resolución de la Audiencia Provincial determinó que “[l]os usuarios no son realmente clientes de los conductores sino que son clientes de UBER. Los conductores pueden ser considerados autónomos, dentro de un sistema de distribución vertical integrada de los servicios que UBER comercializa a través de UBER BV, o incluso empleados, sin que sea necesario profundizar en este aspecto”.

Otro ejemplo de interés lo constituye una intervención en instancia de casación, de la Sección 3 de la Sala de lo Contencioso del Tribunal Supremo, quien ha debido resolver un recurso presentado por la Generalitat que consideraba que la sentencia pronunciada por el Juzgado de lo Contencioso Administrativo N° 15 de Barcelona en relación a la plataforma Uber, no había sido ajustada a derecho. En efecto, en lugar de haber suspendido el procedimiento hasta tanto no recayera la resolución del TJUE, el juzgador de Barcelona resolvió sobre el fondo del asunto, en clara contradicción con lo posteriormente resuelto en forma sustancial por el tribunal comunitario.

En su lugar, el Tribunal Supremo optó por trasladar por completo la doctrina del TJUE, manifestando que “la actividad que desarrolla Uber, B.V. ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes», a efectos del artículo 58 TFUE , apartado 1, y que, en consecuencia, un servicio de esa índole está excluido del ámbito de aplicación del artículo 56 TFUE , de la Directiva 2006/123 y de la Directiva 2000/31”. Es por este motivo que el fallo concluyó que la actividad desarrollada por Uber “no es un mero servicio de intermediación sino que constituye una parte

⁶²⁵ Audiencia Provincial Civil de Madrid, Sección Vigésimosexta, Auto N° 15/2017, 23.01.2017, Rollo de apelación N° 494/2016.

sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros”, quedando por ese motivo sujeta a la autorización exigida en el artículo 42.1 de la Ley 16/1987, de ordenación de los transportes terrestres⁶²⁶.

En similar sentido, el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo indicó que la naturaleza de la actividad de la empresa Glovo, no se circunscribía a la mera intermediación, sino que por el contrario, brindaba el servicio subyacente de reparto de bienes o mercaderías. Ello en virtud de que ejecuta una labor de coordinación y organización del servicio productivo, consistente en “servicios de recadería y mensajería”, determinado el precio y las condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación del mismo. Es por ello que para resolver esta cuestión el Tribunal ha entendido especialmente relevantes los hechos de que sea la empresa quien establezca la forma de prestación del servicio, su precio y la forma de pago⁶²⁷.

Más recientemente, el Juzgado de lo Social de Barcelona N° 31, ha compartido el mismo criterio del TJUE, de la Audiencia Provincial Civil de Madrid y del Tribunal Supremo, al analizar la actividad de otra plataforma digital dedicada al reparto de bienes y alimentos, expresando que “en modo alguno DELIVEROO se limita a prestar ‘un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes’ a, en este caso, el restaurante, el repartidor y el cliente...Lo que hace DELIVEROO, como hacía UBER en el caso examinado por el TS, va mucho más allá que poner una aplicación al servicio de clientes y repartidores”⁶²⁸.

⁶²⁶ Tribunal Supremo, Sala de lo Contencioso, Sección 3, Sentencia N° 87/2018, 25.01.2018, N° de Recurso 313/2016.

⁶²⁷ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019.

⁶²⁸ Juzgado de lo Social de Barcelona N° 31, Sentencia N° 193/2019, 11.06.2019, N° de Recurso 662/2017.

En el caso de **Francia**, la corte de casación ha considerado que Uber ha creado y organiza enteramente un servicio de transporte, que existe únicamente producto de la plataforma⁶²⁹.

En los **Países Bajos**, la Corte de Amsterdam ha analizado el mismo supuesto, sobre la base de desentrañar si la actividad de la plataforma digital de Deliveroo encuadra o no dentro del servicio de transporte de bienes, a los efectos de determinar si se encontraba comprendida dentro del alcance del Acuerdo de Trabajo Colectivo para el transporte de mercancías por carretera y el alquiler de grúas móviles.

A tales efectos, se ha desentrañado que parte del negocio de la empresa es la entrega de comidas preparadas por restaurantes externos afiliados a Deliveroo, y asimismo, no se consideró plausible que el volumen de negocios total no esté determinado en parte por el hecho de que la plataforma digital entrega los alimentos o comidas a domicilio. Por tal motivo, se ha resuelto afirmativamente en el sentido de que la empresa se encuentra comprendida en el Acuerdo de Trabajo Colectivo para el transporte de mercancías por carretera y el alquiler de grúas móviles⁶³⁰.

En **Italia**, siguiendo similar dirección a la conclusión arribada por dicho tribunal, aunque sin ingresar en el análisis detallado y específico de la actividad cumplida por la plataforma digital Foodora, la Sección del Trabajo de la Corte de Apelaciones de Turín ha determinado que los *riders* tienen derecho a percibir el importe devengado en relación con la actividad efectivamente realizada a favor de Foodora, sobre la base de la retribución, directa, indirecta y diferida, establecida para los empleados del transporte logístico de mercancías de quinto nivel de la CCNL, con deducción de lo ya percibido. Por tal motivo, dicho fallo en definitiva impuso la aplicación del convenio colectivo del sector transporte de mercaderías⁶³¹.

⁶²⁹ Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020.

⁶³⁰ Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14762, 15.01.2019.

⁶³¹ Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018, 11.01.2019.

En cambio, de manera más explícita se han pronunciado tanto la Sección Civil especializada en materia de empresa del Tribunal de Turín⁶³², como el Tribunal Civil de Roma⁶³³, al señalar que la plataforma de Uber organiza materialmente un servicio de transporte público y no constituye un mero intermediario.

Por otro lado, el Tribunal de Empleo⁶³⁴, el Tribunal de Apelaciones de Empleo⁶³⁵ y la División Civil de la Corte de Apelaciones del **Reino Unido**⁶³⁶, se han pronunciado en la misma dirección, al identificar que la empresa Uber opera como un negocio de transporte. En efecto, se ha manifestado que no es real considerar que Uber esté trabajando para los conductores -en el entendido de que es quien vende un servicio de tecnología a los mismos-, sino que la única interpretación razonable es que la relación se constituye de un modo contrario a lo sostenido por la empresa. De ese modo, se fundamentó en dichos pronunciamientos que los conductores proporcionan la mano de obra calificada a través de la cual la organización entrega sus servicios y obtiene sus ganancias.

Asimismo, las sentencias enfatizan en el hecho de que Uber comercializa una gama de productos, y que dichos productos son una variedad de servicios de conducción. Por este motivo se ha enfatizado en que ni los reclamantes ofrecen esa gama de productos, ni ningún otro chofer en solitario. De ese modo, un argumento interesante incorporado a este análisis se vincula con la consideración de que el marketing no se realiza en beneficio de ningún conductor individual, sino que,

⁶³² Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G., 24.03.2017.

⁶³³ Tribunale Civile di Roma, Causa N° 76465/2016, 07.04.2017.

⁶³⁴ Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202550/2015 & Others, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 28.10.2016.

⁶³⁵ Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N° UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017.

⁶³⁶ Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018.

evidentemente, se realiza para promocionar el nombre de Uber y vender sus servicios de transporte.

En **Alemania** se constatan pronunciamientos similares a los apuntados, pudiendo identificarse casos sometidos al Tribunal de Hamburgo y la Corte Administrativa de Berlín⁶³⁷, que en definitiva consideraron que la empresa Uber no se trata de una mera intermediaria de servicios de transporte, sino que por el contrario, actúa frente a los usuarios como un auténtico contratista de transportes⁶³⁸.

Fue quizás en **Estados Unidos** donde se desarrolló uno de los casos más resonantes y paradigmáticos sobre esta temática, en donde se analizó el alcance de la actividad de la plataforma Uber⁶³⁹. Allí, la compañía fue congruente con sus afirmaciones en otros países, al sostener que los choferes no le brindan ningún servicio a la empresa, y por ello, no resultaría aplicable la presunción de trabajo dependiente. La premisa central de este argumento es su afirmación de que la empresa no se dedica al transporte de pasajeros, sino que se trata un emprendimiento de tecnología que simplemente genera direcciones para sus proveedores de transporte a través de su software. Por lo tanto, Uber ratifica que se considera a sí mismo como un simple intermediario tecnológico entre los clientes potenciales y los conductores potenciales.

En dicha instancia, el tribunal hizo alusión a que la auto calificación de Uber como una empresa de tecnología se centra exclusivamente en la mecánica de su plataforma -es decir, el uso de teléfonos inteligentes y aplicaciones de software habilitados para Internet- en lugar de profundizar en la sustancia de lo que realmente hace -es decir, permitir a los clientes reservar y tomar traslados-. Por este motivo, en dicho fallo es posible

⁶³⁷ Verwaltungsgerichts de Berlín, VG 11 L 353.14, 26.09.2014.

⁶³⁸ CALVO, F., “Uberpop como...”, p. 343.

⁶³⁹ United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015.

apreciar la conceptualización del elemento tecnológico representado por la plataforma, como un simple instrumento que es utilizado en el contexto de un negocio más grande, aludiéndose a que Uber no se dedicaría únicamente a vender un software, sino que además vendería traslados. Así, mediante una explicación muy ilustrativa y racional, el fallo ejemplifica que ni Uber ni los propios taxis constituyen empresas de tecnología, por el solo hecho del uso de una plataforma, o el uso de radios para despachar taxis. De hecho, se enfatiza en que muy pocas empresas no serían compañías de tecnología si uno se enfocara únicamente en cómo crean o distribuyen sus productos.

Incluso el tribunal profundiza en este aspecto, detallando una serie de fundamentos. En primer lugar, afirmando que se impone dicha solución al analizar los beneficios e ingresos económicos de Uber. En este sentido, sus ganancias no dependen de la distribución de su software, sino en la generación de viajes por sus conductores; ya que en el caso sometido a su análisis se comprobó que abona a sus choferes el 80% de la tarifa que cobra al pasajero, mientras que mantiene el 20% restante de la tarifa como su propia tarifa de servicio. Ello se deriva incluso de los términos y condiciones que otros tribunales se han hecho eco para fundar una conclusión contraria, ya que estos confirman que Uber genera ingresos si sus conductores realmente concretan y efectivizan el transporte de pasajeros.

En segundo lugar, el juzgador llega a esta conclusión también apreciando el margen de control sobre el monto de los ingresos que obtiene, calificándolo de significativo, en tanto que se constata que la empresa establece las tarifas que le cobra a los choferes de forma unilateral. Del mismo modo, aprecia que Uber se reclama una especie de “interés de propiedad” sobre los conductores, al prohibirles responder a las consultas de los usuarios sobre la reserva de viajes futuros fuera de la

aplicación, lo que comportaría un constreñimiento a la pretendida libertad emprendedora y de organización autónoma atribuida formalmente a los choferes.

En tercer lugar, el tribunal enfatiza en el hecho de que la plataforma digital ejerce un control sustancial sobre la calificación y selección de sus conductores.

En otro asunto sometido al mismo tribunal, en donde el análisis se limitaba a la actividad cumplida por Lyft, debatiéndose en similares términos y alcance que en el caso de Uber, el tribunal determinó que resulta incorrecto sostener que los choferes no le prestan un servicio a la empresa, y que efectivamente esta cumple un negocio destinado a proveer transporte a los pasajeros a cambio de un precio⁶⁴⁰.

El mismo calificativo se le asignó a la actividad de Uber por parte de la junta de apelaciones del seguro de desempleo del Estado de Nueva York, al señalar que la empresa se encarga de todo el marketing para que los clientes utilicen sus servicios de transporte con el lema “los conductores privados de todos”. Asimismo, señala que aunque Uber sostiene que es simplemente una plataforma tecnológica que conecta a usuarios con los conductores, su negocio es similar en muchos aspectos a otras compañías de servicios de automóviles más tradicionales. Aquí, la tecnología simplemente reemplaza gran parte de los deberes de un trabajador, que se dedica a organizar y enviar una solicitud de viaje al conductor más cercano que puede aceptar la asignación enviada. Además, Uber comercializa sus servicios de transporte a conductores y clientes por igual, selecciona solo choferes calificados, monitorea y supervisa el desempeño de los conductores, los premia por alto rendimiento, los disciplina de forma temporal o permanente cuando no cumplen con los

⁶⁴⁰ United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-cv-04065-VC, “Patrick Cotter, et al., v. Lyft, Inc.”, 11.03.2015.

estándares de Uber, establece los precios de las tarifas cobradas a los pasajeros, y establece la tarifa del conductor pagada a Uber⁶⁴¹.

Por otro lado, la Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB) de Estados Unidos señaló que aunque Uber lo niegue, corresponde entender que los conductores se desempeñan como parte del negocio regular de transporte de pasajeros que desempeña la empresa. Sin embargo, aún cuando se arribó a dicha conclusión, la Junta no ha considerado que este fuere un factor fuerte o determinante a los efectos de calificar a dichos choferes como trabajadores dependientes. De hecho, se señala que existen una serie de decisiones en las cuales se consideraba que las personas eran contratistas independientes, a pesar de que sus servicios eran integrales para el negocio de la empresa que los contrataba, en virtud del alcance de la oportunidad empresarial que se les brinda; mientras que, en situaciones de mayor control de la empresa, este factor se ha inclinado a favor del estado de dependencia⁶⁴². La misma calificación en relación a la naturaleza de la actividad cumplida por Uber ha sido compartida por el comisionado laboral del Estado de California⁶⁴³.

También es posible verificar otro cuestionamiento a la auto calificación de este tipo de plataformas digitales como meras intermediarias, efectuado por un tribunal del trabajo de **Australia**. En concreto, el Tribunal coincidió en señalar que la plataforma Uber se describe como una empresa basada en tecnología que se dedica al suministro de software y que no está asociada con la prestación de servicios de transporte en Australia. Sin embargo, la defensa propugnada por la empresa no fue ratificada por el tribunal, al considerarse que la

⁶⁴¹ State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

⁶⁴² National Labor Relations Board de Estados Unidos, Casos N° 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

⁶⁴³ Labour Commissioner of the State of California, “Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier – CA LLC, a Delaware limited liability company”, Caso N° 11-46739, 16.06.2015.

distinción que efectúa la empresa es en realidad, sin sentido, porque si bien puede ser correcto que no proporcione directamente servicios de transporte en Australia, la tecnología en la que se basa su negocio facilita la prestación de servicios de transporte. Además, el fallo enfatiza en que la misma genera sus ingresos directamente como consecuencia de los servicios de transporte prestados por los conductores al público que se conecta en la aplicación⁶⁴⁴.

En el caso de **Argentina**, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, dictó una sentencia⁶⁴⁵ ante un recurso de apelación presentado por el Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la empresa Rappi, en el marco de una acción de amparo promovida por diferentes empresas que se dedican al transporte de bienes y alimentos a domicilio. En síntesis, dichas empresas iniciaron una acción de amparo contra el Gobierno de la ciudad, con el objeto de obtener el reconocimiento de su derecho a ofertar y prestar los servicios de mensajería urbana y reparto domiciliario de sustancias alimenticias, de acuerdo con el régimen previsto en la Ley N° 5526. En dicho marco, solicitaron el otorgamiento de la habilitación en el registro pertinente y el control de tal exigencia por parte de la autoridad de aplicación respecto de todos los que ejercen las actividades referidas.

En el inicio del procedimiento, el Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la ciudad de Buenos Aires, dictó sentencia de primera instancia⁶⁴⁶ haciendo lugar a una medida cautelar solicitada por los accionantes, y ordenando al Gobierno de la

⁶⁴⁴ Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017.

⁶⁴⁵ Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario, Sala 1, Número: INC 36976/2018-2, CUIJ: INC J-01-00060959-1/2018-2, Actuación Nro: 13299523/2019, 12.07.2019.

⁶⁴⁶ Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo y Tributario N° 2 de la ciudad de Buenos Aires, Número: EXP 36976/2018-0, CUIJ: EXP J-01-00060959-1/2018-0, Actuación Nro: 12341078/2018, 06.12.2018.

ciudad a que se pronuncie en relación a la pretensión de otorgamiento de habilitaciones e inscripción en el registro de las empresas demandantes, así como a que luego de ello efectivice el registro, y los cursos de capacitación para los conductores de moto-vehículos y ciclo-rodados de mensajería urbana y transporte de alimentos a domicilio. Asimismo, uno de los aspectos más destacables del fallo lo fue la disposición de notificar a otras empresas como Rappi y Glovo, y a todas las personas físicas y/o jurídicas que desarrollen actividades similares a través de plataformas virtuales, para que estas soliciten la inscripción en el registro y la habilitación correspondiente que dispone la Ley N° 5226, para operar como prestadores del servicio de mensajería urbana y/o entrega de sustancias alimenticias a domicilio.

Por su parte, habiéndose interpuesto recurso de apelación contra la disposición de dichas medidas cautelares, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo y Tributario dictó el fallo citado, y desestimó el mismo, aunque modificando únicamente algunos plazos para el cumplimiento de los requerimientos cautelares.

Cabe destacar que la Ley N° 5226 incorporó al Código de Tránsito y Transporte de la Ciudad de Buenos Aires el apartado “13.3.2 Régimen de los Conductores destinados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias”⁶⁴⁷. En el recurso de apelación presentado por Rappi, se explicó que la empresa no presta el servicio al que alude la Ley N° 5226, sino que aquel es desarrollado de manera independiente por cada repartidor, a solicitud de los usuarios, a través de su plataforma informática que sólo actúa como intermediaria -

⁶⁴⁷ Allí se dispone que: “Los Conductores destinados al servicio de mensajería urbana y/o reparto a domicilio de sustancias alimenticias que no sean titulares de habilitación de Prestador del Servicio de Mensajería Urbana y/o Reparto a Domicilio de Sustancias Alimenticias, deberán encontrarse en calidad de conductores en el régimen del trabajador bajo relación de dependencia del Prestador, cumpliendo con la legislación laboral y previsional vigente”.

entre los comercios que buscan vender sus productos, los consumidores que quieren adquirirlos, y los repartidores independientes que reciben un pago efectuado por los consumidores-. De ese modo, consideró que el Juzgado de primera instancia se equivocó en el enfoque de la cuestión al considerar *prima facie* que Rappi se dedica a prestar los servicios alcanzados por la Ley N° 5526, pues se trata de una *app*, es decir de una aplicación de software. En dicho carácter la empresa argumentó al igual que otras plataformas digitales, que se limita a exhibir los productos y servicios de diferentes comercios, facilitar el encuentro entre consumidores y repartidores, y servir como medio de envío de comunicaciones entre aquellos. Asimismo, indicó que la ganancia de Rappi se centra en el cobro efectuado a los comercios y que no retiene comisión alguna, siendo el 100% del valor pagado por el consumidor en concepto de costo de envío -y la propina en caso de corresponder- percibido por el repartidor.

Tanto en la sentencia del Juzgado de primera instancia, como en la sentencia de la Cámara de Apelaciones, se ha hecho referencia expresa sobre este tema, aunque sin pronunciarse categóricamente, por la naturaleza cautelar de la cuestión. Así, se ha señalado que resulta razonable la inclusión de las personas físicas o jurídicas que desarrollan actividades de *delivery* mediante plataformas digitales en el ámbito de aplicación de la Ley N° 5226, así como la imposición de que soliciten la habilitación e inscripción en el registro.

En este sentido, el fallo del Juzgado de primera instancia expresa que “[s]e hará saber a Rappi SAS, Kadabra SAS (Glovo), y a todas las personas físicas y/o jurídicas que desarrollan actividades homólogas a través de plataformas virtuales, que *prima facie* no encuentra el Tribunal justificación legal para excluirlas de las previsiones de la ley 5226, por lo que se encuentran alcanzadas por la presente resolución”.

Por su parte, el fallo de la Cámara concluye que “debe considerarse -en términos cautelares- la finalidad perseguida por la ley...y el tenor de los derechos en juego...; así como la obligación impuesta en la regla jurídica con relación a la habilitación de quienes presten el servicio de mensajería urbana y transporte de sustancias alimenticias a domicilio como servicios complementarios a la actividad principal. Tales cuestiones permiten concluir, en este estado inicial del proceso, que la decisión cautelar -en cuanto incluyó en el decisorio a las personas humanas o jurídicas que desarrollan sus actividades homólogas mediante plataformas virtuales y les impuso que soliciten la habilitación e inscripción en el RUTRAMyC (apartado 6 de las órdenes cautelares cuestionadas)- resulta razonable”.

En **Uruguay**, la justicia del trabajo también ha compartido el criterio referenciado, al señalar que Uber se trata de una empresa cuya actividad principal consiste en brindar servicios de transporte. Así, por un lado, el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno ha señalado que la plataforma o aplicación tecnológica que proporciona Uber constituye la herramienta para el desempeño de la labor de los conductores⁶⁴⁸.

En el mismo sentido se ha pronunciado el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, al confirmar el fallo del Juzgado del Trabajo de la Capital de 6° Turno⁶⁴⁹. En síntesis, si bien el Tribunal ha considerado intrascendente la determinación de la naturaleza de la actividad cumplida por Uber, en el sentido de dilucidar si se trata de una empresa de tecnología o una empresa propiamente de transporte, sin embargo, la sentencia tuvo por acreditado que “Uber utiliza la herramienta tecnológica

⁶⁴⁸ Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019.

⁶⁴⁹ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1° Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

para organizar su sistema productivo”, conectando la demanda de servicios de transporte con la oferta respectiva, y gestiona el cobro del servicio al usuario. Ello quiere decir que, sin ser importante el tema aludido, de todos modos el Tribunal se decanta a favor de considerar a Uber como una empresa de transporte -en idéntico sentido que la sentencia de primera instancia-.

Aún cuando se haya destacado la ausencia de trascendencia sobre el tema de la determinación de la naturaleza de la actividad cumplida por Uber, sin embargo, a lo largo del recorrido argumental de la sentencia se desprende lo contrario. En efecto, al analizarse la integración del chofer en la organización de la empresa, se ha hecho caudal énfasis en que el conductor no organiza ninguna etapa del proceso productivo de Uber -el de transporte-. De ese modo es que se concluye que el chofer “constituye un eslabón del proceso productivo organizado y comandado por Uber y al que se somete”. En definitiva, el chofer se integra a la empresa ocupando una función concreta que armoniza con el propósito de Uber y que sin ella -la labor de traslado de pasajeros- no existiría este negocio.

ANEXO 3: SÍNTESIS FÁCTICA Y JURÍDICA DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES Y ADMINISTRATIVAS CITADAS CON REFERENCIA A LA NATURALEZA DEL VÍNCULO ENTRE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LOS PRESTADORES DEL SERVICIO

I. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores autónomos

En **Francia**, la División Comercial N° 4 del tribunal de primera instancia del trabajo de París se ha pronunciado indicando que, por ejemplo, la empresa Uber se dedica a la intermediación y no a un servicio de transporte, tal como surge estipulado en el contrato de servicios. Por ese motivo, se considera que actúa como intermediario poniendo en contacto a los operadores de vehículos de pasajeros con particulares a través de la aplicación móvil. Así, el fallo concluye que no se puede negar que el reclamante no recibió instrucciones directamente de la compañía Uber, sino a través de la aplicación móvil, y que por tanto, las partes no están vinculadas por ningún contrato de trabajo, sino que, de hecho, se trata de un contrato comercial⁶⁵⁰.

A los efectos de llegar a dicha conclusión, el tribunal consideró que la relación empleado y empleador, se define en términos de un trabajo realizado bajo la autoridad de un empleador que tiene el poder de dar órdenes y directivas, monitorear el desempeño del trabajo y sancionar las deficiencias del empleado. Según los fundamentos vertidos en la sentencia,

⁶⁵⁰ Conseil de Prud'Hommes, División Comercial N° 4, “Mr Florian Menard v Sas Uber France, Societe Uber B V”, 29.01.2018.

se ha considerado que tales extremos no se verificaron, en tanto que el reclamante era el propietario de su vehículo, y que era libre de adoptar las horas de trabajo que le convenían, así como tenía libertad de aceptar o rechazar viajes, y de desconectarse si así lo entendía oportuno. De ese modo, se entendió que Uber no controlaba las horas de trabajo de los conductores, y que estos choferes no tienen ninguna obligación de presencia o duración de la conexión. Es en virtud de ello que, dada la total libertad de organización de la que disfrutaba el reclamante, ese hecho por sí solo constituye un obstáculo para el reconocimiento de un contrato de trabajo. La sentencia además hace un caudal énfasis en que está claramente estipulado en el contrato de servicios, que el mismo no se trataba de un contrato de trabajo, y que no creaba una relación empleado y empleador.

En el caso francés, además de la sentencia de instancia sobre el caso Uber mencionada, la Cámara N° 2 de la Corte de Apelaciones de París ha declinado su competencia y entendido que las actuaciones debían remitirse a los órganos mercantiles, por entender que la relación entablada entre un *rider* y la empresa Take Eat Easy no se trataba de un vínculo de carácter laboral, en virtud de que no se había acreditado la existencia de subordinación jurídica⁶⁵¹.

Por su parte, coincidiendo con el criterio que considera a las plataformas digitales como meras intermediarias, en **Brasil**, un juzgado del trabajo de Belo Horizonte concluyó de igual modo que el tribunal francés, en relación a la ausencia de una relación de trabajo entre un chofer y la empresa Uber. El fallo se fundamenta en el hecho de haberse comprobado la inexistencia de los elementos esenciales del contrato de trabajo que se desprenden de la normativa brasilera. En efecto, el juzgador entiende que no se reúnen los elementos de la prestación de carácter personal, de forma onerosa, la no eventualidad y subordinación jurídica o estructural,

⁶⁵¹ Cour d'Appel de Paris, Chambre 2, RG n°17/00511, 20.04.2017.

necesarias para la calificación del vínculo como de naturaleza laboral. Como argumentos complementarios al análisis de la CLT, el tribunal agrega que la plataforma digital es una solución de tecnología de la información, que cobra a los usuarios y choferes el costo del uso de dicha tecnología. Del mismo modo, se basa en dos pronunciamientos judiciales de Estados Unidos, que se habrían decantado por la solución propuesta en dicha sentencia⁶⁵².

Un estudio similar efectuó otro juzgado del trabajo de Belo Horizonte, al entender que en un reclamo iniciado contra Uber, en los hechos no se comprobaba la existencia de subordinación jurídica, dado que la empresa no le impartía órdenes al chofer reclamante, ni le indicaba determinaciones concretas en relación a la ejecución de su trabajo. Además de los fundamentos expresados anteriormente, el juzgador agrega que el conductor había asumido los costos y riesgos de la actividad desarrollada, en tanto que eligió y adquirió personalmente un automóvil para cumplir con la actividad de transporte de pasajeros, y que por lo tanto, tal extremo era un fiel reflejo de la ausencia de subordinación jurídica. A ello adiciona que la ausencia de la exigencia de exclusividad, es otro dato revelador de la falta de subordinación, así como la consignación expresa de que la actividad de Uber no consiste en el transporte de pasajeros, ya que así surge del contrato social de la plataforma digital⁶⁵³.

Otra sentencia destacable de esta ciudad de Brasil, ha determinado que la prestación ejecutada por un chofer de Uber, se trata de una de carácter personal, que implica la integración en la estructura de la actividad económica de la empresa, estando además presente el elemento de la onerosidad, ya que la plataforma tiene la ganancia económica directa, en

⁶⁵² 12ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010044-43.2017.5.03.0012, 30.05.2017.

⁶⁵³ 37ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011863-62.2016.5.03.0137, 30.01.2017.

virtud de que el conductor no es libre de fijar el precio de los viajes, ni el valor que se retiene y luego se le transfiere. De todos modos, el tribunal entiende que dichos elementos no son suficientes a los efectos de configurar un vínculo laboral. En ese sentido, el juzgador ha entendido que lo esencial en el caso es la determinación de la existencia de la subordinación jurídica. Por ello, se entiende que resulta preciso el análisis concreto de la verificación de interferencias, fiscalizaciones, cobranzas y controles que de tal modo, descarten la autonomía de quienes venden la mano de obra⁶⁵⁴.

Precisamente, en idéntico sentido a los homólogos fallos de esa ciudad, se coincide en afirmar la inexistencia de órdenes impartidas por la empresa, y la consecuente libertad horaria y de aceptación o rechazo de viajes por parte de los choferes; hecho que profundiza la inexistencia de la relación de trabajo. Incluso, se hace énfasis en que el establecimiento de sugerencias de conducta, como la cordialidad en el trato con los pasajeros, la limpieza del vehículo y el suministro de artículos de confort, sin la obligación de cumplimiento o el control efectivo, no compromete la libertad del conductor, ni configuran una dirección o indicación en el modo de trabajo.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia de Brasil dictó una sentencia que se pronunció colateralmente en relación al vínculo entablado entre un chofer y la empresa UBER. El asunto planteado por el conductor, se limitaba al pedido de condena de una obligación de hacer, y al resarcimiento de daños materiales y morales. En concreto, el chofer solicitó ante la justicia que se le desbloqueara el acceso a la aplicación de UBER, y que se le indemnizaran los daños producidos por el tiempo en el que estuvo inactivo por decisión unilateral de la empresa al proceder al

⁶⁵⁴ 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo Nº 0010950-11.2017.5.03.0181, 20.07.2017.

bloqueo del conductor por presunto mal comportamiento y uso de la aplicación⁶⁵⁵.

Lo llamativo del caso es que la acción fue inicialmente propuesta ante el Juez Estadual en lo civil, quien declinó su competencia, por entender que entre las partes existía un vínculo laboral. La contienda de competencia se originó al derivarse el caso ante el Juez Laboral, quien también se declaró incompetente. Por ese motivo ha debido intervenir el Superior Tribunal de Justicia.

Por su parte, el Superior Tribunal de Justicia resolvió la cuestión de la competencia, en el sentido de entender que era la Justicia Civil quien debía resolver el caso, al entender que entre las partes existía un vínculo de naturaleza civil. Sucintamente, los fundamentos vertidos fueron los siguientes: 1) la causa de la solicitud es el contrato de intermediación digital para la provisión de servicios firmados entre las partes; 2) los fundamentos de hecho y de derecho del caso enjuiciado no se dirigen en el sentido de una eventual relación de trabajo entre las partes; 3) la relación laboral requiere los elementos de la personalidad, habitualidad, subordinación y onerosidad, siendo que si ninguno de estos supuestos existe, el trabajo se caracteriza por ser autónomo u ocasional; 4) UBER opera en el mercado a través de una aplicación móvil responsable de acercar los conductores asociados a sus clientes, pasajeros; 5) los conductores no mantienen una relación de subordinación con UBER porque sus servicios se brindan de manera eventual, sin horarios preestablecidos y no reciben un salario fijo, lo que des-caracteriza el vínculo laboral; 6) los ejecutantes de la actividad, actúan como empresarios, sin relación laboral con la empresa propietaria de la plataforma.

⁶⁵⁵ Superior Tribunal de Justiça, Conflito de competência Nº 164.544, 2019/0079952-0, 28.08.2019.

En síntesis, en el fallo comentado se parte de la base de que UBER se trata de una empresa meramente intermediaria entre la oferta y la demanda de los servicios de transporte, y que los choferes son verdaderos emprendedores que ejecutan una actividad de manera autónoma.

Concurrentemente, en **Australia**, un tribunal del trabajo ha señalado que para que exista una relación laboral, ciertos elementos fundamentales deben estar presentes. De ese modo, se ha indicado que un contrato de trabajo requiere un “mínimo irreducible de obligaciones mutuas”, que consisten en, por un lado, realizar el trabajo o los servicios que razonablemente pueden exigirse bajo el contrato y, por otro lado, pagar por dicho trabajo o servicios⁶⁵⁶.

En virtud de ello, en el marco de dicho proceso judicial, que fuera iniciado contra la empresa Uber, se ha advertido que ni bajo los términos del acuerdo de servicios entre las partes, ni bajo el acuerdo tal como operaba en la práctica se requirió que el reclamante realizara ningún trabajo o proporcionara ningún servicio en beneficio de la empresa. La referida conclusión se extrae además de la amplia libertad del conductor, para trabajar la cantidad de trabajo que eligiera, en el lugar y momento que lo creyere conveniente.

En otro orden, también se indicó que Uber no realizó ningún pago al chofer por la provisión de ningún trabajo o servicio. Por el contrario, la empresa le cobró al conductor una tarifa de servicio calculada sobre la base de un porcentaje de la tarifa pagada por el pasajero, por cada viaje ejecutado, en función de ciertos servicios prestados por el demandado al reclamante.

En forma adicional y alternativa, el fallo señala que a la misma conclusión se podría arribar en caso de aplicarse el abordaje tradicional a

⁶⁵⁶ Fair Work Commission de Australia, “Mr. Michail Kaseris v Rasier Pacific V.O.F.”, U2017/9452, 21.12.2017.

este tipo de cuestiones que efectúan normalmente las diferentes cortes de justicia en ese país, siendo para ello relevante el estudio de una serie de indicios⁶⁵⁷ para determinar la existencia de una relación de trabajo, partiendo de la base del análisis de la realidad por sobre lo que surgiera de las formalidades o disposiciones contractuales.

De ese modo, se indica que los principales indicios que deben analizarse son los siguientes: 1) si el presunto empleador ejerce o tiene derecho a ejercer, controlar la manera en que se realiza el trabajo -el lugar o el trabajo, las horas de trabajo y similares-; 2) si el trabajador realiza trabajo para otros o tiene un derecho genuino y efectivo para hacerlo; 3) si el trabajador tiene un lugar de trabajo separado o si anuncia sus servicios al mundo en general; 4) si el trabajador proporciona y mantiene herramientas o equipos importantes; 5) si el trabajo puede ser delegado o subcontratado; 6) si el eventual empleador tiene derecho a suspender o despedir a la persona contratada; 7) si el eventual empleador presenta al trabajador al mundo en general como una parte del negocio; 8) si el impuesto sobre la renta se deduce de la remuneración pagada al trabajador; 9) si el trabajador es remunerado por sueldo o salario periódico o en referencia a la tareas terminadas; 10) si el trabajador recibe vacaciones pagadas o licencia por enfermedad; 11) si el trabajo involucra una profesión, oficio o un llamado distinto por parte de la persona contratada; 12) si el trabajador crea buena voluntad o activos que pueden ser vendidos en el curso de su trabajo; y 13) si el trabajador gasta una parte significativa de su remuneración en gastos comerciales.

La sentencia comentada concluye expresando que quizás la ley de empleo evolucionará para seguir el ritmo de la naturaleza cambiante de la economía digital, y quizás la legislatura desarrolle leyes para refinar las

⁶⁵⁷ Detallados en el caso conocido en ese país como “Stevens v Brodribb Sawmilling Co Pty Ltd”.

nociones tradicionales de empleo o ampliar la protección a los participantes en la economía digital; pero hasta entonces, continuarán aplicándose las manifestaciones tradicionales de empleo.

Por su parte, un Juzgado de Letras del Trabajo de la ciudad de Santiago de **Chile**, también ha coincidido con este criterio reseñado, al afirmar que no se encuentra configurada subordinación alguna entre un chofer y Uber, ya que no existen antecedentes que la empresa ejerza poder sobre el actor y que el mismo se ejerza a través de directrices que en caso de incumplimiento sean sancionables o castigadas⁶⁵⁸.

En **España**, algunos juzgados de primera instancia han confluído en considerar que la relación entablada entre un *rider* o repartidor y la empresa Glovo, no es de carácter laboral. Así lo han entendido los Juzgados de lo Social N° 1 de Salamanca⁶⁵⁹, N° 24 de Barcelona⁶⁶⁰, N° 4 de Oviedo⁶⁶¹, N° 17⁶⁶² y 39⁶⁶³ de Madrid y N° 2 de Vigo⁶⁶⁴.

En ese sentido, por un lado, se ha afirmado que la prestación de servicios asumida por los repartidores no cumple con los requisitos establecidos por el artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores, en tanto que esta no se realiza por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa. Ello se extrae del hecho de que los *riders* hacen el recorrido que desean, utilizan el medio de transporte que elijan, asumiendo los gastos del mismo. A su vez, se destaca que no poseen una

⁶⁵⁸ Segundo Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago de Chile, RIT O-1388-2015, 14.07.2015.

⁶⁵⁹ Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, Sentencia N° 215/2019, 14.06.2019, N° de Recurso 133/2019.

⁶⁶⁰ Juzgado de lo Social N° 24 de Barcelona, Sentencia N° 202/2019, 21.05.2019; y Sentencia N° 205/2019, 29.05.2019.

⁶⁶¹ Juzgado de lo Social N° 4 de Oviedo, Sentencia N° 106/2019, 25.02.2019, N° de Recurso 458/2018.

⁶⁶² Juzgado de lo Social N° 17 de Madrid, Sentencia N° 12/2019, 11.01.2019, N° de Recurso 418/2018.

⁶⁶³ Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid, Sentencia N° 284/2018, 03.09.2018, N° de Recurso 1353/2017.

⁶⁶⁴ Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019.

zona geográfica asignada, y que escogen los días y horarios en las que desean prestar sus servicios, pudiendo rechazar pedidos, ostentado capacidad de organización propias.

Adicionalmente, se ha señalado que si bien es cierto que el sistema existente para acceder por parte de los repartidores a la asignación de pedidos establece una prioridad para los que tengan una mayor puntuación, la misma depende de unos parámetros objetivos y ajenos a la empresa, por lo que dicho extremo no supone una manifestación de poder disciplinario por la empresa. En el mismo sentido, se enfatiza en que el hecho de que la empresa decida las tarifas de cada encargo, así como que pusiera a disposición del trabajador la aplicación tecnológica como instrumento a través del cual los repartidores se contactan con los clientes, no es incompatible con las características típicas de un TRADE.

Un elemento que cabe destacar es que el Juzgado de lo Social N° 1 de Salamanca, por un lado, ha concluido que el caso enjuiciado ingresa en la figura del TRADE -al igual que los otros juzgadores-, aunque por otro lado, también ha indicado que la empresa Glovo se trata de una mera intermediaria que no presta el servicio subyacente. Dicho extremo ha sido considerado por parte de la doctrina como conclusiones incompatibles entre sí.

Otro elemento que merece un especial destaque, lo constituye uno de los fundamentos empleados por el Juzgado de lo Social N° 39 de Madrid. Precisamente, el primer argumento empleado por el tribunal, es contrario a la propia interpretación efectuada por el Tribunal Supremo, cuya doctrina es incluso trasladada en el fallo referenciado. En efecto, el principio básico para el análisis de este tipo de casos, está vinculado con la necesaria primacía de la realidad, y por ende, resulta necesario descartar lo que establecen las formas, y en su lugar, estudiarse los hechos y realidad material.

Sin embargo, la sentencia parte de la premisa opuesta, al considerar como punto de partida, que el repartidor había suscrito dos contratos con la empresa, cuyos contenidos coincidían en una modalidad de trabajo ejecutada por el reclamante de manera autónoma, *strictu sensu* inicialmente, y como TRADE en forma posterior. Lo sorprendente del fallo es que haya considerado aspectos propios de la disciplina civil, tal como lo es la eventual ausencia de un vicio del consentimiento al momento de la suscripción de los contratos, así como que “la voluntad conjunta y libremente expresada a través de un contrato debe tomarse al menos como punto de partida para su examen”.

También se ha decantado por la misma solución el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, al considerar que el vínculo que une a un *rider* con la empresa Glovo es el propio de la figura del TRADE. A tales efectos, la sentencia del Tribunal parte de la base de la doctrina del Tribunal Supremo reflejada en su sentencia N° 127/2018, así como de la jurisprudencia que le reconoce “un papel preponderante en la interpretación de los contratos al Juez de instancia”. En síntesis, el fundamento central de dicho órgano reside en considerar que no fue acreditado “que el desarrollo diario de la prestación del servicio se hiciera de forma distinta de la libremente pactada por las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y sin prueba de la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento en el momento de su firma”⁶⁶⁵.

Para llegar a dicha conclusión, en el fallo se indica que el prestador de servicios organiza con total autonomía su propia actividad, no existiendo sometimiento alguno al círculo rector y organicista empresarial; así como puede rechazar solicitudes de trabajo asignadas y dispone de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio

⁶⁶⁵ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 4, Sentencia N° 715/2019, 19.09.2019, N° de Recurso 195/2019.

de la actividad, y aporta los medios necesarios para su desarrollo, siendo retribuido en virtud del resultado alcanzado en la ejecución.

La misma conclusión fue sostenida por el Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, al considerar que el vínculo entre un *rider* y la empresa Glovo no reunía las notas típicas de la relación de trabajo dependiente. En ese sentido, dicha interpretación se funda en el hecho de que el repartidor decidiera emplear un vehículo propio que resulta fundamental para el desarrollo de la actividad, y que además es más eficiente que otros mecanismos de transporte como una bicicleta o motocicleta, siendo esta una “típica decisión empresarial” de la que el trabajador por cuenta ajena se encuentra exento precisamente por la nota de la ajenidad⁶⁶⁶.

Lo anterior ha llevado a que el juzgador concluya que los riesgos y los beneficios o ganancias de la actividad los asumía en gran medida el repartidor. Asimismo, descarta la existencia de órdenes e instrucciones típicas de una relación por cuenta ajena, en tanto que entiende que las eventuales existentes se refieren a indicaciones técnicas que pueden desarrollarse en el marco de una relación de trabajo autónomo.

Por su parte, en **Italia** se han pronunciado en un sentido coincidente tanto los tribunales de Turín⁶⁶⁷ y de Milán⁶⁶⁸, así como la Corte de Apelaciones de Turín⁶⁶⁹, al descartar que existiere un contrato de trabajo entre los repartidores y las empresas Foodora y Foodinho.

En concreto, se ha hecho alusión a que el requisito fundamental del contrato de trabajo subordinado, lo constituye el vínculo de sujeción del trabajador al poder directivo, organizativo y disciplinario del empleador, que se deriva del dictado de órdenes específicas, así como del ejercicio de una actividad de supervisión y control de la ejecución de las tareas.

⁶⁶⁶ Juzgado de lo Social de Vigo N° 2, Sentencia N° 642/2019, 12.11.2019.

⁶⁶⁷ Tribunale di Torino, Sección Civil, Causa N° 20770/2056 R.G., 24.03.2017.

⁶⁶⁸ Tribunale di Milano, Sección Laboral, Causa N° 6719 R.G.L. 2017, 10.09.2018.

⁶⁶⁹ Corte D'Appello di Torino, Sección del Trabajo, Causa N° 468/2018, 11.01.2019.

También se han enunciado una serie de características subsidiarias que funcionarían como criterios meramente indiciarios para determinar la existencia de la relación de trabajo, como lo son el cumplimiento de un horario, estar inserto en la estructura organizativa de la empresa y la asunción de los riesgos por parte del empleador.

El punto que amerita especial énfasis en los pronunciamientos, se refiere a la ausencia de obligación de la prestación de trabajo a cargo de los repartidores, en cuyo caso, existe un expreso pronunciamiento en cuanto a que dicho extremo excluye de raíz la subordinación. Sin perjuicio de ello, también es analizada la distinción entre la coordinación de actividades, y la efectiva presencia de subordinación, entendiendo que puede existir en los hechos la primera, sin que por ello se verifique la segunda. Incluso, los indicios fácticos de subordinación aportados por los reclamantes, han sido catalogados como típicas manifestaciones de actividades de coordinación necesarias para el empleador, sin que por ello constituyan órdenes impartidas, ni mecanismos de control que evidenciaran una situación de subordinación.

Fundamentalmente, las sentencias ahondan en la libertad que disponen los repartidores de establecer la cantidad, el lugar y el tiempo del desempeño laboral, lo que se traduce en una autonomía organizacional que resulta incompatible con el vínculo de subordinación.

En el **Reino Unido**, un comité de arbitraje ha tenido que intervenir ante un caso planteado por el sindicato de trabajadores independientes contra la empresa Deliveroo, cuestionando precisamente la calificación de la naturaleza jurídica de la relación entre esta última y los repartidores. En dicha instancia, el pronunciamiento parte de la premisa de que la tarea es encontrar el verdadero acuerdo o las obligaciones legales reales de las partes, sin confundirlas con sus verdaderas intenciones o expectativas. Por ello es que se ha entendido que la pregunta de si el verdadero propósito

de Deliveroo en la confección de los contratos fue evitar que sus repartidores obtengan el estatus de trabajadores, no es relevante, sino que por el contrario, la interrogante adecuada a responder se limita a la determinación de lo que se acordó entre las partes realmente. Es por este motivo que, al igual que lo han determinado otros tribunales a nivel comparado, la dilucidación de cada caso en concreto se debe hacer del análisis de la realidad por sobre las formalidades⁶⁷⁰.

Asimismo, el fallo encontró una dificultad central e insuperable para los intereses del sindicato, en tanto que se ha considerado que el derecho de sustitución de los repartidores establecido en los contratos es genuino y comprobado en la práctica. Por tal motivo, esa circunstancia impide que los *riders* se comprometan a ejecutar personalmente cualquier trabajo o servicio para otra parte. De ese modo, se concluye que no es necesario analizar las otras características de la relación contractual entre Deliveroo y sus repartidores, en tanto que serían insuficientes para compensar en favor de la pretensión del sindicato, a la luz del hallazgo de la posibilidad auténtica de sustitución.

La Corte Superior de Justicia de ese país confirmó el pronunciamiento del comité de arbitraje, al considerar que los repartidores no pueden ser considerados como trabajadores de Deliveroo, y que ni la jurisprudencia nacional, ni de Estrasburgo respaldan el planteo del sindicato⁶⁷¹.

A mayor abundamiento, en el caso de **Estados Unidos** se ha verificado una intervención por parte de diferentes órganos de diversa naturaleza, que han tenido que resolver la cuestión de la calificación del vínculo que une a las plataformas digitales con los prestadores del servicio.

⁶⁷⁰ Central Arbitration Committee del Reino Unido, Caso N° TUR1/985(2016), 14.11.2017.

⁶⁷¹ High Court of Justice, Queen's Bench Division, Administrative Court, Caso N° CO/810/2018, 05.12.2018.

En primer lugar, el tercer distrito de la Corte de Apelaciones de Florida ha concluido que un chofer de Uber no es un trabajador dependiente, y por ende no tiene derecho a la asistencia de reemplazo. En ese sentido, para determinar si un individuo es un empleado o un trabajador independiente, la ley de Florida exige que los tribunales observen inicialmente el acuerdo de las partes. De ese modo, se invierte la aplicación del principio de primacía de la realidad, al entenderse que si una disposición contractual niega una relación de trabajo, los tribunales deben cumplir con dicha disposición a menos que otras disposiciones del acuerdo, o la práctica real de las partes, demuestren que no es un indicador válido de estado⁶⁷².

Además, en el caso comentado se señala que para determinar si las partes ejecutan una relación de trabajo o autónoma, los tribunales de Florida consideran diez factores concretos, evaluando así el alcance del control ejercido por el presunto empleador sobre el trabajo, si el empleado está ocupado o no en una ocupación o negocio distinto, el tipo de ocupación, con referencia a si, en la localidad, el trabajo generalmente se realiza bajo la dirección de un empleador, la habilidad requerida en la ocupación particular, si el empleador o el trabajador proporciona los instrumentos, herramientas y el lugar de trabajo para la persona que realiza el trabajo, la extensión del tiempo durante el cual la persona está empleada, el método de pago, ya sea por el tiempo o por el trabajo, si el trabajo es o no parte del negocio regular del empleador, si las partes creen que están creando una relación de trabajo, y si el eventual empleador está o no en el negocio.

Sin perjuicio de ello, entre esos diez factores, se destaca que los tribunales de Florida reconocen que el alcance del control constituye el factor más importante para determinar si una persona es un empleado o

⁶⁷² Third District Court of Appeal, State of Florida, N° 3D15-2758,01.02.2017.

un contratista independiente. En virtud de ello, el estudio se centra en los poderes del empleador, y en develar si este ejerce dirección y control sobre el trabajador. Y para el caso concreto analizado, la corte de apelaciones entendió que no se reunían dichos extremos, ya que los conductores de Uber deciden cuándo, dónde, con quién y cómo proporcionar viajes utilizando los programas informáticos de Uber, siendo ese nivel de libertad incompatible con el control al que está sujeto un empleado tradicional.

En segundo lugar, también se ha expedido un tribunal del distrito norte de California, sobre la base de responder si bajo el *test* del caso Borello⁶⁷³ los repartidores de Grubhub son empleados o contratistas independientes. Después de haber considerado todos dichos factores en su conjunto, el tribunal consideró que Grubhub ha cumplido con su carga de demostrar que existió una adecuada clasificación de los repartidores como contratistas independientes. Asimismo, se destaca que si bien algunos factores están a favor de una relación laboral, la falta de control de Grubhub sobre el trabajo de los *riders*, incluida la forma en que se realizan las entregas e incluso por cuánto tiempo, junto con otros factores, persuadieron al tribunal de que la clasificación era adecuada⁶⁷⁴.

En tercer término, un tribunal del distrito este de Pennsylvania también ha considerado que los conductores de Uber son contratistas independientes y no trabajadores subordinados, sobre la base del análisis

⁶⁷³ Dicho *test* básicamente enuncia como principal factor determinante para el análisis de la naturaleza del vínculo entre las partes, a la existencia de un derecho de control del presunto empleador sobre el trabajador, y en particular, sobre la manera y los medios para lograr el resultado deseado. En forma subsidiaria, existen otros elementos secundarios, que coinciden con los factores enunciados por los tribunales de Florida que fueron detallados precedentemente.

⁶⁷⁴ United States District Court Northern District of California, Caso N° 15-cv-05128-JSC, “Raef Lawson v. Grubhub, Inc. et al.”, 08.02.2018.

de los factores aportados en el caso *Donovan*⁶⁷⁵, considerando que cada uno de ellos pesan mayoritariamente en favor de dicha conclusión⁶⁷⁶.

En cuarto lugar, la Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB) también ha coincidido con este criterio, al indicar que los choferes de Uber son autónomos. De ese modo, se afirma que el control prácticamente completo de los conductores sobre sus automóviles, horarios de trabajo y ubicaciones de inicio de sesión, junto con su libertad de trabajar para los competidores de Uber, les proporcionó una importante oportunidad empresarial. Asimismo, se hizo especial referencia a que el aumento de los precios y otros incentivos financieros que Uber utilizó para satisfacer la demanda de los pasajeros, no solo reflejan el enfoque de no intervención de la empresa, sino que también constituyeron una nueva oportunidad empresarial para los conductores. El tribunal sin embargo admite que Uber limitó la selección de viajes de los conductores, estableció tarifas y ejerció formas menos significativas de control, aunque ello no lo aleja de concluir que los conductores operaron con un nivel de libertad empresarial consistente con el estado de contratista independiente. El tribunal también consideró que existen otros factores que respaldan la condición de trabajador, tal como lo son la habilidad requerida y el hecho de que los conductores operaban como parte del negocio regular de Uber, y no en un negocio u ocupación distintos, aunque los catalogó como cuestiones de menor importancia en ese contexto fáctico⁶⁷⁷.

⁶⁷⁵ Dichos factores, similares a los elementos secundarios del caso *Borello*, son: 1) el grado del derecho del supuesto empleador a controlar la manera en que se realizará el trabajo; 2) la oportunidad del presunto empleado de ganancias o pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial; 3) la inversión del presunto empleado en equipo o materiales requeridos para su tarea, o el empleo de ayudantes; 4) si el servicio prestado requiere una habilidad especial; 5) el grado de permanencia de la relación laboral; y 6) si el servicio prestado es una parte integral del negocio del supuesto empleador.

⁶⁷⁶ United States District Court Eastern District of Pennsylvania, Caso N° 2:16-cv-00573-MMB, “*Ali Razak, Kenan Sabani, and Khaldoun Cherdoud v. Uber Technologies, Inc., and Gegan, LLC*”, 11.04.2018.

⁶⁷⁷ National Labor Relations Board, Casos N° 13-CA-163062, 14-CA-158833 y 29-CA-177483, 16.04.2019.

En otro caso también ha intervenido la Suprema Corte de California, estableciendo un criterio diferente a los anteriores pronunciamientos comentados, al que ha denominado como el “ABC *test*”. En efecto, dicho tribunal entendió que un trabajador se considera adecuadamente un contratista independiente, solo si la empresa contratante acredita: 1) que el trabajador está libre del control y la dirección de la misma en relación con el desempeño del trabajo -ambos surgiendo del contrato para la realización de dicho trabajo y de los hechos-; 2) que el trabajador realiza un trabajo que está fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante; y 3) que el trabajador se dedica en forma independiente y habitual a un comercio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante⁶⁷⁸. Dicho criterio fue luego aplicado y seguido por el noveno circuito de la Corte de Apelaciones en un caso similar⁶⁷⁹.

Por último, cabe destacar que la Cámara octava del **TJUE** dictó un acto motivado -de conformidad con el art. 99 del Reglamento de Procedimiento del Tribunal de Justicia-, para dar respuesta a un pedido efectuado por un Tribunal de Empleo de Watford del Reino Unido, que había requerido una decisión preliminar en relación a la protección del tiempo de trabajo⁶⁸⁰. En concreto, la solicitud de resolución preliminar se refería a la interpretación de las disposiciones de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la organización del tiempo de trabajo.

La solicitud se realizó en el marco de un procedimiento judicial entablado en el Reino Unido entre B - servicio de mensajería de paquetería

⁶⁷⁸ Supreme Court of California, “Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court”, Opinion N° S222732, 30.04.2018.

⁶⁷⁹ United States Court of Appeals for the Ninth Circuit, Caso N° 3:16-cv-05961-WHA, 02.05.2019.

⁶⁸⁰ TJUE, Cámara octava, acto motivado del 22 de abril de 2020, C-692/19.

de barrio- y Yodel Delivery Network Ltd, en relación con la clasificación de la condición profesional de B en su relación laboral con esa empresa.

El reclamante llevaba a cabo su negocio exclusivamente para la empresa Yodel, una empresa de entrega de paquetes. Para cumplir con su actividad, tuvo que recibir capacitación para familiarizarse con el uso del dispositivo de entrega manual provisto por Yodel. En síntesis, los *couriers* del vecindario que llevan a cabo su actividad en beneficio de dicha empresa, se comprometen sobre la base de un arrendamiento de servicios de mensajería que estipula que son “contratistas independientes por cuenta propia”.

Según dicho arrendamiento de servicios de mensajería, los mensajeros no están obligados a realizar la entrega personalmente y pueden designar un subcontratista o un sustituto para la totalidad o parte del servicio prestado, cuya sustitución Yodel puede vetar si la persona elegida no tiene un nivel de habilidades y calificación que es al menos equivalente a la requerida por un servicio de mensajería contratado por Yodel. En cualquier caso, quien se compromete en brindar el servicio de mensajería, sigue siendo personalmente responsable de cualquier acto u omisión de cualquier subcontratista o sustituto designado.

Además, desde el punto de vista práctico usan su propio vehículo para entregar los paquetes manejados por Yodel y utilizan su propio teléfono móvil para comunicarse con dicha empresa.

El acuerdo de servicios de mensajería también indica que quien presta el servicio de mensajería, es libre de entregar paquetes en beneficio de terceros al mismo tiempo de prestar servicios en nombre de Yodel, es decir, sin existir exclusividad. Asimismo, el documento mencionado prevé que Yodel no está obligado a utilizar a dichas personas con los que ha celebrado un acuerdo de servicios, al igual que estas últimas no están obligados a aceptar ningún paquete para la entrega. Además, tienen la

posibilidad de elegir un número máximo de paquetes que están dispuestos a entregar.

En cuanto a las horas de trabajo, las personas reciben en su domicilio los paquetes que se entregarán, entre el lunes y el sábado de cada semana. Si bien los paquetes deben ser entregados entre las 7.30 y las 21.00 horas, sin embargo, los prestadores del servicio tienen la libertad de decidir, a excepción de las entregas a tiempo fijo, el tiempo de entrega, el pedido y la ruta adecuados para su conveniencia personal.

En definitiva, aunque el arrendamiento de servicios celebrado entre Yodel y los *couriers* clasifica a estos últimos como “contratistas independientes autónomos”, B afirmó que su estatus es el de trabajador a los efectos de la Directiva 2003/88/CE.

Por su parte, el Tribunal de Empleo de Watford planteó que, en el caso de que B fuera clasificado como trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE, resultaba necesario obtener un pronunciamiento por parte del TJUE en relación a los métodos para calcular el tiempo de trabajo de los *couriers* con los que Yodel celebró un arrendamiento de servicios, ya que, durante el tiempo que dedican a la entrega de paquetes en nombre de dicha empresa, estos pueden proporcionar sus servicios simultáneamente a otras empresas y organizar sus actividades con gran libertad.

Concretamente, el Tribunal de Empleo de Watford le requirió al TJUE que se pronuncie en relación a si la Directiva 2003/88/CE debe interpretarse en el sentido de que excluye a una persona, contratada por su posible empleador en virtud de un arrendamiento de servicios que estipula que es un contratista independiente por cuenta propia, de ser clasificado como trabajador a los efectos de esa directiva, cuando la persona tiene discreción:

a) para utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;

b) para aceptar o rechazar las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o establecer unilateralmente el número máximo de esas tareas;

c) para proporcionar sus servicios a cualquier tercero, incluidos los competidores directos del empleador putativo; y

d) para fijar sus propias horas de trabajo dentro de ciertos parámetros y adaptar su tiempo a su conveniencia personal en lugar de únicamente a los intereses del supuesto empleador.

Como punto de partida, el TJUE ha señalado que la Directiva 2003/88/CE no define el concepto de trabajador. Sin embargo, el existiendo pronunciamientos anteriores en relación a dicho concepto, reitera que entre otras cosas, ese concepto tiene un significado autónomo específico del derecho de la UE, y que corresponde al tribunal nacional aplicar ese concepto de trabajador a los efectos de la Directiva 2003/88/CE.

En definitiva, se sostiene que para determinar en qué medida una persona lleva a cabo sus actividades bajo la dirección de otra, el tribunal nacional debe basar tal proceso de calificación en criterios objetivos y efectuar una evaluación general de todas las circunstancias del caso que se le presente, teniendo en cuenta tanto la naturaleza de las actividades en cuestión como la relación de las partes involucradas.

Asimismo, se hace especial hincapié en que dado que una relación laboral implica la existencia de una relación jerárquica entre el trabajador y su empleador, la cuestión de si existe tal relación en cada caso particular, debe evaluarse sobre la base de todos los factores y circunstancias que caracterizan la relación entre las partes.

En tal sentido, en el pronunciamiento se alude a que la característica esencial de una relación laboral es que, durante un cierto período de tiempo, una persona presta servicios para y bajo la dirección de otra

persona a cambio de una remuneración -es decir, la existencia de una prestación personal, durable en el tiempo, a cambio de una remuneración y en régimen de subordinación-.

Para clarificar dichos conceptos, el TJUE los concreta señalando que un trabajador sería una persona que, aunque contratada como proveedor de servicios independiente de conformidad con la legislación nacional, por razones fiscales, administrativas u organizativas, actúa bajo la dirección de su empleador, en particular, en lo que respecta a su libertad de elegir el momento, el lugar y contenido de su trabajo, no comparte los riesgos comerciales del empleador y, durante la duración de esa relación, forma parte integral de la empresa de ese empleador, por lo que forma una unidad económica con esa empresa -es decir, aporta además el concepto de ajenidad en los riesgos e integración en la estructura organizativa del empleador, en términos similares a la RIT N° 198 de la OIT-.

En forma contraria, el Tribunal indica se acentúa la proximidad a la figura del trabajador independiente cuanto mayor sea el margen de maniobra en términos de elección del tipo de trabajo y tareas que se ejecutarán, así como de la forma en que ese trabajo o esas tareas se realizarán, y del tiempo y lugar de trabajo, y más libertad en la contratación de su propio personal -tal como parecía ocurrir en el caso sometido a su decisión-.

Además de ello, aún cuando pueda existir un margen de discreción e independencia a favor del prestador del servicio, el TJUE también agrega que en el proceso de calificación del vínculo se debe determinar si su independencia es meramente hipotética, ficticia o nominativa.

II. Los prestadores de servicios considerados como trabajadores por cuenta ajena

En cuanto a los pronunciamientos judiciales, un tribunal del trabajo de **Australia** se ha decantado por declarar la existencia de una relación de trabajo entre un repartidor y la empresa Foodora. A tales efectos, se ha considerado relevante la adopción de un enfoque multifactorial, que implica la evaluación de varios factores, incluyendo una serie de indicios identificados, sin que ningún factor sea decisivo, para determinar si la relación fue de trabajo dependiente o contratista independiente⁶⁸¹.

En concreto, se entendió que el nivel de control que podría ejercitarse en una relación de trabajo bajo formas de instrucciones verbales o escritas dirigidas hacia un trabajador, fue obtenida por Foodora mediante la virtud operativa del sistema informático. Además, como cuestión de realidad práctica, el *rider* no podía elegir cuándo y dónde trabajar, ni qué tan rápido o lento hacer las entregas. Efectivamente, se entendió que el control que Foodora poseía y ejercía sobre la manera en que el repartidor realizaba el trabajo, se reflejaba en las paramétricas que se utilizaban en el sistema informático, que clasificaba el desempeño laboral de los repartidores. El funcionamiento del sistema de procesamiento de datos significaba que para mantener una clasificación alta, el reclamante tendría que realizar un cierto número de entregas, trabajar un número mínimo de turnos en una semana y trabajar incluso por las noches de los días de viernes, sábados o domingos.

En definitiva, el tribunal concluye que en ese caso, la caracterización correcta de la relación entre el reclamante y el demandado era la de empleado y empleador. La conclusión extraída del panorama general que se ha obtenido es que el prestador del servicio no realizaba un oficio o negocio propio o en su propio nombre, sino que estaba trabajando en el negocio del demandado como parte de ese negocio. El trabajo del

⁶⁸¹ Fair Work Commission de Australia, “Joshua Klooger v Foodora Australia Pty Ltd”, U2018/2625, 16.11.2018.

repartidor se integró en el negocio del demandado y no en una operación independiente. El *rider*, a pesar del intento de crear la existencia de un acuerdo de contratista independiente, se involucró en el trabajo como conductor de entrega para Foodora, como empleado de dicha empresa.

Por otra parte, en el caso de **Brasil**, en la justicia del trabajo de Belo Horizonte se han reflejado posturas contradictorias a las anteriormente citadas, en virtud de considerarse que entre los choferes de Uber y la referida plataforma, existe una relación de trabajo dependiente. En ese sentido, se ha manifestado que el examen de la existencia o no de la relación laboral, como suele suceder, debe guiarse por el principio de la primacía de la realidad, de modo que el análisis de la posible existencia de relación laboral debe efectuarse evaluando la presencia o ausencia de los elementos de la relación de empleo⁶⁸².

Es en virtud de ello que la sentencia profundiza en el carácter *intuitu personae* de la relación mantenida por las partes, confirmando la presencia de dicho elemento principalmente porque el conductor no tenía permitido ceder su cuenta de la aplicación a otra persona no registrada y previamente autorizada para viajar.

En cuanto al elemento de la onerosidad, la sentencia concluye que la afirmación de Uber de que son los choferes quienes le pagan a la empresa por el uso de la plataforma digital, no está respaldada a la luz del principio de la primacía de la realidad. En efecto, al conductor no se le confirió la más mínima posibilidad de administrar el negocio, una situación que no habría ocurrido si el trabajador fuera responsable de pagarle a Uber. Así, se confirmó que la plataforma digital conducía de manera exclusiva la política de pago del servicio prestado, ya sea en relación con

⁶⁸² 33ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0011359-34.2016.5.03.0112, 13.02.2017.

el precio cobrado por distancia recorrida y el tiempo de viaje, o en términos de pago o promociones y descuentos para los usuarios.

En última instancia, el análisis del fallo también se limita al elemento de la subordinación. De ese modo, se indica que de todos los elementos de hecho y de derecho de la relación laboral, el más importante es la subordinación; y es a su alrededor que, en esencia, la ley del trabajo está diseñada, y también es lo que delimita las fronteras principales de aplicación de la ley laboral. De ese modo, en la hipótesis del caso, se infirió que el elemento de la subordinación, en su matriz clásica, estaba presente, dado que el chofer estaba sujeto a órdenes sobre cómo desarrollar la prestación de servicios y a controles continuos. Además, estaba sujeto a la aplicación de sanciones disciplinarias si se comprobaba una conducta que Uber juzgaba como contraria a sus reglas establecidas de manera unilateral.

Consecuentemente, el fallo detecta que el poder de dirección del empresario puede manifestarse a través de la programación en sistemas, algoritmos y redes, abriéndose camino hacia un “nuevo mundo valiente”, en donde los actos humanos de exteriorización del poder directivo y de control, ya no son necesarios, sino que son reemplazados por estas combinaciones algorítmicas.

Por lo tanto, la sentencia concluye que toda la narrativa de que los conductores tienen la flexibilidad y la independencia para usar la aplicación, elegir sus horarios y proporcionar sus servicios tanto como lo deseen, solo sobrevive en el campo del marketing. La provisión de dulces, agua, vestimenta o comportamiento, aunque no es formalmente obligatorio, es esencial para que el trabajador obtenga buenas evaluaciones y siga siendo un “socio” de la empresa, con permiso para acceder a la plataforma digital.

Igualmente, la sentencia reconoce la contradicción entre el fundamento de la empresa de auto calificarse como una mera

intermediaria que no presta el servicio subyacente del transporte de pasajeros, y que por tanto ella es quien vende servicios a los choferes, con el hecho de que sea posible que Uber, luego de “cobrarle” a los choferes por dicho servicio, tenga la potestad de darles la baja de la aplicación.

Otra sentencia de la misma ciudad ha coincidido con este criterio, aunque partiendo de una arista de estudio diferente. En concreto, la sentencia propone recurrir al análisis de la autonomía, antes bien que la subordinación. Para el contexto de una relación laboral, se indica que la autonomía es la capacidad de gestionar el trabajo propio, valiéndose de sus propios medios, voluntades, principios y condiciones contractuales en general⁶⁸³. De ese modo, se cita el ejemplo de un cliente que contrata a un abogado independiente para defenderlo en la corte; y se señala que no es el cliente quien establecerá la tesis legal que se utilizará, las leyes que se mencionarán, cuál es el valor de las tarifas, etc. Es el abogado quien define las condiciones para la prestación de servicios, explicando al cliente cómo operan la ley y los tribunales, y no el cliente al abogado.

También se destaca que se deriva de la autonomía que el profesional tenga sus propios clientes, con quienes establecerá las condiciones de prestación de servicios específicamente acordadas. Así, en el caso de un profesional autónomo, incluso si el cliente es referido por otro, los términos del contrato no serán definidos por el tercero, sino por el profesional independiente y el cliente indicado.

Consecuentemente, el fallo enfatiza en que los verdaderos conductores autónomos establecen el vehículo que se utilizará, el propósito del transporte, quién será el conductor, el tiempo de los servicios, la ruta y, en particular, el precio, y además, tendrán sus propios clientes; evidenciándose que tales características no se encuentran

⁶⁸³ 42ª Vara do Trabalho de Belo Horizonte, Processo N° 0010801- 18.2017.5.03.0180, 12.06.2017.

presentes en el vínculo entre el conductor y Uber. De ese modo, se ha entendido que los elementos de subordinación son mucho más intensos que los de la libertad, ratificándose que de ninguna manera es posible concebir que un conductor autónomo pueda trabajar sin su propia base de clientes, sin definir su propio precio y encontrarse sujeto al poder jerárquico y disciplinario de un tercero.

En un caso diferente, en donde fuera demandada la empresa Loggi, se ha considerado que el trabajo para aplicativos o plataformas *on-demand* se puede desarrollar por cuenta propia o por cuenta ajena. Precisamente, la situación del trabajador que pone su fuerza de trabajo al servicio de la aplicación es diferente a la del vínculo entablado con una plataforma que es meramente una intermediaria⁶⁸⁴.

Por ello, en el primer caso, el trabajador no establece el precio, la forma de pago, la logística, los términos, no define las condiciones de la oferta del bien, etc. A diferencia de ello, la aplicación ofrece el servicio y define sus condiciones, los clientes son de la aplicación y no de los prestadores del servicio. El cliente no elige a la persona para realizar una entrega de un bien, sino simplemente contrata el servicio ofrecido por la aplicación, realizado por cualquier persona que la plataforma determine.

En definitiva, en esos casos la aplicación no es solo el intermediario para llevar a cabo la transacción, sino su propio director, creador, vendedor y emprendedor. De ahí que se estipulan las reglas y el proveedor de servicios y el cliente final se adhieren a ellas como en un contrato de adhesión -no se negocia ningún precio ni la forma de ejecución del servicio-.

Como consecuencia de ello, y en virtud de encontrarse acreditados los elementos de la habitualidad, personalidad, subordinación y

⁶⁸⁴ 8ª Vara do Trabalho de São Paulo, Tribunal Regional do Trabalho, 2ª Região, Ação Civil Pública ACPCiv 1001058-88.2018.5.02.0008, Autos Nº 1001058-88.2018.5.02.0008, 06.12.2019.

onerosidad, el Tribunal consideró que el vínculo que une al prestador del servicio y la plataforma Loggi, se corresponde con uno de naturaleza laboral.

La trascendencia del fallo radica además en que la declaración de empleo vincula a todas y cada una de las relaciones legales entre los conductores y Loggi -alrededor de 15.000 personas repartidores-, ya que se llevó a cabo en medio de una Acción Civil Pública.

En **España**, en la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, varios Juzgados de lo Social y un Tribunal Superior de Justicia se han decantado por considerar que el vínculo que une a un prestador de servicios con una plataforma digital es de carácter laboral. Así se han pronunciado algunos Juzgados de lo Social de Barcelona, Madrid, Gijón y Valencia, y el Tribunal Superior de Justicia de Asturias, en todos los casos en el marco de la actividad del reparto de bienes o alimentos.

En relación al ya multicitado pronunciamiento de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, en decisión adoptada en el Pleno⁶⁸⁵, en forma preliminar se determinó que el recurso de casación unificadora interpuesto no adolecía de falta de contenido casacional, ya que se trataba de una cuestión que no había sido resuelta anteriormente por la Sala. Por tal motivo, existiendo pronunciamientos contradictorios de los Tribunales Superiores de Justicia, el Supremo entendió que resultaba procedente la intervención unificadora de dicho órgano.

Asimismo, y antes de abordar el tema sustancial objeto de debate, se explicitó una opinión del TJUE⁶⁸⁶ que conduce a sostener que se aplica la Directiva 2003/88/CE “cuando la independencia del prestador del servicio parezca ficticia y cuando exista una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador, lo que corresponde determinar

⁶⁸⁵ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, N° de Recurso 4746/2019.

⁶⁸⁶ TJUE, Cámara octava, acto motivado del 22 de abril de 2020, C-692/19.

al Tribunal nacional”. Es por ese motivo que, a partir del pronunciamiento del TJUE, se consideró innecesario elevar la cuestión prejudicial a dicho tribunal europeo.

Sobre el fondo del asunto, el Tribunal sustancialmente resume su posición interpretativa en el fundamento vigésimo primero, concluyendo que:

Glovo no es una mera intermediaria en la contratación de servicios entre comercios y repartidores. No se limita a prestar un servicio electrónico de intermediación consistente en poner en contacto a consumidores (los clientes) y auténticos trabajadores autónomos, sino que realiza una labor de coordinación y organización del servicio productivo. Se trata de una empresa que presta servicios de recadería y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio, así como las condiciones esenciales para la prestación de dicho servicio. Y es titular de los activos esenciales para la realización de la actividad. Para ello se sirve de repartidores que no disponen de una organización empresarial propia y autónoma, los cuales prestan su servicio insertados en la organización de trabajo del empleador, sometidos a la dirección y organización de la plataforma, como lo demuestra el hecho de que Glovo establece todos los aspectos relativos a la forma y precio del servicio de recogida y entrega de dichos productos. Es decir, tanto la forma de prestación del servicio, como su precio y forma de pago se establecen por Glovo. La empresa ha establecido instrucciones que le permiten controlar el proceso productivo. Glovo ha establecido medios de control que operan sobre la actividad y no solo sobre el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante. El repartidor ni organiza por sí solo la actividad productiva, ni negocia precios o condiciones con los titulares de los establecimientos a los que sirve, ni recibe de los clientes finales su retribución. El actor no tenía una verdadera

capacidad para organizar su prestación de trabajo, careciendo de autonomía para ello. Estaba sujeto a las directrices organizativas fijadas por la empresa. Ello revela un ejercicio del poder empresarial en relación con el modo de prestación del servicio y un control de su ejecución en tiempo real que evidencia la concurrencia del requisito de dependencia propio de la relación laboral.

Asimismo, el Tribunal enfatiza en que para prestar dichos servicios, la empresa utiliza un programa informático mediante el cual asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor. Por ese motivo, el fallo recalca que existe un condicionamiento decisivo en relación a la teórica libertad de elección de horarios y de posibilidad de rechazar pedidos. A tales extremos se le adiciona el hecho de que Glovo ostenta un poder sancionatorio sobre los repartidores, aplicable ante varias conductas diferentes asumidas por estos, en una clara manifestación de la potestad de dirección del empleador. Precisamente, la empresa lleva a cabo un control en tiempo real de la prestación del servicio -a través de la plataforma digital-, sin que el repartidor pueda realizar su tarea desvinculado de dicha plataforma.

En conclusión, por todos los fundamentos explicitados, se ha entendido que la relación que une al repartidor con la empresa Glovo, se trata de un vínculo jurídico de carácter laboral, por reunirse los requisitos exigidos por el artículo 1.1 del ET.

En el caso del Juzgado de lo Social N° 11 de Barcelona, el juzgador concluyó que entre los repartidores y la empresa Take Eat Easy se formalizó un vínculo laboral, en tanto que se reunieron todos los requisitos legales del artículo 1.1 del ET y los que jurisprudencialmente se han venido exigiendo. Ello en virtud de que los actores ejecutaron su actividad de repartidores “dentro del círculo organizativo, directivo y disciplinario del empresario, sometidos a una jornada laboral, planificándose el disfrute de sus vacaciones y percibiendo unos importes

que tan sólo pueden ser tildados de naturaleza salarial, haciendo uso de mochilas y terminales móviles cedidos por la empresa, sin que estas características queden desvirtuadas o atenuadas para que se hayan celebrado contratos mercantiles, o algunos de los trabajadores hayan sido dados de alta en el RETA, dado que procede estar a la realidad de los hechos más que a su forma”⁶⁸⁷.

El Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia también se pronunció con respecto a la relación entablada entre los *riders* y la empresa Deliveroo, citando varias sentencias relevantes de la Sala de lo Social del Tribunal Supremo, que recogen su principal doctrina sentada en la STS de 5 de noviembre de 1993, en donde se afirma que:

Son numerosas las sentencias de esta Sala de lo Social del Tribunal Supremo que han resuelto cuestiones análogas a la que se suscita en estos autos, llegando a la conclusión de que aquellos trabajadores que prestan servicios de transportes a una empresa, a cargo y bajo la dependencia de la misma, aunque el vehículo con el que llevan a cabo tal labor sea de la propiedad de los mismos, la relación existente entre tales partes es de naturaleza laboral; estando sometida al Derecho del Trabajo (...) En todas estas sentencias se mantiene la naturaleza jurídica laboral de las relaciones en ellas analizadas, por cuanto que en las mismas "concurren todos los caracteres y notas que definen y delimitan el concepto de contrato de trabajo, fundamentalmente la remunerabilidad, la dependencia y la ajenidad. Y aunque los actores aportan sus propios vehículos... a fin de desarrollar su trabajo para la entidad demandada, debe destacarse que la más reciente jurisprudencia de esta Sala ha proclamado que la naturaleza laboral de la relación no se desvirtúa ni desaparece por el hecho de que el trabajador aporte su vehículo propio, siempre que, como sucede en el presente caso, tal aportación no tenga la relevancia económica

⁶⁸⁷ Juzgado de lo Social N° 11 de Barcelona, Sentencia N° 213/2018, 29.05.2018, N° de Recurso 652/2016.

necesaria para convertir su explotación en elemento fundamental de dicha relación, ni en la finalidad esencial del contrato, sino que, por el contrario, lo predominante es el trabajo personal del interesado, quedando configurado el vehículo como una mera herramienta de trabajo⁶⁸⁸.

En otro orden, uno de los aspectos que fue especialmente señalado en el fallo, se corresponde con el control efectuado por la empresa al trabajador, mediante instrumentos de geolocalización, que le permitían requerir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto, siendo la empresa la que decidía en cada momento sobre los repartos a realizar y la efectiva asignación de los mismos.

Otro elemento de estudio se relaciona con el aporte del trabajador de su bicicleta y su teléfono móvil, así como de la verificación de que el mismo carecía de organización empresarial, y que por el contrario, que era Deliveroo la titular de la plataforma virtual y del nombre comercial en la que, a través de una aplicación informática se organizaba la actividad empresarial.

En síntesis, se han resumido los argumentos principales de dicha sentencia en los siguientes aspectos:

a) el rider está controlado por GPS por la empresa (incluyendo el control de sus tiempos de reparto), b) la plataforma es un medio de producción, la app y la página web son de Deliveroo y el rider carece de estructura empresarial, c) el precio es fijado por la plataforma, d) el rider desconoce qué restaurantes están en la app de Deliveroo en cada momento y si hay muchos o pocos pedidos en cada restaurante (la ajenidad en la información es un indicio de laboralidad del siglo XXI), e) ajenidad en la marca, los riders son la cara de Deliveroo⁶⁸⁹.

⁶⁸⁸ Juzgado de lo Social N° 6 de Valencia, Sentencia N° 244/2018, 01.06.2018, N° de Recurso 633/2017.

⁶⁸⁹ ALAMEDA, M., *Empleo autónomo...*

El Juzgado de lo Social N° 5 de Valencia también se pronunció posteriormente en otro asunto planteado contra la misma empresa, decantándose por idéntica solución. Partiendo de la base de que se verifica un contrato de trabajo cuando concurren junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia, el juzgador ahondó en dichas características a los efectos de la resolución del caso. En la referida sentencia, también se recurrió a la STS del año 1993, y se concluyó que los elementos tradicionales e indicios de existencia de la relación laboral, “son estrechos para dar cabida a las nuevas realidades laborales y sociales derivadas de la aparición y el progreso de las tecnología de la información y, en particular, de las plataformas digitales”⁶⁹⁰.

Es por este motivo que el fallo desmenuza varios aspectos particulares que conducen a la determinación final de la existencia de la relación de trabajo. El primero de ellos, vinculado con los medios de producción, al señalarse que los verdaderos medios de producción de esta actividad no son ni la bicicleta ni el móvil que el repartidor utiliza. Por el contrario, lo esencial lo constituye la plataforma digital que empareja oferta y demanda, y que es propiedad de la empresa. Allí concretamente deben darse de alta los restaurantes, los consumidores y finalmente los *riders*, siendo imposible la prestación del servicio sin dicho instrumento. Así, se señala que el éxito de estas plataformas, “se debe al soporte técnico proporcionado que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso DELIVEROO, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y eficacia confían restaurantes y clientes”. La esencialidad de dicho medio también se verifica en que la empresa es la única poseedora de la información necesaria para el manejo del sistema de negocio.

⁶⁹⁰ Juzgado de lo Social N° 5 de Valencia, Sentencia N° 197/2019, 10.06.2019, N° de Recurso 371/2018.

El segundo elemento, se relaciona con la presunta libertad de los repartidores de aceptar o rechazar encargos. Al igual que han señalado otros tribunales de justicia, se ha verificado que la aplicación valora el servicio de los repartidores con distintas paramétricas -como el porcentaje de pedidos aceptados, los porcentajes de asistencia y de cancelación de disponibilidad en la franja reservada, la asistencia a picos, etc.-, los que son tomados en consideración por los algoritmos de asignación de pedidos para una mayor eficacia del sistema. Así, el sistema asigna a los repartidores unas estadísticas, que reflejan su grado de cumplimiento con la planificación semanal que el propio *rider* ha escogido, y que afecta, a la prioridad con la que podrá reservar horas de actividad en la siguiente semana. De ese modo, quienes tengan mejores estadísticas, escogen horas primero; pudiendo deducirse incluso que serán las horas en que existe mayor demanda.

El tercer elemento se refiere a la ajenidad, en tanto que los repartidores son identificados en mayor o menor medida como personal de Deliveroo, y son ajenos a las vicisitudes del servicio que entregan, percibiendo su retribución por pedido efectivamente entregado.

La sentencia concluye señalando que los repartidores “prestan sus servicios personales, insertos en la organización empresarial a la que pertenecen los medios de producción, la plataforma digital de DELIVEROO, conforme a los criterios y repartos que la misma establece y asigna, percibiendo la remuneración, que asimismo establece la empresa, por unidad de acto efectivamente realizado, más incentivos, con independencia del éxito de la transacción que subyace y pudiendo ser desactivada su cuenta por decisión empresarial”.

En el caso de Madrid, los Juzgados de lo Social N° 1⁶⁹¹, 19⁶⁹² y 33⁶⁹³, han resuelto la misma cuestión en sendas sentencias, en cuanto a la calificación del vínculo jurídico entre los repartidores y la empresa Glovo. Por su parte, y por ser primera en el tiempo, adquiere importancia la sentencia dictada por el N° 33, siendo incluso sus fundamentos trasladados a texto expreso por el homólogo juzgado N° 1 en sus sentencias posteriores.

En función de ello, las sentencias coinciden en afirmar que la ajenidad y dependencia son los elementos que diferencian al trabajo subordinado del trabajo por cuenta propia; y que son constatables mediante elementos fácticos -que actúan a modo de datos indiciarios-, descriptores de cómo se concreta la actividad humana. En ese sentido, se indica que la incidencia de las TIC en el trabajo es tan profunda y relevante que al momento de analizar si concurren las notas de ajenidad y dependencia y para lograr una adecuada calificación de la relación, es preciso analizar los nuevos indicios que aparecen, antes inexistentes, y volver a valorar el peso definitorio de los indicios clásicos.

Al momento de analizar dichos indicios, se enfatiza en un punto de arranque trascendente, al mencionarse que el repartidor no interviene en la conformación del contenido del contrato, sino que se limita a aceptar las condiciones impuestas por la empresa, lo cual indica la posición de desigualdad entre partes desde el comienzo de la vinculación entre ambas. Incluso, surge del contrato la introducción de una serie de rasgos demostrativos de la sumisión del repartidor a las instrucciones de Glovo.

En cuanto a la libertad de acción de los *riders*, también se evidencia que estos no tienen facultad alguna para fijar o negociar su retribución,

⁶⁹¹ Juzgado de lo Social N° 1 de Madrid, Sentencia N° 128/2019, 03.04.2019; Sentencias N° 130/2019 y 134/2019, 04.04.2019.

⁶⁹² Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid, Sentencia N° 188/2019, 22.07.2019.

⁶⁹³ Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid, Sentencia N° 53/2019, 11.02.2019, N° de Recurso 1214/2018.

sino que la misma varía en función de parámetros que la propia plataforma digital dispone en cada reparto. Otro aspecto importante lo constituye el hecho de que es Glovo quien dispone de la facultad de designar el repartidor concreto que presta cada servicio. La misma restricción de la libertad está presente en materia del tiempo de trabajo, en tanto que se entiende que “[e]xiste una relación contractual permanente ‘hibernada’ que se actualiza con la asignación de cada microtarea concreta”. Asimismo, las parcelas de libertad para decidir los días y las horas de trabajo, y eventualmente la aceptación de servicios concretos, “no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial”, ya que Glovo “cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado”.

Por esos motivos, las sentencias valoran relativamente los indicios de no laboralidad de las parcelas de libertad de las que dispone el repartidor, entendiendo que dicha valoración “no puede realizarse con la vista puesta en el trabajo del siglo XX, sino atendiendo a cómo ahora con las plataformas digitales y demás herramientas diseñadas por las TIC se trabaja en el siglo XXI”. En consecuencia, se destaca que “el peso indiciario de esas parcelas de libertad pierde valor definitorio del vínculo”.

En adición a dichos indicios, se entendió que la ajenidad era palpable, desde el momento en que el repartidor nunca podría realizar su tarea desvinculado de la plataforma digital en la que se integra, siendo inviable que con sus medios y desvinculado de la misma, pueda llevar a cabo una actividad económica propia, al menos de manera exitosa. Por ello es que se comprende el escaso valor de los medios materiales que corren a cargo del repartidor -vehículo y móvil-, para el desarrollo de la

actividad empresarial, comparados con la aplicación y la marca que son propiedad de Glovo.

Sin perjuicio de estos apuntes, el Juzgado de lo Social N° 33 de Madrid concluye señalando que correspondería que el legislador actúe a futuro, regulando esta realidad bajo la categoría de una nueva relación laboral de carácter especial:

Y ello sin perjuicio de que dicha relación no encaje plenamente en el marco normativo que actualmente proporciona el ordenamiento laboral y en la interpretación hasta ahora dada al mismo por los tribunales, por lo que quizá lo más recomendable es que este nuevo modo de trabajar, venciera la pereza legislativa configurando lo que como sostiene algún sector de la doctrina (Todolí), una nueva relación laboral especial de las previstas en el art. 2 ET . Mientras tanto al intérprete no le cabe otra salida que aplicando el ordenamiento, alcanzar la solución que se ha considerado más acertada.

Por otro lado, el Juzgado de lo Social N° 19 de Madrid ha dictado la sentencia referenciada precedentemente, resolviendo un planteo de la Tesorería General de la Seguridad Social, al pretenderse una declaración de que determinados repartidores estaban sujetos a una relación laboral con Deliveroo, durante el tiempo que prestaron respectivamente sus servicios.

En síntesis, la demanda se basaba fundamentalmente en un acta de liquidación practicada por el organismo administrativo, documento este último que goza de una presunción legal de certeza, salvo prueba en contrario. Sin perjuicio de ello, el juzgador resalta que “el alcance de esa presunción ha sido matizado por la jurisprudencia, ya que, como señala la sentencia del Tribunal Supremo de 17 de marzo de 2016, entre otras, únicamente se refiere a los ‘hechos’ constatados por el Inspector actuante,

no a la valoración que el mismo haga de los datos efectivamente comprobados”.

Sin perjuicio de dicho señalamiento, y adentrándose en el elemento sustancial objeto de resolución, la sentencia detecta la existencia de la nota de la dependencia, sobre la base de la constatación de varios factores. El primero de ello, en virtud de que la empresa entregó un folleto o guía informativa a cada trabajador, donde se evidenciaban instrucciones impartidas por la empresa, incluso con expresas prohibiciones de comportamiento. Lo mismo ocurrió con el caso de la exhibición de un video explicativo a los repartidores, en el que no solo se les propone que se presenten como parte de la empresa, sino que se señala cómo había de realizarse el proceso de recogida y entrega de los pedidos, indicando los pasos que se debían cumplir, qué hacer en caso de presentarse posibles incidentes, etc.

También se entiende que resulta acreditado el elemento ajenidad, en sus variantes de la ajenidad en los medios, en los frutos, en el mercado o en los riesgos. En tal sentido, se destaca que aún cuando los repartidores fueran propietarios de los vehículos con los que se realizaban los repartos, de todos modos, los medios de mayor importancia se identificaban con la aplicación de Deliveroo, y la correspondiente marca, siendo ambos controlados por la empresa y de su titularidad. Asimismo, en cuanto a los riesgos del trabajo, el fallo destaca que el repartidor no asume el coste de la comida que transporta, ni tampoco responsabilidad alguna frente al cliente o el restaurante.

Coincidentemente, el Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón también ha concentrado sus baterías argumentativas sobre la base de la verificación de los elementos de la voluntariedad, la ajenidad, la subordinación y la remuneración. De ese modo, al igual que las otras sentencias, se entiende que el vehículo -automóvil, moto o bicicleta-, no constituye el medio de

producción importante en dicha actividad, por la sencilla razón de que el repartidor bien podría cumplirla sin el mismo, y en sustitución practicar las entregas andando a pie o mediante el transporte público. Sin embargo, el medio productivo esencial lo constituye la plataforma tecnológica titularidad de Glovo, sin la cual sería imposible el cumplimiento de la actividad por parte del repartidor, ya que esta los pone en contacto con los clientes. Ello por tanto permite concluir que se verifica la ajenidad en los riesgos. Por otro lado, también existe ajenidad en los frutos, en tanto que el fruto del reparto, entendido como el servicio, pertenece a la empresa, que gira las facturas que son validadas por el repartidor⁶⁹⁴.

En otro orden, también se ha considerado que existen una serie de notas que evidencian la existencia de subordinación en el caso concreto. En efecto, en cuanto al poder de dirección, se constata la presencia de órdenes y procesos estandarizados que inhiben la existencia de la libertad propia del trabajador autónomo. Por ejemplo, la sentencia señala que resulta llamativo “la pretendida libertad en la elección de horas o franjas horarias”, ya que depende absolutamente de un sistema de puntuación elaborado por la empresa, que exige en la vía de los hechos a que el trabajador se adapte a las exigencias horarias empresariales para obtener una remuneración rentable. Por este motivo, la flexibilidad laboral ofrecida por la empresa, se transforma en una competencia entre los repartidores para aprovechar las mejores franjas horarias, que precisamente no son las más compatibles con la vida personal, sino las que la empresa considera más rentables o de alta demanda.

En cuanto al poder de control, esta se verifica de manera indirecta, mediante la aplicación y los sistemas de geolocalización, que sirven a los

⁶⁹⁴ Juzgado de lo Social N° 1 de Gijón, Sentencia N° 61/2019, 20.02.2019, N° de Recurso 724/2018.

efectos de determinar la retribución del trabajador, y para distribuir los encargos en función de criterios de eficiencia empresarial.

Finalmente, en relación al poder disciplinario, el fallo echa por tierra que las estipulaciones contractuales referidas a la resolución de la relación, “guardan un paralelismo con las causas genéricas de extinción del contrato laboral por incumplimientos graves de trabajador que va más allá de las eventuales semejanzas entre figuras contractuales”.

Habiéndose interpuesto el respectivo recurso de suplicación ante la sentencia dictada por el juzgado de Gijón, el asunto pasó a ser considerado por la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, quien luego confirmó dicha resolución. En ese sentido, además de coincidir con el juzgado de instancia en que en el caso se verifican las notas de voluntariedad, prestación personal, dependencia y ajenidad, también se señala que “la prestación de servicios del demandante presenta rasgos que sólo son concebibles respecto de quien se halla dentro del ámbito de dirección y control de una empresa”⁶⁹⁵.

En concreto, refiriendo el conocido y multicitado fallo del TJUE del caso Uber, el Tribunal consideró que los puntos clave que se traducen en el control de todos los aspectos pertinentes de un servicio, son precisamente la creación de la oferta, la regulación de sus características esenciales y la organización del funcionamiento del servicio; todos elementos que se verificaron en el caso en concreto enjuiciado.

Así, se ha inferido en el procedimiento que una vez realizado el encargo por un consumidor, la plataforma digital asigna el pedido, mediante la intervención de un algoritmo, a uno de los repartidores que se encuentre accediendo a la aplicación en la franja horaria y en la zona geográfica escogida. Por ello, es la tecnología inherente a la plataforma la

⁶⁹⁵ Tribunal Superior de Justicia de Asturias, Sala de lo Social, Sentencia N° 1818/2019, 25.07.2019, N° de Recurso 1143/2019.

que facilita el contacto entre el consumidor y el prestador del servicio, y en tal caso, los algoritmos cumplen un papel preeminente en las tomas de decisión. Sin perjuicio de ello, detrás de dicho algoritmo, se encuentra un titular que pretende desarrollar una actividad económica y es propietario de esos medios digitales que es Glovo.

Con respecto a los controles efectuados por la empresa, se ha identificado un control interno derivado de las valoraciones efectuadas a los repartidores, estableciendo un ranking de los mismos, en virtud de una serie de mediciones de su desempeño que dependen de la eficacia de las entregas -vinculado al tiempo de gestión entre las recogidas y las entregas-, la cantidad de pedidos entregados en un período de horas próximo, la cantidad histórica de pedidos entregados, la valoración del servicio por parte de clientes, y la valoración del servicio por parte de los restaurantes o establecimiento. Básicamente, se ha identificado a ello como un control indirecto o *soft control*, “realizado a través de un programa informático, que permite vigilancia constante del conductor, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo, de suerte que los primeros en el ranking son los que tienen derecho a escoger se entiende que aquellas franjas horarias más convenientes y en las que existe una mayor demanda”.

Por ese motivo el Tribunal comprende que la libertad de los repartidores no les permite condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, y asimismo, que tales aspectos no se tratan de una mera coordinación de actividades empresariales, “sino que lo que la empresa propietaria de la plataforma hace es imponer una serie de normas que el trabajador que quiera asociarse debe cumplir”.

En resumidas cuentas, en relación al elemento de la ajenidad, la sentencia concluye que:

es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la

plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de comida y los productos que la demandada suministra...

En definitiva, se aprecia la ajenidad de los frutos, pues es la plataforma la que percibe la contraprestación del servicio de los restaurantes y establecimientos adheridos o girando las correspondientes comisiones a los usuarios finales, haciendo suyo de esta forma el resultado de la actividad del repartidor. Existe ajenidad del mercado, pues es la plataforma la que fija los precios y elige a los clientes, constituyéndose en un intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final y, por último, respecto a la ajenidad de los riesgos, no consta que el repartidor asuma algún tipo de responsabilidad frente a los usuarios finales.

También ha coincidido con esta solución la Sala de lo Social en Pleno del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, que decidió por revocar el fallo de instancia dictado por el Juzgado de lo Social N° 17 de Madrid⁶⁹⁶.

El punto de partida del análisis de la Sala en Pleno, radica en señalar que los argumentos centrales de la sentencia de instancia, se tratan todos básicamente de criterios formales que la mayoría de la Sala no comparte. A modo de síntesis introductoria, el Tribunal destaca que el tema objeto de análisis constituye una cuestión compleja, aunque sus miembros entienden que los criterios tradicionales del Derecho del Trabajo relativos a los elementos caracterizantes de la relación de trabajo, son suficientes para dar respuesta al problema planteado. En efecto, en palabras del órgano judicial, dichos elementos deben considerarse mediante un estudio

⁶⁹⁶ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social en Pleno, Sentencia N° 1155/2019, 27.11.2019, N° de Recurso 588/2019.

contextual de las particularidades fácticas del caso, a la luz de la realidad social actual, “lo que exige adaptar dichos estándares clásicos a los avances tecnológicos que continuamente se producen y, por tanto, a lo que es una sociedad como la nuestra dominada por las TIC”. Asimismo, se entiende que las plataformas digitales “se erigen en el principal activo empresarial de sus propietarios con el uso de algoritmos, obviamente secretos, que configuran y definen su funcionamiento”.

Como antecedente jurisprudencial similar, el Tribunal cita la sentencia del Tribunal Supremo mencionada por otros órganos que han analizado este tema, que resolvía una reclamación en la actividad de mensajería. A su vez, dicho antecedente es calificado como un caso semejante al analizado actualmente, salvo “en lo que toca al medio de comunicación entre la empresa y el repartidor, que en el presente caso se vale para ello de una plataforma digital y la aplicación informática que se anuda a ella propiedad de la demandada, elementos que, como se verá, resultan de suma trascendencia”. También trae a colación un fallo del Tribunal Supremo relativo a traductores e intérpretes que prestaban servicios para una Administración Autonómica a través de una plataforma informática de la que era titular la empresa adjudicataria del servicio.

En función de dichos antecedentes, el primer fundamento de derecho que guía el análisis de la sentencia, radica en determinar que el caso concreto debe ser resuelto en función de lo que informa la realidad de los hechos, y no conforme lo que digan los contratos, o el nombre que le hayan asignado las partes a tal relación. La misma intrascendencia es adjudicada a varias expresiones contenidas en los contratos, relativas a la libertad que goza el prestador del servicio, en tanto que no son una representación de hechos concretos, sino un juicio de valor aportado de manera unilateral por el empresario, que en este caso era la empresa Glovo.

El segundo fundamento se erige en la presunción legal de laboralidad establecida en el artículo 8.1 del ET, que según el criterio del Tribunal, tiene carácter de *iuris tantum* y le impone a la empresa la carga de su refutación.

El otro argumento formal que es vapuleado por el Tribunal, se refiere a la falta de incidencia de la afiliación del trabajador al RETA, o el eventual cobro de sus retribuciones mediante la extensión de facturas, o la obligación de suscribir una póliza de seguro de responsabilidad civil. En tal sentido, el fundamento de dicha intrascendencia radica en la falta de virtualidad de tales hechos, en la aportación a la calificación del carácter laboral como trabajador asalariado o no, de la relación que une a las partes.

Adicionalmente, dos de los elementos esenciales del contrato de trabajo han sido puestos de manifiesto, al entenderse que resulta incuestionable la existencia de una prestación personal del servicio como recadero de la empresa, así como el carácter retribuido de la misma, en tanto que el mensajero percibe un precio por cada encargo realizado en atención a las tarifas fijadas de manera unilateral por la empresa.

Además, el fallo destaca el elemento de la ajenidad, al entender que los frutos del trabajo brindado por el repartidor son en beneficio de la empresa. En efecto, la empresa concreta acuerdos con los diferentes comercios, concretando los precios que éstos deben abonarle, y también fija unilateralmente las tarifas que el *rider* obtiene por los encargos que concreta, incluyendo complementos por kilometraje y tiempo de espera, en cuya determinación el prestador del servicio no tiene la más mínima participación. Del mismo modo, la sentencia pone de manifiesto la existencia de ajenidad en los medios, y la califica como “inobjetable”. En relación a ello, la Sala sostiene que

[b]asta con comparar, de un lado, la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su

vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los clientes finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio y, de otro, los escasos elementos materiales, a su vez de limitado valor, que el demandante aporta, consistentes en un teléfono móvil con el que entrar en la aplicación y una motocicleta, aunque las más de las veces se trate de una bicicleta, motorizada o no...Es evidente que sin tan repetida plataforma digital sería ilusoria la prestación de servicios por el actor, quien carece de cualquier control sobre la información facilitada a dicha herramienta, cuya programación mediante algoritmos le es ajena por completo. Tampoco cabe desdeñar que en las bolsas o cajas que el mismo porta para trasportar los productos figura siempre el logotipo, nombre y colores de la demandada, lo que contribuye a aumentar su reputación digital.

También fue analizado por la Sala el tema de la ajenidad en los riesgos, al concluir de igual manera que este elemento surgía comprobado en el caso concreto. Ello en virtud de sostener que “el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse a satisfacción del cliente no es sino consecuencia obligada de la tipología de retribución por unidad de obra que las partes pactaron, sin que ello suponga responder de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura del mismo”. En efecto, en el fallo se alude a que el repartidor asumiría el riesgo cuando este debiere responder en el caso de que el cliente no pague el servicio.

En relación a la nota de la dependencia, el análisis se ha centrado en admitir su concurrencia, en tanto que el repartidor “prestó sus servicios dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa”. De ese modo, la consideración de que “no es posible hablar de auto-organización, sino de prestación de servicios hetero-organizados y dirigidos por la

empresa que los recibe y se beneficia de ellos”, se deriva de la presencia de instrucciones impartidas por Glovo en relación a la forma de ejecución de las tareas, de un control efectivo mediante el sistema de geolocalización, así como la evaluación a la que diariamente está sometido el *rider*.

La sentencia igualmente relativiza la presunta “libertad” del prestador de servicios, tanto en cuanto al horario como a la posibilidad de rechazo de los encargos, en tanto que tal posibilidad difiere de las condiciones reales que la empresa impone para la prestación de servicios como repartidor. A lo anterior se agrega que el poder disciplinario está manifestado en los términos del contrato, en tanto que se desprende una sujeción de tal naturaleza en las diversas causas de resolución justificada del contrato de TRADE que fueron contempladas en el mismo.

Por todos estos fundamentos, el fallo concluye razonablemente que la prestación de servicios no cumple en gran medida con las condiciones establecidas en el artículo 11.2 de la Ley del Estatuto del Trabajo Autónomo, al no disponer el trabajador de infraestructura productiva propia -en tanto que el instrumento tecnológico principal es de titularidad de Glovo-, y al no desarrollar la actividad con criterios organizativos propios, ni asumir los riesgos de dicha actividad.

Luego de dicho pronunciamiento, y como no podía ser de otra forma, la Sección 2 de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid también se decantó por seguir dicho criterio en otro procedimiento iniciado contra la empresa Glovo, transcribiendo literalmente la sentencia dictada en Pleno en el mes de noviembre de 2019⁶⁹⁷.

Particularmente, la transposición de los referidos fundamentos de derecho estaba admitida según el Tribunal, en virtud de que las

⁶⁹⁷ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 2, Sentencia N° 1223/2019, 18.12.2019, N° de Recurso 714/2019.

condiciones profesionales y de ejecución de servicios eran sustancialmente idénticas. Ello le ha permitido sentar las bases para la consideración de otro de los pedidos del repartidor de Glovo, quien solicitaba además en ese proceso que se declarara la nulidad de su despido por vulneración de derechos fundamentales, y su consecuente readmisión.

En otro caso, la Sección 1 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid también ha debido intervenir al plantearse un recurso de suplicación contra una sentencia de instancia dictada por el Juzgado de lo Social de Madrid N° 19. En dicho asunto, la Tesorería General de la Seguridad Social había interpuesto una demanda contra la empresa Deliveroo en virtud de considerar que los repartidores se encontraban incorrectamente calificados como trabajadores autónomos, correspondiendo en su lugar que sean calificados como trabajadores por cuenta ajena, con las consiguientes obligaciones de registro y cotización a la Seguridad Social⁶⁹⁸.

En virtud de ello, en el fallo se analizan distintos elementos a fin de dilucidar la naturaleza jurídica de la relación entablada entre los repartidores -que en este caso concreto eran 532 *riders*- y la empresa.

En primer lugar, se concluye que existe deber de habitualidad, en tanto que su ausencia es penalizada por la plataforma.

En segundo lugar, se ha considerado que concurre la nota de la retribución periódica, que aunque no es fija sino variable, de todos modos constituye una modalidad de remuneración admisible en el marco de una relación de trabajo por cuenta ajena.

En tercer término, la sentencia expresamente indica que se verifica la nota de la dependencia, en tanto que los repartidores están sujetos a órdenes e instrucciones impartidas por Deliveroo, cuyo incumplimiento

⁶⁹⁸ Tribunal Superior de Justicia de Madrid, Sala de lo Social, Sección 1, Sentencia N° 40/2020, 17.01.2020, N° de Recurso 1323/2019.

no es inocuo, sino que se comporta en una consecuencia negativa o penalización. Ello unido al hecho de que el fallo comentado diagnostica una incardinación en el ámbito rector, organizativo y de dirección de la empresa.

En cuarto lugar, también se ha destacado la presencia de la ajenidad de los frutos y riesgos, ya que la empresa se apropia del importe pago por los restaurantes para la prestación del servicio de distribución de sus productos, y a su vez, esta asume las consecuencias del incorrecto servicio prestado a los restaurantes clientes.

No menos importante es la última consideración del Tribunal en cuanto a la existencia del carácter personalísimo en la prestación del servicio. Ella se deriva de los hechos concretos, así como de las disposiciones contractuales que prohibían expresamente la delegación en terceras personas.

Por otro lado, en **Francia** se han pronunciado la corte de apelaciones de París y la corte de casación, analizando los casos de Uber y Take Eat Easy.

En el caso de Uber, la corte de apelaciones de París⁶⁹⁹ también parte de la base de que la existencia de una relación laboral no depende de la voluntad expresada por las partes o del nombre que hayan dado a su acuerdo, sino de las condiciones de hecho en que se ejerce la actividad. De ese modo, se identifica que los choferes lejos de decidir libremente la organización de su actividad, para buscar clientela o elegir sus proveedores, se integran al servicio de transporte creado y totalmente organizado por la empresa Uber. Así, los conductores no establecen libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte, que se rigen en su totalidad por la empresa, y no tienen permitido contactar a los pasajeros al finalizar el viaje o guardar su

⁶⁹⁹ Cour d'Appel de Paris, Chambre 2, RG n° 18/08357, 10.01.2019.

información, privándoles de la posibilidad de reservar un servicio fuera de la plataforma Uber.

En cuanto al control de la actividad de los choferes, la sentencia indica que está claro que la aplicación Uber ejerce uno en términos de aceptación de las traslados, debiéndose analizar dicho extremo con la previsión contractual de la reserva del derecho de deshabilitar o restringir el acceso o uso de la aplicación al conductor por cualquier motivo y a discreción razonable de Uber. Lo anterior tiene el efecto de alentar a los conductores a permanecer conectados para esperar un servicio y, por lo tanto, ponerse a disposición de la empresa Uber en forma constante, sin poder elegir realmente de forma libre, tal como lo haría un chofer independiente.

Por esos fundamentos, el tribunal dedujo que se habían reunido un conjunto suficiente de indicios que permitían caracterizar la relación como un vínculo laboral.

Dicho fallo fue luego ratificado por la corte de casación⁷⁰⁰, quien también se ha decantado por declarar la laboralidad del vínculo entablado entre la empresa y el chofer.

Resumidamente, Uber sostuvo al igual que lo ha hecho en otros países, que la empresa celebra un contrato con los choferes con un contenido muy particular y diferente a un contrato de trabajo. En efecto, en el recurso interpuesto ante la corte de casación, alegó que dicho contrato se limita a la puesta a disposición de una aplicación tecnológica que le sirve al chofer para conectarse con clientes potenciales.

En definitiva, se sostiene que la empresa no brinda un servicio de transporte, sino que su objeto es la creación de tecnología y mera intermediación entre el chofer y los usuarios. A ello agrega que los conductores son completamente libres de conectarse o no a la aplicación,

⁷⁰⁰ Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 374, 04.03.2020.

de elegir dónde y cuándo tienen intención de conectarse, sin informar a la plataforma con antelación y de desconectarse cuando quieran.

Sin embargo, el fallo comentado concluye que los denominados “colaboradores” se vinculan con Uber mediante una relación de trabajo subordinado. A los efectos de fundar dicha conclusión, la sentencia se enfoca en reseñar que:

1) La relación de subordinación se caracteriza por la realización de un trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene la facultad de dar órdenes e instrucciones, controlar su cumplimiento y sancionar las faltas de su subordinado.

2) El trabajo en un servicio organizado puede constituir un indicio de subordinación cuando el empleador determina unilateralmente las condiciones de ejecución.

3) Los choferes de Uber se integran en una organización ajena, dado que no pueden decidir libremente cómo organizar su negocio, buscar clientes o elegir sus proveedores. En efecto, el chofer no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte, sino que estas son regidas en su totalidad por Uber.

4) En relación con la libertad de conexión y la libre elección de los horarios de trabajo, la corte de casación ha coincidido con el tribunal de apelaciones al señalar que el hecho de poder elegir los días y los horarios de trabajo no excluye por sí mismo una relación laboral subordinada, ya que cuando un conductor se conecta a la plataforma de Uber, “se incorpora a un servicio organizado por la empresa” (elemento al que la doctrina ha identificado como la inserción en la estructura organizativa del empleador, recogido por la RIT N° 198 de la OIT).

5) La empresa Uber dicta instrucciones y existe un marcado control sobre la actividad del chofer, desde el momento en que la empresa es quien

fija unilateralmente las tarifas, le impone una ruta determinada, así como le ajusta la tarifa en caso de haber escogido una “ruta ineficiente”.

6) También se manifiesta la actividad de control en relación a la tasa de aceptación de viajes del chofer, ya que luego de tres negativas, la empresa se contacta con el mismo para invitarlo a desconectarse de la aplicación. Dicha “invitación” de Uber, según la corte de casación, debe interpretarse a la luz de las cláusulas contractuales, que disponen que la empresa se reserva el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la aplicación de conductores o los servicios de Uber por el cliente o cualquiera de sus choferes o por cualquier otra razón, a la discreción razonable de Uber. Tal extremo refleja la ausencia de la posibilidad de elegir libremente la aceptación o rechazo de viajes, tal como lo haría un conductor independiente.

7) Asimismo, el ejercicio del poder sancionatorio fue puesto de manifiesto mediante tres circunstancias particulares: la suspensión temporaria de la cuenta luego de tres rechazos de viajes, los ajustes tarifarios por haber tomado rutas ineficientes, y la suspensión definitiva de la cuenta de los choferes.

En función de ello, se considera que surge demostrado que Uber desarrolla un poder de dirección, organizativo, de control y sancionatorio con respecto a sus choferes.

En el caso de Take Eat Easy, la corte de casación⁷⁰¹ define a la relación de subordinación por sus elementos caracterizantes, en tanto realización del trabajo bajo la autoridad de un empresario que tiene el poder de dar órdenes y directivas, controlar la ejecución y disponer de las sanciones ante las inconductas del trabajador. Asimismo, concluye que el tribunal de apelaciones transgredió la normativa laboral al sostener que los repartidores no están vinculados con la empresa mediante un contrato de

⁷⁰¹ Cour de Cassation, Chambre Sociale, Sentencia N° 1737, 28.11.2019.

trabajo, cuando surge acreditado que la aplicación utiliza un sistema de geolocalización que le permite monitorear la posición del *rider* en tiempo real, guardar el número de kilómetros recorridos, y tener además el poder de sancionar a los repartidores.

En virtud de ello, al comprobarse la existencia de un poder de dirección y control del desempeño de la actividad de los repartidores, y por ende, elementos básicos de una relación de subordinación, la corte se pronuncia a favor del reclamo y anula la sentencia del tribunal del grado anterior.

En los **Países Bajos**, la Corte de Amsterdam analizó la naturaleza de la relación entablada entre los repartidores y la empresa Deliveroo, concluyendo que la misma es de carácter laboral. A diferencia de otros casos suscitados a nivel comparado, en el año 2015 la empresa contrató a los *riders* bajo la figura del contrato de trabajo a plazo determinado, y luego en el año 2018, Deliveroo decidió no extender contratos de trabajo con el personal que realizaba las entregas, sino “acuerdos de socios”. Ello ha llevado a que la Corte señalara que el factor decisivo para el análisis no se limita a lo que las partes llaman o califican para el acuerdo, sino a los derechos y obligaciones que han querido cumplir en este sentido y en qué medida se han implementado⁷⁰².

Asimismo, ha destacado varios elementos de importancia para incorporar a dicho estudio, en tanto que, en primer lugar, esa nueva modalidad contractual había sido impuesta unilateralmente por Deliveroo, mediante la confección de un contrato estándar redactado por dicha empresa, sin que exista margen para su negociación ulterior por parte del *rider*. En segundo lugar, el tribunal parte de la noción jurídica de que dada la naturaleza imperativa de la legislación laboral -y el concepto de

⁷⁰² Rechtbank Amsterdam, N° de caso 7044576 CV EXPL 18-14763, 15.01.2019.

protección que la respalda-, no corresponde a las partes decidir si desean apartarse de ella.

Por otra parte, el fallo centra su atención en diferentes elementos esencialmente importantes a los efectos de responder a la interrogante de si existe o no un contrato de trabajo que una a las partes. Para ello se ahonda en la obligación de prestar trabajo, la posibilidad de reemplazos, la retribución, la inscripción del prestador como cuenta propia en el registro de la cámara de comercio, los materiales, la independencia de la conducción del negocio, etc. De ese modo, el tribunal concluye que el repartidor desempeña un trabajo que pertenece a la organización Deliveroo, y que cuando se trabaja, existe una relación continua de autoridad. Asimismo, existe una expresa indicación en cuanto a que el hecho de que las instrucciones se establezcan en un sentido general y no en términos concretos cada vez que se realice el trabajo, no altera la calificación del vínculo como laboral, así como que la libertad en lo que respecta a la disponibilidad para el trabajo, se ajusta a la naturaleza del contrato de trabajo, incluso cuando el trabajo se realiza en momentos elegidos por el empleado.

En el **Reino Unido** puede detectarse un primer caso relevante en el año 2016, en donde un tribunal de empleo de Londres declaró que los choferes de Uber debían ser considerados como trabajadores^{703 704}. La

⁷⁰³ Cabe destacar que según la sección 230 del Employment Rights Act: “empleado” significa una persona que ha entrado o trabaja bajo un contrato de trabajo; y “trabajador” significa una persona que ha entrado o trabaja bajo un contrato de trabajo, o cualquier otro contrato, mediante el cual el individuo se compromete a realizar o ejecutar personalmente cualquier trabajo o servicio para otra parte del contrato cuyo estado no sea en virtud de un contrato de un cliente de cualquier profesión o empresa desempeñada por el individuo.

⁷⁰⁴ Esto quiere decir que, según el marco jurídico del Reino Unido que prevé tres modelos de contratación del trabajo diferentes, a los trabajadores en cuestión no se les otorgó el estatus de “empleado” completo, aunque sí merecedores de una serie de derechos básicos propios de los “trabajadores”. En síntesis, los trabajadores en la economía bajo demanda tienden a colocarse en una categoría intermedia ligeramente inestable entre el pleno empleo y el pleno auto-empleo, tratados como trabajadores

referida conclusión se extrae de la conjunción de tres elementos acumulativos, que según el tribunal, en caso de reunirse, debe interpretarse que el trabajo prestado está bajo la órbita de un contrato de trabajo. Esos elementos son: a) que la aplicación esté activada por el chofer; b) que el mismo se encuentre dentro del territorio en el que está autorizado para trabajar; y c) esté disponible y preparado para aceptar tareas⁷⁰⁵.

Dicha conclusión fue además reforzada por el hecho de considerar que Uber comercializa una gama de productos, vinculada con una variedad de servicios de conducción, que los choferes por su sola cuenta e iniciativa no proveen. En función de ello -y lo llamativo de la fundamentación de la sentencia es que esta recoge conceptos vertidos por un fallo de California⁷⁰⁶-, se acepta la idea de que dicha empresa no ofrece servicios de tecnología, sino servicios de transporte, y que no es Uber quien trabaja para los choferes, sino que la relación se verifica en un sentido opuesto.

La sentencia de instancia comentada fue luego confirmada tanto por el tribunal de apelaciones de empleo⁷⁰⁷, como por la corte de apelaciones⁷⁰⁸.

El primero de ellos, admitió la posibilidad de que el tribunal de instancia se apartara de las previsiones contractuales consignadas por escrito entre las partes, en virtud de que en el caso “Autoclenz Ltd v Belcher” se prevén una serie de principios, que exigen en definitiva determinar cuál es el verdadero acuerdo entre ambas, según se desprenda de la realidad material de los hechos. De ese modo, el apartamiento de las

independientes pero no trabajando por su propia cuenta (FREEDLAND, M. y PRASSL, J., “Employees, workers and...”, pp. 27-28).

⁷⁰⁵ Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202550/2015, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 28.10.2016.

⁷⁰⁶ El caso conocido como “Douglas O’Connor, et al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”.

⁷⁰⁷ Employment Appeal Tribunal del Reino Unido, Apelación N° UKEAT/0056/17/DA, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 10.11.2017.

⁷⁰⁸ Court of Appeal del Reino Unido, División Civil, Caso N° A2/2017/3467, “Uber BV & ors -v- Aslam & ors”, 19.12.2018.

cláusulas contractuales estaba justificado desde el momento en que los choferes se encontraban integrados dentro del negocio de Uber de los servicios de transporte. En cambio, en materia de tiempo de trabajo, el fallo introdujo un límite a los tres elementos acumulativos exigidos por el tribunal de instancia, en tanto que tales criterios no debieran ser aplicables cuando el chofer tiene la posibilidad de conectarse al mismo tiempo a otro operador.

El segundo fue adoptado por mayoría, con la disidencia de un miembro de la corte, quien se decantó por la ausencia de laboralidad del vínculo. En cambio, para la mayoría de sus integrantes, han coincidido expresamente en todos los fundamentos vertidos tanto por el tribunal de instancia, como por el tribunal de apelaciones.

En otro caso referido a los servicios de entregas, un tribunal de empleo consideró que el repartidor que era contratado por CitySprint como un contratista independiente, sin embargo se encontraba económicamente y organizativamente dependiente. A diferencia del caso mencionado anteriormente, este tribunal consideró que existía tiempo de trabajo en todo aquel período en que el trabajador se encontraba efectivamente trabajando, así como también cuando estaba en espera de recibir trabajo, es decir, hasta su efectiva desconexión de la aplicación⁷⁰⁹.

En **Estados Unidos**, también han existido planteos a nivel jurisdiccional en relación a este problema de calificación jurídica, y paradójicamente, algunos de ellos se verificaron en California, siendo la ciudad que representa la cuna del emprendedurismo, la tecnología, y el polo organizativo de muchas de las plataformas digitales.

Así, el caso que inició el proceso revisionista fue el de “Douglas O’Connor vs. Uber”, cuya resolución le correspondió a un tribunal del

⁷⁰⁹ Employment Tribunal del Reino Unido, Caso N° 2202512/2016, “Ms M Dewhurst -v- CitysprintUK ltd”, 05.01.2017.

distrito norte de California. En dicho asunto, tal como lo puso de relieve el tribunal, las partes coincidieron en cuanto a que para determinar si los choferes de Uber debían ser declarados como trabajadores dependientes o contratistas independientes, resultaba necesario ejecutar un análisis de dos etapas. El primero, se relaciona con la presunción de laboralidad para quien acredita prestar un trabajo para otro sujeto, invirtiéndose entonces la carga de la prueba de demostrar una realidad contraria a dicha presunción -asentada por la Suprema Corte de California en el caso “Narayan v. EGL, Inc.”, 616 F.3d 895, 900 (9th Cir. 2010)-. El segundo, determinado por el test de laboralidad que contiene una serie de indicios de la existencia de la relación de trabajo –apuntado por la Suprema Corte de California en el precedente “S.G. Borello & Sons, Inc. v. Dep’t of Indus. Relations” (Borello), 48 Cal. 3d 341, 350 (1989)-⁷¹⁰.

En ese sentido, el tribunal recordó que según el *test Borello*, el punto más significativo para el análisis es el derecho a controlar el detalle del trabajo por parte del empleador, y que dicho elemento, no necesita extenderse a todos los detalles posibles del trabajo, sino que más bien, el punto relevante se refiere a si la entidad retiene todo el control necesario sobre el desempeño del trabajador. En función de ello, en el fallo se recalca que un cierto margen de libertad hacia el trabajador está permitido o puede ser inherente a la naturaleza del trabajo involucrado, no constituyendo dicho extremo un elemento que permita descartar la existencia de una relación de trabajo. De ese modo, citando a la Suprema Corte de California, en la sentencia se enfatiza que la pregunta pertinente no es “cuánto control ejerce el empleador”, sino “cuánto control retiene el empleador” y que tiene el derecho a ejercer.

⁷¹⁰ United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-3826 EMC, “Douglas O’Connor, et. al., v. Uber Technologies, Inc., et al.”, 11.03.2015.

El tribunal agrega que dicho factor principal, sin embargo, no debe ser analizado en forma aislada, sino que por el contrario resulta necesario recurrir a otros indicios secundarios enunciados taxativamente: a) si el que ejecuta los servicios se dedica a una ocupación o negocio distinto; b) el tipo de ocupación, con referencia a si, en la localidad, el trabajo generalmente se realiza bajo la dirección del empleador o por un especialista sin supervisión; c) la habilidad requerida en la ocupación particular; d) si el empleador o el trabajador proporciona los instrumentos, herramientas y el lugar de trabajo para la persona que realiza el trabajo; e) el período de tiempo durante el cual los servicios se realizarán; f) el método de pago, ya sea por el tiempo o por el trabajo; g) si el trabajo es o no parte de los negocios regulares del empleador; y h) si las partes creen que están creando la relación de empleador-empleado.

A dichos criterios, luego se agregaron otros cinco, conformando un listado total de trece indicios secundarios recibidos por la Suprema Corte de California, incorporando al análisis otro listado de elementos de importancia, que en algunos casos están muy íntimamente ligados y conectados entre sí: a) la oportunidad del presunto empleado de ganancias o pérdidas dependiendo de su habilidad organizativa; b) la inversión del presunto trabajador en equipos o materiales requeridos para su tarea, o el empleo de ayudantes; c) si el servicio prestado requiere una habilidad especial; d) el grado de permanencia de la relación laboral; y e) si el servicio prestado es una parte integral del negocio del supuesto empleador.

En relación a estas pautas, el tribunal concluye que existe una presunción de laboralidad favorable a los choferes, en tanto que estos prestan un servicio hacia Uber. En ese sentido, el fallo presupone que Uber diseñó un software para conectar choferes con pasajeros, pero que dicho elemento es simplemente un instrumento utilizado en el contexto de su negocio más grande. De ello se deriva que Uber no solo vende

software, sino que vende transporte. En definitiva, sobre este primer punto de análisis el tribunal concluye que es obvio que los conductores prestan un servicio para Uber, porque precisamente Uber no sería una entidad comercial viable sin sus choferes.

Con referencia al segundo elemento de estudio, el Tribunal destaca que es tarea de un jurado determinar la existencia de la relación de trabajo, no pudiendo el juzgador hacerlo en un juicio sumario. Por ello, concluye que un jurado razonable podría determinar que numerosos factores secundarios confluían a favor de encontrar una relación laboral. De todos modos, se indicó en la sentencia que rara vez un factor determina por sí solo si una relación es dependiente o independiente. Inclusive, en el caso en concreto sometido a análisis, varios factores apuntan en direcciones opuestas. Sin embargo, al estudiar las circunstancias a la luz más favorable para los demandantes, el Tribunal no puede concluir, conforme a derecho, que los choferes son contratistas independientes de Uber en lugar de sus empleados.

El mismo razonamiento fue empleado por otro juzgador del distrito norte de California, al calificar la naturaleza de la actividad cumplida por Lyft, concluyendo que no se trata de una simple empresa de tecnología que intermedia entre oferta y demanda, sino que ejecuta el servicio de transporte. Ello trae aparejado que se verifique una prestación de actividad de los choferes hacia la empresa, lo cual determina la procedencia de la presunción de laboralidad comentada. Asimismo, el tribunal ha expresado que existen, como mínimo, indicios suficientes de una relación laboral entre los conductores demandantes y Lyft, de tal manera que un jurado razonable podría decantarse por determinar la existencia de dicha relación. Por ello el fallo señala que sería difícil dictaminar jurídicamente que los demandantes eran contratistas independientes cuando el factor más

importante para discernir la relación bajo la ley de California, a saber, el derecho de control, tiende a cortar hacia el otro lado⁷¹¹.

La Junta de Apelaciones del Seguro de Desempleo del Estado de Nueva York ha arribado a una conclusión similar, al señalar que Uber es responsable de las contribuciones efectivas en función de la remuneración de los empleados pagada como conductores. Dicho organismo se fundó en que si bien la determinación de que existe una relación empleador-empleado puede basarse en la evidencia de que un empleador ejerce control sobre los resultados producidos o sobre los medios utilizados para lograr los resultados, el control sobre los medios es el factor más importante a considerar⁷¹².

De ese modo, se sostuvo que la evidencia demuestra que Uber ejerce suficiente supervisión, dirección o control sobre los conductores, especialmente mediante su aplicación. En efecto, se reseña que Uber proporciona la aplicación y configura la información que aparece en la misma; establece las tarifas cobradas a los pasajeros; establece la tasa de pago para los conductores y la garantía de ingresos ocasionales; establece los diversos incentivos y promociones; y establece las políticas de música, propinas y desactivación. Inclusive, Uber asigna el trabajo enviando solicitudes de viaje al conductor individual más cercano que debe aceptar el envío dentro del mandato de 15 segundos; también proporciona las herramientas necesarias, como mapas integrados en la aplicación; realiza además una verificación de identificación ocasional en la aplicación del controlador y establece el orden de entrega de los pasajeros.

En el mismo sentido se ha pronunciado el comisionado laboral de California, al calificar como de carácter laboral al vínculo que unía a un

⁷¹¹ United States District Court Northern District of California, Caso N° C-13-cv-04065-VC, “Patrick Cotter, et al., v. Lyft, Inc.”, 11.03.2015.

⁷¹² State of New York Unemployment Insurance Appeal Board, N° 596722, 12.07.2018.

chofer con la empresa Uber. En síntesis, recibiendo los mismos conceptos y principios del precedente de Borello, en el fallo se pone de relieve el hecho de que existe trabajo dependiente cuando el mismo representa una parte integral del negocio regular del empleador, y cuando el trabajador no proporciona al empleador un negocio independiente y un servicio profesional. En definitiva, la sentencia remarca entre otros aspectos que el negocio de Uber es el transporte de pasajeros, y que sin los choferes, el negocio de Uber no existiría⁷¹³.

Por su parte, los conflictos individuales de trabajo de estas características han sido muy escasos en **Uruguay**, y por ende, los planteos a nivel jurisprudencial fueron absolutamente insignificantes en comparación a lo que ha ocurrido en otros países. En un caso en concreto, el Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno ha dictado una sentencia en el marco de un juicio laboral promovido por un chofer de Uber, entendiendo que el reclamante se trataba de un trabajador dependiente⁷¹⁴.

En síntesis, fundado en el contenido y alcance del principio de primacía de la realidad, el fallo concluye que los denominados “socios conductores” se vinculan con Uber mediante una relación de trabajo subordinado. A los efectos de fundar dicha afirmación, la sentencia se aboca en un extenso análisis doctrinario, y en particular, se refiere al contenido de la RIT N° 198 de la OIT.

En función de ello, se considera que surge demostrado que Uber desarrolla un poder de dirección, organizativo y sancionatorio con respecto a sus choferes. Dichos poderes se manifiestan en múltiples elementos, como impartirles órdenes o directivas -por intermedio de

⁷¹³ Labour Commissioner of the State of California, “Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc., a Delaware corporation, and Rasier – CA LLC, a Delaware limited liability company”, Caso N° 11-46739, 16.06.2015.

⁷¹⁴ Juzgado Letrado del Trabajo de la Capital de 6° Turno, Sentencia N° 77/2019, 11.11.2019.

correos electrónicos-, instrucciones sobre la forma de cumplir el servicio, protocolos de formas de tratar a los usuarios, condiciones de higiene del vehículo, etc. Un punto trascendente ha sido la consideración de la suspensión temporal de la cuenta de los choferes como un mecanismo del ejercicio del poder sancionatorio, y a su vez, la desactivación como una forma de ejercicio de la potestad rescisoria de manera unilateral, que es propia y exclusiva de un empleador.

Uno de los indicios especialmente considerados por la sentencia fue la integración del trabajador en la organización de la empresa. Ello quiere decir que, operó como un indicio de la laboralidad importante, el hecho de que sin el trabajo de ese chofer, el objeto social o el negocio de dicha plataforma digital no se cumple, sino que resulta indispensable para ello, contar con esos trabajadores para que ejecuten en definitiva dicha actividad principal.

Dicha sentencia fue luego confirmada en segunda instancia por el Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno⁷¹⁵. En primer término, el tribunal ha ahondado en el marco teórico normativo aplicable para la interpretación de los hechos probados, señalando como tal a la RIT N° 198 de la OIT, en tanto instrumento al que se debe acudir toda vez que existan controversias en la calificación de la relación jurídica que compromete trabajo.

En efecto, la sentencia parte de la base de que en el ordenamiento jurídico uruguayo no existen reglas de derecho positivo que demarquen la frontera entre el trabajo al amparo del Derecho del Trabajo y el prestado en forma autónoma. En ese sentido, el Tribunal señala que en base al principio de libertad, una persona puede comprometerse a realizar trabajo por fuera de la relación de trabajo dependiente y al amparo, como sostuvo

⁷¹⁵ Tribunal de Apelaciones del Trabajo de 1º Turno, Sentencia N° 111/2020, 03.06.2020.

la demandada en el proceso judicial, como un contrato comercial con un trabajador autónomo; aunque, también es cierto que de que a nivel constitucional el trabajo del hombre cuenta con garantía de protección, y aquél prestado en una relación de trabajo cuenta con una especial tutela.

Consecuentemente, en el fallo se señala que existe una colisión de principios constitucionales: la especial tutela del trabajo y la libertad para comprometer trabajo bajo otras formas jurídicas.

Sobre este punto, el tribunal sostiene que “corresponde a quien repele la pretensión, argumentar y probar hechos que, logren justificar, racionalmente, que un sujeto que compromete su fuerza de trabajo para el beneficio principal de otro, hubiera elegido, o por lo menos tolerado, verse marginado de la especial protección”. De ese modo, se indica que “la colisión entre los principios de tutela del trabajo y la libertad de contratar se resuelve por el criterio de una causa razonable que pueda aportar una explicación sensata”.

En relación a la RIT N° 198 de la OIT, la sentencia señala que dicho instrumento internacional contiene determinadas premisas importantes, que además representan la voz de la conciencia jurídica universal, en el sentido de que el trabajo necesita de protección y no resulta admisible cualquier trabajo sino aquel que conlleve garantizados determinados derechos mínimos que permita ser calificado como trabajo decente. Así, se destaca que la RIT N° 198 de la OIT presume que las partes contratantes están en un plano de desigualdad, y por ende, que existe riesgo de que los acuerdos puedan tener como consecuencia privar a los trabajadores de la protección a la que tienen derecho. En ese sentido, el tribunal señala más gráficamente que existe una “presunción de certeza”, que determina que en el proceso de calificación del vínculo jurídico, deben gravitar tales circunstancias (la desigualdad y el riesgo), hasta que se demuestre lo contrario.

En relación a los indicadores de la existencia de la relación de trabajo, se enfatiza en que la RIT enuncia una serie de indicadores como i) la integración del trabajador a la organización de la empresa, ii) la realización del trabajo según instrucciones o bajo el control de otra persona, iii) el trabajo realizado en beneficio única o principalmente de otra persona , iv) la realización personal del trabajo en horario determinado en el lugar indicado o aceptado por quien ejecuta el trabajo, v) trabajo de cierta duración y continuidad, vi) la disponibilidad del trabajador, vii) el suministro de herramientas, materiales y maquinarias; viii) la remuneración periódica, ix) que ésta constituya la única o principal fuente de ingresos del trabajador, x) la entrega de prestaciones en especie como alimentación, vivienda y transporte, xi) las vacaciones y el descanso semanal, xii) el pago de los viajes que deba emprender el trabajador para ejecutar el trabajo, xiii) y la ausencia de riesgos financieros para el trabajador.

Además, complementa el elenco de indicios señalando que la existencia de la relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo a los hechos relativos a la ejecución del trabajo -principio de primacía de la realidad- y la remuneración del trabajador, independientemente de lo que las partes acuerden.

Trascendentalmente importante es la consideración de la relevancia de la subordinación, des-focalizada como el aspecto principal y excluyente en la solución del conflicto, ubicada junto con otros elementos de análisis, y “en pie de igualdad en cuanto a su trascendencia”. En definitiva, el Tribunal sostiene que la RIT admite la existencia de la relación de trabajo aún sin la subordinación en su concepto clásico, si se detectan uno o varios de los restantes indicadores.

En cuanto al valor jurídico del instrumento internacional, también se destaca la importancia de su procedimiento de aprobación, en tanto

que, por serlo en el seno de la OIT, opera ilustrando la opinión de la doctrina mayoritaria y más recibida o la voz de la conciencia jurídica universal. Ello trasunta en transformar al instrumento en un mecanismo válido para la integración del ordenamiento jurídico uruguayo.

En definitiva, sobre este primer punto, el tribunal parte de la base de que ni la Constitución ni la ley nacional han definido a la relación de trabajo. Por ello, la definición de este instituto debe partir del art. 332 de la Constitución, tomando a la RIT N° 198 de OIT como exponente de la conciencia jurídica universal, que apunta a aportar elementos para definir la relación de trabajo, y por ende, la constituye en el marco teórico aplicable en Uruguay para apreciar y calificar los hechos de la realidad en situaciones en las que se compromete trabajo y la naturaleza del vínculo se encuentra en debate.

En segundo término, la sentencia parte del marco jurídico señalado para analizar los hechos probados durante el juicio. Como punto de partida, interpretando la RIT N° 198 de la OIT, se recalca en que la subordinación o dependencia ha dejado de ser una condición necesaria y excluyente, para reposicionarse en una condición suficiente -en definitiva, el instrumento internacional simplemente sugiere a la subordinación o dependencia a título de ejemplo-.

En función de ello, como indicadores coincidentes entre el caso en examen y la RIT N° 198 de OIT, el tribunal destaca que:

1) Uber se benefició principalmente con el trabajo prestado por el chofer. Para la RIT N° 198 de la OIT, basta que el sujeto a quien se entrega el trabajo haya asumido el riesgo en forma principal. La sentencia señala: “Lo importante de este indicador radica en la ampliación del concepto de beneficiario que instala la Recomendación respecto del clásico y que tiene implícita la posibilidad de que quien trabaja se haga cargo en forma no principal de parte de los costos”;

2) Se verificó una integración del chofer a la organización de Uber. Sobre ello, Uber defiende que lo que proporciona en el vínculo jurídico es la tecnología, aunque es evidente que el conductor efectivamente la utiliza, pero la misma es gobernada por Uber.

3) El trabajo se realiza según las instrucciones o bajo el control de otra persona. En forma muy clarificadora, el Tribunal distingue la actividad de un trabajador autónomo de la de un trabajador subordinado, indicando que el primero organiza la tarea y la ejecuta siguiendo sus decisiones (sin perjuicio de que el comitente del trabajo controle el resultado), mientras que el segundo, tal como fue el caso del chofer, ejecuta los traslados conforme las instrucciones que surgen del contrato previstas unilateralmente por Uber y también está sujeto a control por parte de Uber. En síntesis, “Uber dirige y controla toda la actividad del conductor. Incluso responde con actos que perjudican al chofer representando una modalidad de ejercicio del poder sancionador típico de un empleador y no de un co-contratista comercial”.

4) Se comprobó la continuidad y retribución periódica. En relación al vínculo, fue probado en el expediente que se inició en 2016 y se prolongó por lo menos hasta que se presentó la demanda judicial.

5) Existió un suministro de herramientas. Uber parcialmente suministra las herramientas en tanto pone a disposición la aplicación tecnológica y todo su gobierno. El chofer aporta sólo parcialmente instrumentos de realización del trabajo, como el automóvil y el dispositivo de comunicación.

A ese examen exhaustivo, el tribunal también agregó una ponderación de los indicadores contrarios a la calificación como relación de trabajo. En relación a los argumentos que “pesan en contra” de la laboralidad del vínculo, el fallo resaltó que no resultó probada la realización personal del traslado de pasajeros, en tanto que el chofer

registró dos automóviles que también fueron registrados por otros choferes, y no se explicó ni probó la modalidad de relacionamiento entre los conductores.

En definitiva, la sentencia se focaliza en efectuar una valoración de los indicadores “pro laboralidad” y del “anti laboralidad” en su conjunto, “pesando” los argumentos en uno y otro sentido, para dilucidar y apreciar hacia dónde apuntan los indicadores reseñados, si en el sentido de calificar al vínculo como una relación de trabajo dependiente, o por el contrario, como un trabajo autónomo.

De ese modo, se ha concluido que “pesa mayoritariamente” la posición del chofer respecto de:

1) La ajenidad de organización del programa de acción para el desarrollo de la obligación comprometida;

2) La ajenidad de mercado en el sentido de total imposibilidad de dominio de la demanda de los usuarios del servicio de transporte. El chofer carece del mínimo poder de acceso, relacionamiento y dominio de la relación con los usuarios demandantes del servicio de transporte;

3) Y la ajenidad en la determinación de la tarifa, su ajuste y sus cambios y los costos de cancelación del servicio por parte del usuario.

De ese modo, si bien en el trabajo autónomo el contratista tiene derecho a controlar el resultado, de regla la forma de la ejecución queda librada al desarrollo de la experticia de la persona contratada. En el caso concreto, el conductor no organiza la ejecución de la obligación comprometida en base a su experticia sino que la lleva a cabo predeterminada paso a paso por Uber.

Un enunciado muy gráfico aportado por la sentencia hace hincapié en la ausencia de transparencia del algoritmo empleado por la empresa para gobernar la aplicación tecnológica. En ese sentido, se expresa que: “el algoritmo (soporte del modelo de negocio) en el que insiste la demandada,

se presenta en autos como un espectro (todos hablan de él pero solo Uber lo ve). Solo Uber lo conoce y domina, situación que no se compadece con un vínculo societario tal cual lo califica la demandada”.

En definitiva, los indicadores “negativos” de la laboralidad -ajenidad parcial de los riesgos económicos por el aporte del conductor de herramientas de trabajo y la ausencia de realización personal de la tarea-, tienen un menor grado de gravitación, en comparación con los indicadores del dominio de Uber.

Ello se traduce en la contracara de la ausencia de libertad propia de quien ejecuta obligaciones como consecuencia de un contrato comercial de servicios -trabajador autónomo-. En ese sentido, la sentencia concluye que: “La ausencia de libertad margina de la realidad que se reconstruye la posibilidad de comprometer trabajo bajo otro vínculo distinto a la relación de trabajo que emana del principio de libertad constitucional”.

Finalmente, en **Italia**, la Corte Suprema de Casación también se ha pronunciado en relación a esta temática, en un caso entablado entre algunos *riders* y la empresa Foodora⁷¹⁶.

En concreto, la Corte ha concluido que la Jobs Act del año 2015 resulta aplicable a los repartidores, extendiéndoles la protección dispensada por dicha normativa, en tanto que su trabajo sea organizado por otra persona -*lavoro etero-organizzato*-. El objetivo del Decreto-Legislativo N° 81 de 2015 era extender la protección más allá del alcance tradicional de la relación laboral -*lavoro subordinato*-, y por tal motivo, el fallo hace hincapié en señalar que dicha normativa resulta aplicable a los trabajadores de plataformas digitales.

Adicionalmente, se ha indicado que cuando la hetero-organización -acompañada de la personalidad y la continuidad del desempeño- está marcada hasta el punto de hacer que el colaborador sea comparable a un

⁷¹⁶ Corte Suprema di Cassazione, Sezione Lavoro, Sentenza N° 1663/20, 24.01.2020.

empleado, se impone una protección equivalente y, por lo tanto, el remedio de la plena aplicación de la disciplina del trabajo subordinado. Por ende, los tribunales no pueden optar por la protección que debe ser extendida a los mismos, sino que toda la legislación laboral se aplica a los trabajadores cuyo trabajo sea organizado por otra persona.

Asimismo, el fallo recuerda la redacción de la normativa al indicar que a partir del 1 de enero de 2016 la disciplina de la relación laboral se aplica toda vez que el desempeño del empleado sea de carácter exclusivamente personal y se lleve a cabo en forma continua en el tiempo y en la modalidad de de la ejecución de la prestación, incluso en relación con el tiempo y el lugar de trabajo, siendo organizado por el cliente.

En función de ello, la sentencia no se decanta por considerar el caso como una prestación de carácter laboral, autónoma o inclusive como una tercer categoría intermedia. Por el contrario, la definición se dirige a la extensión de la tutela en caso de indicios de hetero-organización. En definitiva, la normativa crea un nuevo criterio para asociar la protección - la *etero-organizzazione*-, y lo hace independientemente de la situación laboral.

