
PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO Y UNA GUÍA PARA EL FUTURO

DIGITAL PLATFORMS AND LABOR LAW: A COMPARATIVE ANALYSIS AND A GUIDE FOR THE FUTURE

Pamela A. IZVĂNARIU

LL.M., PhD (abd). Assistant Professor of Law and Sociology, University of Dayton, Ohio.

pizvanariu1@udayton.edu

Federico ROSENBAUM CARLI

Doctor en Derecho (PhD) del programa de Administración, hacienda y justicia en el Estado Social y Magíster (LLM) en Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Universidad de Salamanca, España. Profesor Adjunto de alta dedicación y Director de los Programas Académicos de las carreras de grado de Abogacía y Notariado, Universidad Católica del Uruguay. Investigador activo del Sistema Nacional de Investigadores (SNI-ANII). ORCID iD:

<https://orcid.org/0000-0003-1152-6561>.

federico.rosenbaum@ucu.edu.uy

Fecha de envío: 16/06/2022

Fecha de aceptación: 02/08/2022

PLATAFORMAS DIGITALES Y EL DERECHO DEL TRABAJO: UN ANÁLISIS COMPARATIVO Y UNA GUÍA PARA EL FUTURO

Pamela A. IZVĂNARIU

University of Dayton (Estados Unidos)

Federico ROSENBAUM CARLI

Universidad Católica del Uruguay (Uruguay)

Resumen: El presente trabajo analiza los desarrollos jurídicos recientes con respecto a la clasificación de los trabajadores que desarrollan su labor mediante plataformas digitales en la Unión Europea, España, Francia, Italia, los Estados Unidos, el Reino Unido, Uruguay y Chile y considera los problemas no resueltos. Al hacerlo, responde al llamado de LatCrit para expandir, conectar y comparar críticamente las luchas y los regímenes anti-subordinación al examinar los diversos enfoques que los tribunales y las legislaturas han adoptado para abordar estas cuestiones jurídicas y responder a los reclamos de justicia de los trabajadores. Además, después de proporcionar un breve análisis comparativo, ofrece recomendaciones. Partiendo de la teoría y la praxis de LatCrit, estas sugerencias pueden ayudar a orientar el trabajo de los tribunales y las legislaturas, así como de los académicos y profesionales, mientras navegan y construyen regímenes normativos que regulan el trabajo basado en plataformas.

Palabras clave: Plataformas digitales - Gig economy - Estados Unidos - Uruguay - Subordinación

Sumario: 1. Introducción. 2. La intervención de la justicia a nivel comparado. 2.1. Intervenciones a nivel regional. 2.1.1. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. 2.1.2. Propuesta de la Comisión Europea (CE) para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las

condiciones de trabajo en el trabajo de plataformas. 2.2. Las sentencias de los Tribunales o Cortes Supremas a nivel comparado. 2.2.1. El caso Glovo: la sentencia del Tribunal Supremo (STS 2924/2020) del 25 de septiembre de 2020 en España. 2.2.2. El caso Uber: la sentencia de la Cour de Cassation (Núm. 374) del 4 de marzo de 2020 en Francia. 2.2.3. El caso Foodora: la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione (Núm. 1663/20) del 24 de enero de 2020 en Italia. 2.2.4. El caso Uber: la sentencia de la Supreme Court (UKSC 2019/0029) del 19 de febrero de 2021 en el Reino Unido. 3. Las respuestas normativas y propuestas de *lege ferenda* a nivel comparado. 3.1. Las Leyes Núm. 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia. 3.2. Decreto-Legislativo Núm. 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley Núm. 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia. 3.3. Real Decreto-ley 9/2021 del 11 de mayo de 2021 en España. 3.4. La Ley Núm. 5 del Estado de California y HB2076 de Washington en Estados Unidos. 3.4.1. La Ley Núm. 5 del Estado de California. 3.4.2. La medida electoral (*ballot*) “Yes on Prop 22” del Estado de California en Estados Unidos. 3.4.3. La medida electoral, HB2076 de Washington en Estados Unidos. 3.5. 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. 3.6. La Ley N° 21.431 del 11 de marzo de 2022 en Chile. 4. Análisis desde una perspectiva comparada. 5. LatCrit y una mirada hacia el futuro. 5.1. Conectar las luchas anti-subordinación. 5.2. Adoptar el realismo y la investigación doctrinal, interdisciplinaria y de abajo hacia arriba. 5.3. Una mirada hacia el sur. 5.4. Observaciones finales.

Abstract: This paper analyzes the recent legal developments regarding the classification of workers who carry out their work through digital platforms in the European Union, Spain, France, Italy, the United States, the United Kingdom, Uruguay and Chile and considers the problems not resolved. In doing so, it responds to LatCrit's call to critically expand, connect, and compare anti-subordination struggles and regimes by examining the various approaches that courts and legislatures have taken to address these legal questions and respond to the justice claims of workers. Additionally, after providing a brief comparative

analysis, it offers recommendations. Building on LatCrit theory and praxis, these suggestions can help guide the work of courts and legislatures, as well as academics and practitioners, as they navigate and build regulatory regimes that regulate platform-based work.

Key words: Digital platforms - Gig economy - United States - Uruguay - Subordination

Summary: 1. Introduction. 2. The intervention of justice at a comparative level. 2.1. Interventions at the regional level. 2.1.1. The pronouncement of the Court of Justice of the European Union. 2.1.2. Proposal of the European Commission (EC) for a Directive of the European Parliament and of the Council on the improvement of working conditions in platform work. 2.2. The judgments of the Tribunals or Supreme Courts at a comparative level. 2.2.1. The Glovo case: the judgment of the Supreme Court (STS 2924/2020) of September 25, 2020 in Spain. 2.2.2. The Uber case: the judgment of the Cour de Cassation (No. 374) of March 4, 2020 in France. 2.2.3. The Foodora case: the judgment of the Corte Suprema di Cassazione (No. 1663/20) of January 24, 2020 in Italy. 2.2.4. The Uber case: the judgment of the Supreme Court (UKSC 2019/0029) of February 19, 2021 in the United Kingdom. 3. The normative responses and proposals of lege ferenda at a comparative level. 3.1. Laws No. 2016-1088, 2018-771 and 2019-1428 in France. 3.2. Legislative Decree No. 81 of June 15, 2015 and Decree-Law No. 101 of September 3, 2019 in Italy. 3.3. Royal Decree-Law 9/2021 of May 11, 2021 in Spain. 3.4. Law No. 5 of the State of California and HB2076 of Washington in the United States. 3.4.1. California State Law No. 5. 3.4.2. The electoral measure (ballot) “Yes on Prop 22” of the State of California in the United States. 3.4.3. The ballot measure, HB2076 of Washington in the United States. 3.5. Regulatory intervention in Uruguay: Decrees of the Departmental Boards of Montevideo and Maldonado, and draft law regulating services provided through the use of computerized means and technological applications. 3.6. Law No. 21,431 of March 11, 2022 in Chile. 4. Analysis from a comparative perspective. 5. LatCrit and a look to the future. 5.1. Connect anti-

subordination struggles. 5.2. Embrace realism and doctrinal, interdisciplinary, bottom-up research. 5.3. A look to the south. 5.4. Final remarks.

1. Introducción

Las formas de trabajo de la denominada *gig economy*, 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. El diseño de los modelos empresariales está construido sobre la base de un discurso metódico y de una implementación formal que se sustenta en dos ideas centrales: la primera de ellas, relacionada con la naturaleza jurídica de la actividad de estas estructuras empresariales; y la segunda, vinculada con la relación jurídica que entablan el prestador del servicio subyacente y la propia plataforma digital.

Y sobre este último punto, existe una gran tentación de “cerrar el caso” proponiendo una re-calificación generalizada, dirigida a proteger a los trabajadores que participan en formas de empleo basadas en plataformas digitales. Sin embargo, esta podría ser una manera fácil de resolver la controversia de forma rápida y definitiva, pero la idea puede resultar equivocada, porque consiste en generalizar que todo el trabajo desarrollado mediante plataformas sea considerado como un falso trabajo por cuenta propia (falsos autónomos)¹.

En efecto, debe advertirse que no todas las plataformas digitales operan de la misma forma², “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 servicio³. Por su parte, las

¹ 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. 47. Disponible en https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112243/jrc112243_legal_framework_digital_labour_platforms_final.pdf.

² PRASSL, J. y RISAK, M., “Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork”, *Comparative Labour Law and Policy Journal*, No 8/2016, 2016, p. 1. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2733003_code2511333.pdf?abstractid=2733003&mirid=1.

³ 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

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 benevolentes⁴; 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.

Pero, en definitiva, con lo que disponemos al día de hoy en cada ordenamiento jurídico, estas formas de empleo basadas en plataformas digitales analizadas bajo la óptica del Derecho Laboral encierran un problema de calificación jurídica, a partir del cual su resolución puede conducir en incluir determinada situación fáctica dentro del ámbito de aplicación y protección del ordenamiento jurídico laboral, o por el contrario, en excluirlo del mismo. El impulso para resolver estos dilemas de clasificación lo iniciaron los propios trabajadores, sobre todo los conductores basados en plataformas que trabajan para gigantes de la industria como Uber, Lyft y Glovo. En todo el mundo, estos trabajadores han protestado y se han organizado para llamar la atención sobre los salarios inferiores a los mínimos legales, las largas horas de trabajo, las malas condiciones laborales, así como las nulas protecciones que definen al sector. Los trabajadores han buscado ayuda en los tribunales y las legislaturas de todo el mundo, encabezando casos que alegan que las empresas basadas en plataformas los han clasificado erróneamente como contratistas independientes. 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

HERNÁNDEZ, M. (Dir.), *Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos*, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, p. 25.

⁴ 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. 372.

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.

Para los trabajadores de plataformas de este sector, la forma en que los tribunales y las legislaturas responden a estas preguntas tiene consecuencias significativas. En muchos países, incluidos España, Estados Unidos⁵ y el Reino Unido⁶, los trabajadores clasificados como contratistas independientes no están cubiertos por las leyes de salario mínimo y horario máximo y se les niegan otros beneficios y protecciones de la ley laboral que disfrutaban los empleados. En los Estados Unidos, por ejemplo, los contratistas independientes no están cubiertos por las leyes de salario mínimo y horario máximo; no tienen derecho a formar sindicatos o a negociar colectivamente; tienen menos protecciones contra la discriminación, el despido injustificado y protecciones de denunciantes contra represalias. Gigantes de servicios de transporte como Uber, Lyft y Glovo gastaron varios años y miles de millones de dólares en litigios y legislación para garantizar que sus trabajadores fueran clasificados como contratistas independientes. Más recientemente, estas empresas han presionado por leyes laborales de tercera categoría. Estas leyes pretenden brindar a los trabajadores acceso a ciertos beneficios nuevos, pero prácticamente eximen a las empresas del deber de pagar el salario por todo el tiempo que laboren, así como tampoco se compele a cumplir con la normativa sobre salario mínimo.

Este artículo revisa los desarrollos legales recientes con respecto a las clasificaciones de trabajadores basadas en plataformas en la Unión Europea, España, Francia, Italia, los Estados Unidos, el Reino Unido, Uruguay y Chile y considera los problemas no resueltos. Al hacerlo, responde al llamado de LatCrit para expandir, conectar y comparar críticamente las luchas y los regímenes anti-

⁵ En los Estados Unidos, los contratistas independientes: no están cubiertos por las leyes de protección de los trabajadores, como las leyes sobre salarios y horarios, las leyes contra la discriminación y las leyes que brindan derechos de negociación colectiva; no recibe beneficios de desempleo cuando está temporalmente sin trabajo; no recibe compensación laboral cuando se lesiona en el trabajo; y son responsables de pagar la contribución total del impuesto sobre la nómina a los programas federales de Seguro Social y Medicare. IZVANARIU, P., *Matters Settled Not Resolved*.

⁶ U.K. Supreme Court Rules Uber Drivers Are Workers Entitled to Minimum Wage and Other Benefits and Not Independent Contractors, 2/23/2021 RIA-PAYGNL.

subordinación⁷ al examinar los diversos enfoques que los tribunales y las legislaturas han adoptado para abordar estas cuestiones legales y responder a los reclamos de justicia de los trabajadores. Además, después de proporcionar un breve análisis comparativo, ofrece recomendaciones. Partiendo de la teoría y la praxis de LatCrit, estas sugerencias pueden ayudar a orientar el trabajo de los tribunales y las legislaturas, así como de los académicos y profesionales, mientras navegan y construyen regímenes normativos que regulan el trabajo basado en plataformas.

2. La intervención de la justicia a nivel comparado

A nivel comparado, la justicia ha tenido que intervenir a la hora de dilucidar los problemas de calificación jurídicos antes aludidos, y por ende, se ha pronunciado tanto sobre la naturaleza de la actividad cumplida por las empresas propietarias de plataformas digitales, como sobre la naturaleza del vínculo jurídico entablado entre estas y los prestadores de los servicios subyacentes.

2.1. Intervenciones a nivel regional

2.1.1. El pronunciamiento del Tribunal de Justicia de la Unión Europea

Uno de los casos 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 Núm. 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

⁷ La anti-subordinación es un principio fundamental de LatCrit. El principio de anti-subordinación funciona bajo el supuesto de que la ley y las instituciones legales deben hacer todo lo posible para eliminar las condiciones que contribuyen al establecimiento de una subclase en la sociedad y elevar las posiciones sociales, económicas y políticas de los grupos subordinados. Además, considera la ley un mecanismo para reformar instituciones y prácticas que perpetúan el estatus secundario de grupos particulares. LatCrit, p. 31.

transporte de pasajeros no colectivo, destacándose entre ellas a la necesaria autorización previa y la concesión de licencia⁸.

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”⁹.

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.

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

⁸ 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*, Núm. 80, Editorial Bomarzo, Albacete, 2017, pp. 127-128.

⁹ TJUE, Sentencia del 20 de diciembre de 2017, C-434/15.

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”¹⁰.

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”¹¹.

2.1.2. Propuesta de la Comisión Europea (CE) para una Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo sobre la mejora de las condiciones de trabajo en el trabajo de plataformas

¹⁰ TRILLO, F., “Uber, ¿sociedad...”, p. 133.

¹¹ 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].

El 9 de diciembre de 2021, la CE publicó una propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en las plataformas de trabajo. Incluye medidas para determinar correctamente la situación laboral de los trabajadores de plataformas y nuevos derechos en materia de gestión algorítmica, tanto para trabajadores dependientes como para autónomos¹². La Directiva propuesta tiene como objetivo garantizar que las personas que trabajan a través de plataformas laborales digitales obtengan el estatus legal de empleo que corresponde a sus acuerdos de trabajo reales¹³. Requiere que los Estados miembros establezcan una lista de criterios para determinar si la plataforma es un “empleador” e incluye una presunción refutable de relación laboral para aquellos que trabajan a través de plataformas digitales que controlan ciertos elementos del desempeño del trabajo¹⁴. La propuesta establece que las empresas de plataforma deben asumir la carga de la prueba y podrían refutar la presunción demostrando que no existe una relación laboral por referencia a las definiciones nacionales¹⁵. Establece que el traslado de la carga de la prueba a las plataformas laborales digitales se justifica por el hecho de que las empresas de plataformas tienen una visión completa de todos los elementos fácticos que determinan la relación, en particular los algoritmos a través de los cuales gestionan sus operaciones¹⁶.

La Directiva propuesta establece que se consideraría que existe una relación laboral, en virtud de una presunción legal, cuando las empresas de plataforma dirijan o controlen determinados elementos de la ejecución del trabajo¹⁷. Establece que los criterios pertinentes “deben incluir elementos concretos que demuestren que la plataforma laboral digital, por ejemplo, determina en la práctica y no se limita a recomendar las condiciones de trabajo o la remuneración o ambas, da instrucciones sobre cómo se debe realizar el trabajo o impide la persona que realiza trabajo de plataforma a partir del

¹² Propuesta de Directiva de la UE, p. 3.

¹³ Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 3, p. 15.

¹⁴ Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 4. p. 15.

¹⁵ Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 5. p. 16.

¹⁶ Propuesta de Directiva de la UE, p. 26.

¹⁷ Propuesta de Directiva de la UE, p. 25.

desarrollo de contactos comerciales con clientes potenciales”¹⁸. La libertad de rechazar tareas, utilizar subcontratistas o sustitutos para trabajar y elegir horarios de trabajo o períodos de ausencia se identifican en la Directiva propuesta como aquellas características indicativas de un verdadero trabajo por cuenta propia. Además, cualquier restricción, limitación o condición impuesta a tales libertades o sanciones al ejercicio de estas libertades debe considerarse como un elemento de control del desempeño del trabajo¹⁹. Asimismo, debe considerarse como un elemento la estrecha supervisión de la ejecución del trabajo o la verificación exhaustiva de la calidad de los resultados del mismo, incluso por medios electrónicos, que van más allá de la utilización de reseñas o calificaciones por parte de los destinatarios del servicio de controlar la ejecución del trabajo²⁰. La Directiva propuesta detalla que para que sea efectiva en la práctica, siempre deben cumplirse dos criterios para desencadenar la aplicación de la presunción.

Esta presunción legal se aplicaría en todos los procedimientos judiciales y administrativos, incluidos los iniciados por las autoridades nacionales competentes para hacer cumplir las normas laborales y de protección social²¹. Aquellos determinados a los trabajadores disfrutarían de salud y seguridad, protección laboral, salarios mínimos legales o negociados colectivamente y acceso a oportunidades de capacitación, y protecciones sociales de acuerdo con las normas nacionales²².

2.2. Las sentencias de los Tribunales o Cortes Supremas a nivel comparado

2.2.1. El caso Glovo: la sentencia del Tribunal Supremo (STS 2924/2020) del 25 de septiembre de 2020 en España

¹⁸ Propuesta de Directiva de la UE, p. 25.

¹⁹ Propuesta de Directiva de la UE, p. 25.

²⁰ Propuesta de Directiva de la UE, p. 26.

²¹ Propuesta de Directiva de la UE, p. 26.

²² Propuesta de Directiva de la UE, Capítulo II, artículo 5, p. 16.

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 plataforma²³.

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:

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

²³ Tribunal Supremo, Sala de lo Social, Pleno, Sentencia de unificación de doctrina, 25.09.2020, Núm. de Recurso 4746/2019.

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 Núm. 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 redundaba 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, aun cuando la misma no fuere de

aplicación al caso por la fecha de su publicación y posterior necesidad de trasposición en el ordenamiento jurídico español²⁴.

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 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 definitivas 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.

2.2.2. El caso Uber: la sentencia de la Cour de Cassation (Núm. 374) del 4 de marzo de 2020 en Francia

El caso francés constituye otro ejemplo de intervención de una corte suprema a nivel comparado en relación a esta temática. Tal ha sido el análisis efectuado en relación a la empresa Uber. Esta empresa sostuvo, al igual que lo ha hecho en otros países, que celebra un contrato con los choferes con un contenido muy particular y diferente a un contrato de trabajo. En efecto, en el

²⁴ 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.

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, 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 Núm. 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 ha considerado que surgió demostrado que Uber desarrolla un poder de dirección, organizativo, de control y sancionatorio con respecto a sus choferes.

2.2.3. El caso Foodora: la sentencia de la Corte Suprema di Cassazione (Núm. 1663/20) del 24 de enero de 2020 en Italia

Analizando el vínculo entablado entre *riders* y la empresa Foodora, la Corte Suprema de Casación italiana ha advertido 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 Núm. 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 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 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.

2.2.4. El caso Uber: la sentencia de la Supreme Court (UKSC 2019/0029) del 19 de febrero de 2021 en el Reino Unido²⁵

El caso Uber también fue analizado por la corte suprema del Reino Unido, quien ha enfatizado en que el apartado (b) de la sección 230 del *Employments Rights Act* de 1996, dispone que la definición del contrato mantenido con un *worker*, implica la concurrencia de tres elementos. Por un lado, un contrato por

²⁵ Uber BV v. Aslam, [2016] EW Misc B68, [97] (ET) (28 Oct. 2016). Disponible en <http://www.bailii.org/ew/cases/Misc/2016/B68.html>.

el cual una persona se compromete a realizar un trabajo o servicios para la otra parte; por otro lado, un compromiso de ejecutar el trabajo personalmente; y finalmente, la exigencia de que la otra parte del contrato no se trate de un cliente de ninguna profesión o actividad comercial llevada a cabo por el individuo.

De ese modo, sintéticamente, el objeto del litigio se ha limitado al análisis del primero de esos requisitos, ya que no se encontraba en disputa el hecho de que los conductores demandantes trabajaban bajo contratos por los cuales se comprometían a realizar personalmente los servicios de conducción; y tampoco se sugería que ninguna empresa de Uber fuera cliente de los reclamantes. La cuestión fundamental se limitaba a determinar si, a los efectos de la definición legal, se debía considerar que los demandantes trabajaban en virtud de contratos suscritos con Uber mediante los cuales se comprometieran a prestar servicios para dicha empresa; o si, como sostenía Uber, debía considerarse que estos prestaban servicios únicamente para y en virtud de contratos celebrados con pasajeros a través de la agencia de Uber en Londres.

El primer fundamento sopesado por la corte suprema, reposa en considerar que no resulta admisible la afirmación de que Uber Londres opera como agente de reservas para conductores. Por tal motivo, la conclusión inevitable se deriva en que, al aceptar una reserva, Uber Londres contrata (como parte principal) con el pasajero para realizar la reserva. En estas circunstancias, Uber Londres no dispondría de medios para cumplir con sus obligaciones contractuales con los pasajeros, ni para asegurar el cumplimiento de sus obligaciones reglamentarias como operador con licencia, sin empleados ni subcontratistas que le presten servicios de conducción. En este contexto, el fallo remarca que el negocio de Uber (la casa matriz holandesa) no podría funcionar sin que Uber Londres celebre contratos con los conductores (aunque solo sea por viaje) en virtud de los cuales los choferes se comprometan a proporcionar servicios para llevar a cabo las reservas de alquiler privadas aceptadas por Uber Londres.

Si bien dicho fundamento resulta elocuente y es ilustrativo para desentrañar la procedencia del primero de los requisitos enunciados, la corte dedicó un análisis más exhaustivo del caso considerando otros elementos.

En efecto, a los efectos de resolver dicha cuestión, el debate jurídico también se concentró en determinar si correspondía limitarse a aceptar el alcance de los términos y condiciones que surgían del acuerdo que suscribían los choferes con la empresa (en donde se consignaba que cuando se acepta una solicitud para reservar un vehículo de alquiler privado realizada a través de la aplicación Uber, se crea un contrato entre el pasajero y el conductor, en el que Uber no es parte y en virtud del cual el conductor es el único responsable de proporcionar los servicios de transporte al pasajero); o si por el contrario, correspondía desestimar dichos términos escritos.

Por tal motivo, resultó de fundamental importancia la remisión a las consideraciones de la jurisprudencia anterior de la corte, vertidas en el caso “Autoclenz” ya mencionado en instancias previas. Por ende, uno de los debates fuertemente atacados por Uber se centraba en la inaplicabilidad de la jurisprudencia “Autoclenz” al caso ahora analizado por la corte. Efectivamente, el debate también se dirigió a definir si el precedente obligatorio referido (que admitía dar primacía a la realidad por sobre las estipulaciones contractuales escritas), era aplicable exclusivamente en hipótesis de simulación (*sham*) o si por el contrario también resulta extensible a otros casos en donde se puede percibir una disociación entre la realidad y dichas estipulaciones contractuales.

La corte suprema decididamente se esforzó en señalar que el precedente “Autoclenz” no se encontraba adecuadamente justificado desde el punto de vista teórico. De ahí que, en el presente procedimiento agregó que los derechos reivindicados por los demandantes no se trataban de derechos emanados del contrato, sino que estos fueron consagrados por la legislación.

Bajo esa tesitura, el fallo enfatiza en que la tarea de los tribunales no se limita a identificar si, según los términos de los contratos, los demandantes debían recibir al menos el salario mínimo nacional o vacaciones anuales pagadas. Por el contrario, se trata de determinar si los demandantes ingresan dentro de la definición de “*worker*” en las disposiciones legales pertinentes a fin de tener acceso a estos derechos independientemente de lo que se hubiera acordado contractualmente. En síntesis, la cuestión principal se circunscribe a una tarea de interpretación legal y no de interpretación contractual.

Consecuentemente, la sentencia comentada señala que el enfoque moderno de la interpretación legal es tener en cuenta el propósito de una disposición particular e interpretar su lenguaje, en la medida de lo posible, de la manera que mejor cumpla con dicho propósito. Este enfoque requiere que los hechos sean analizados a la luz de la disposición legal que se está aplicando, de modo que si, por ejemplo, un hecho no es relevante para la aplicación de la ley interpretada a la luz de su propósito, pueda ser ignorado. Esta ha sido conocida como una interpretación finalista de la legislación, o “*a purposive approach to the problem*”.

En concreto, la corte concuerda que la política detrás de la inclusión del apartado (b) de la categoría “*worker*”, solo puede haber sido la de extender los beneficios de protección a los trabajadores que tienen la misma necesidad de ese tipo de protección que los empleados dependientes *strictu sensu* (“*employees*”).

Por consiguiente, el fallo indica que sería incompatible con el propósito de la legislación, tratar los términos de un contrato escrito como el punto de partida para determinar si una persona entra dentro de la definición de “*worker*”. Hacerlo restablecería el daño que la legislación intentó prevenir con su promulgación. Es el mismo hecho de que un empleador unilateralmente se encuentre en condiciones de dictar dichos términos contractuales y que la persona que realiza el trabajo tenga poca o ninguna capacidad para influir en esos términos lo que origina la necesidad de protección legal. Ese desequilibrio de poder entre las partes, también es el elemento principal que justifica la aplicación del precedente “Autoclenz”. En definitiva, la aproximación intencional o interpretación finalista implica negar la posibilidad de que Uber tenga el poder de determinar por sí mismo si la legislación diseñada para proteger a los trabajadores se aplicará o no a sus conductores. Desde ese punto de partida, y tomando en cuenta una serie de hechos acreditados, el fallo concluye que los choferes de Uber ingresan en la definición de “*worker*” y por ende pueden acceder a los derechos consagrados en la legislación.

Los hechos influyentes para fundar dicha conclusión fueron los siguientes:
a) Uber fija la remuneración que se paga a los conductores por el trabajo que

realizan y los conductores no tienen ninguna intervención; b) los términos contractuales los dicta unilateralmente Uber; c) una vez que un conductor ha iniciado sesión en la aplicación, la elección sobre si aceptar las solicitudes de viajes está restringida por Uber; d) Uber ejerce un grado significativo de control sobre la forma en que los conductores prestan sus servicios; y e) Uber restringe la comunicación entre el pasajero y el conductor al mínimo necesario para realizar el viaje y toma medidas activas para evitar que los conductores entablen una relación con un pasajero que pueda extenderse más allá de un viaje particular. La derrota de Uber en la Corte Suprema del Reino Unido requirió que la compañía reclasificara a 70.000 de sus conductores como trabajadores, otorgándoles un salario mínimo, vacaciones pagadas y planes de pensión²⁶.

3. Las respuestas normativas y propuestas de *lege ferenda* a nivel comparado

De forma paralela a las soluciones jurisprudenciales de cada caso concreto sometido a los órganos judiciales (que reiteramos, han aportado soluciones a los problemas de calificación jurídica en función del ordenamiento jurídico vigente), también han surgido diversas propuestas intentando incorporar modificaciones normativas, que derivan tanto de las consideraciones vertidas por la doctrina científica, como del propio legislador.

Básicamente podemos agrupar al menos tres vertientes o modelos diferentes que incorporan opciones en esta dirección.

La primera propone 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, se decanta por la creación de una figura particular del trabajador autónomo, que se encontraría en

²⁶ Disponible en <https://www.cnbc.com/2021/04/12/europe-could-be-seeing-the-end-of-its-gig-economy-deliveroo-uber.html>

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.

3.1. Las Leyes Núm. 2016-1088, 2018-771 y 2019-1428 en Francia

En Francia, la Ley Núm. 2016-1088²⁷ 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 trabajador²⁸.

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

27

Disponible

en

https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=624A2C54BA7DDF0C0AFAFFD4A941E47D.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id.

²⁸ 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>; 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/>; 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/>.

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 Núm. 2018-771²⁹ sobre la libertad de elegir el futuro profesional, fue luego incorporado por la Ley Núm. 2019-1428³⁰ 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.

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”³¹.

3.2. Decreto-Legislativo Núm. 81 del 15 de junio de 2015 y Decreto-Ley Núm. 101 del 3 de septiembre de 2019 en Italia

Otro de los ejemplos de intervención normativa es el caso de Italia. El Decreto-Ley Núm. 101 contiene disposiciones urgentes para la protección del trabajo y, en particular, para garantizar la protección económica y reglamentaria

²⁹ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=624A2C54BA7DDF0C0AFAFFD4A941E47D.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000037367660&categorieLien=id.

³⁰ Disponible en https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=A8BB185BE6174BBFF9CE5CB9F7F28642.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000039666574&categorieLien=id.

³¹ 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>.

de algunas categorías de trabajadores particularmente débiles, entre otros, los denominados *riders*³². En función de ello, en el artículo 1 se modifica el Decreto-Legislativo Núm. 81³³ (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 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.

Asimismo, la norma 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 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.

³² Disponible en <https://www.gazzettaufficiale.it/eli/id/2019/09/04/19G00109/sg>.

³³ Disponible en https://www.cliclavoro.gov.it/Normative/Decreto_Legislativo_15_giugno_2015_n.81.pdf.

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 sistemáticos³⁴. 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”³⁵.

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 relaciones³⁶.

³⁴ DAGNINO, E., “Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery”, *Working Paper ADAPT*, Núm. 4, 2019. Disponible en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52981/mod_resource/content/0/wp_2019_4_dagnino.pdf.

³⁵ 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/>.

³⁶ CAPPONI, F. y PELUSI, L., “Le nuove tutele del lavoro tramite piattaforma ‘anche’ digitale: commento al d.l. n. 101/2019”, *Bollettino ADAPT*, Núm. 31. Entrada del día 9 de septiembre de 2019. Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/9-settembre-2019-n-31/>.

3.3. Real Decreto-ley 9/2021 del 11 de mayo de 2021 en España

En el mes de marzo de 2021, luego de intensas negociaciones llevadas a cabo entre los interlocutores sociales, incluyendo a representantes de colectivos de *riders* o repartidores, así como de empresas propietarias de plataformas digitales que brindan el servicio de transporte de bienes o mercaderías y el Ministerio de Trabajo y Economía Social, se arribó a un acuerdo regulatorio de dicha actividad y de la prestación laborativa llevada a cabo. A tales efectos, las partes aprobaron el contenido de lo que a la postre se transformó en el Real Decreto-ley 9/2021, con el fin de regular el trabajo prestado por los *riders* en España.

Dicho acuerdo consistió en una modificación del texto refundido de la Ley de Estatuto de los Trabajadores, aprobado por el Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre. A tales efectos, se introduce una nueva “letra d)” en el apartado 4 del artículo 64, así como se incorpora una nueva disposición adicional vigesimotercera.

La primera de las modificaciones consiste en incorporar al artículo 64 el deber de informar a la representación legal de los trabajadores sobre las reglas que encierran los algoritmos y los sistemas de inteligencia artificial que puedan incidir en las condiciones laborales por las que se rigen las plataformas, incluyendo el acceso y el mantenimiento del empleo y la elaboración de perfiles³⁷. Dicho deber de información, según lo ya previsto por el artículo comentado, debe ser dirigido al comité de empresa, “con la periodicidad que proceda en cada caso”.

Esta previsión constituye un avance en los contenidos de la negociación colectiva, en tanto que permite incluir la gestión algorítmica sobre la organización y condiciones de trabajo, un hecho sin precedentes en el actual mercado de trabajo con preponderancia de la utilización de herramientas tecnológicas en el ámbito de la empresa.

³⁷ Comunicado del Ministerio de Trabajo y Economía Social, 10.03.2021. Disponible en <https://prensa.mites.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3958>.

Parte de la doctrina científica ha ponderado positivamente dicha previsión, en tanto que por primera vez una norma laboral menciona expresamente al impacto de los algoritmos o los sistemas de inteligencia artificial en las condiciones de trabajo. Además, la importancia de la norma también se realza dado que el deber de información se extiende no sólo a la actividad de reparto de bienes o mercaderías, sino a todos los sectores de actividad³⁸.

El segundo de los cambios, agrega una disposición adicional concretando una presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto. En este sentido, se presume incluida en el ámbito del Estatuto de los Trabajadores, a la actividad de las personas que presten servicios retribuidos que consistan en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejerzan las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital.

En definitiva, la norma presume la existencia de una relación laboral, cuando la empresa propietaria de una plataforma digital gestione el servicio o las condiciones de trabajo de los prestadores del servicio subyacente, ejerciendo los poderes propios del empleador (organización, dirección y control), lo que equivale a considerar a estas empresas como empresas de transporte de bienes o mercaderías y no propiamente intermediarias entre oferta y demanda de dicho servicio.

Sin embargo, quedan algunas dudas interpretativas en relación al alcance de dicha disposición, y por ende, varias interrogantes para responder.

Por un lado, no surge con claridad si dicha presunción será extensible al trabajo desarrollado mediante otras plataformas digitales que no centren su actividad en el reparto de bienes. Parte de la doctrina científica ha entendido que la opción legislativa ha sido la de apartarse “de una concepción amplia de regular los supuestos de falsos autónomos”, ya que se ha concentrado en el sector de

³⁸ ROJO, E., “La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social”, *Net21*, Análisis, 25.03.2021, p. 3. Disponible en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-laboralidad-de-los-repartidores-EDUARDO-ROJO.pdf>.

actividad del reparto de bienes y mercaderías, “sin alcanzar a otro tipo de plataformas digitales”³⁹.

Por otro lado, tampoco se desprende del texto normativo si esta presunción se activará cuando se verifique en los hechos una manifestación del poder sancionatorio, que también es inherente a la figura del empleador, en tanto que el proyecto solamente enuncia a los poderes de organización, dirección y control.

Por último, tampoco queda claro cómo se compatibilizaría la presunción especial incorporada por esta norma, con relación a la presunción general de laboralidad ya consagrada por el artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores (aun cuando el texto haga referencia expresa a que en virtud de lo establecido en el artículo 8.1, se aplicará la presunción especial).

3.4. La Ley Núm. 5 del Estado de California y HB2076 de Washington en Estados Unidos

La actividad legislativa y administrativa federal con respecto al trabajo basado en plataformas ha sido mínima en los Estados Unidos. Si bien el Congreso aún no ha aprobado ninguna legislación laboral específica basada en plataformas, ha incluido a los trabajadores basados en plataformas en las disposiciones ampliadas del seguro de desempleo de la Ley de Ayuda, Alivio y Seguridad Económica del Coronavirus de 2020⁴⁰. No han tenido éxito algunos esfuerzos de 2017⁴¹ y 2019⁴² llevados adelante por empresas basadas en plataformas para aprobar versiones de la "NUEVA Ley GIG", que permitan a las empresas basadas en plataformas clasificar a los trabajadores como contratistas independientes a efectos del impuesto sobre la renta y el empleo si cumplen con

³⁹ BAYLOS, A., “El acuerdo social sobre la ‘ley riders’”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 13 de marzo de 2021. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>.

⁴⁰ Pub. L. 116-136.

⁴¹ Disponible en <https://www.congress.gov/bill/115th-congress/senate-bill/1549>.

⁴² Disponible en <https://www.congress.gov/bill/116th-congress/senate-bill/700>.

ciertos criterios. Sin embargo, las legislaturas estatales han comenzado a abordar la problemática.

3.4.1. La Ley Núm. 5 del Estado de California

Si bien la Ley Núm. 5⁴³ 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.

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”,⁴⁴ 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

⁴³ A.B. 5, 2019 Leg., Reg. Sess. (Cal. 2019).

⁴⁴ Dynamex Operations W. v. Superior Ct., 4 Cal. 5th 903, 918, 416 P.3d 1, 8 (2018).

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.

3.4.2. La medida electoral (*ballot*) “*Yes on Prop 22*” del Estado de California en Estados Unidos

El nuevo contexto normativo vigente en California (mediante la entrada en vigencia de la Ley Núm. 5 o también llamada como Ley AB5) obligó a las 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 independientes⁴⁵. Aunque los conductores de Uber y Lyft y los trabajadores de entrega de alimentos de DoorDash e Instacart son claramente empleados según la prueba AB5, las empresas se negaron rotundamente a cumplir con la ley y continuaron negando a sus trabajadores los derechos y beneficios a los que tenían acceso como empleados. Mientras los funcionarios estatales y locales demandaron a Uber, Lyft, DoorDash e Instacart para que dejaran de violar la ley, las empresas gastaron \$224 millones de dólares 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 fue conocida como “*Prop 22*”, bajo el lema de “*Save App-Based Jobs & Services*”, formalmente identificada como “*Protect App-*

⁴⁵ 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, Núm. 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.

Based Drivers and Services Act”, que fue sometida a votación en las elecciones del mes de noviembre de 2020⁴⁶.

El lenguaje de la proposición establecía que la medida tenía como objetivo proteger la flexibilidad laboral y proporcionar estándares mínimos de seguridad y pago en el lugar de trabajo para los conductores de transporte y entrega basados en aplicaciones⁴⁷. La iniciativa creó una nueva clasificación de trabajadores que no son empleados, “conductores basados en aplicaciones”. La propuesta indicó que los choferes no serían considerados empleados 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 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. Al crear esta nueva categoría de trabajador, las empresas se aseguraron de que los trabajadores basados en aplicaciones de transporte compartido y entrega de alimentos fueran excluidos de casi todos los derechos de los empleados según la ley estatal y la ley AB5 recientemente aprobada, incluido el derecho a un salario mínimo, tiempo y medio para horas extras, reembolso de gastos, compensación por desempleo y compensación de trabajadores estatales, licencia paga por enfermedad y familiar, y protecciones contra despido injustificado y discriminación⁴⁸.

La proposición prometía una tasa de pago equivalente al 120% del salario mínimo, el reembolso de los gastos y la provisión de algunos beneficios de salud. Sin embargo, creó una definición estrecha del tiempo de trabajo que solo incluía

⁴⁶ Protect App-Based Drivers and Services Act disponible en el sitio web “Yes on 22”. Disponible en https://yeson22.com/wp-content/uploads/2020/02/Protect-App-Based-Drivers-Services-Act_Annotated.pdf.

⁴⁷ Ídem.

⁴⁸ Ídem.

el tiempo durante el cual existe un pasajero en el vehículo. Esta definición funcionaba para excluir más de la mitad del tiempo de trabajo real de los conductores, que se dedica a conducir para recoger a un pasajero, esperar a los pasajeros, regresar después de dejar a un pasajero, circular y esperar en lotes de viajes compartidos designados y en la calle en el estado “disponible” en las aplicaciones y otro tiempo de trabajo que los conductores pasan manteniendo, cargando gasolina o desinfectando automóviles. Los conductores tampoco fueron compensados por sus reembolsos. Como resultado, las promesas de la proposición solo garantizaron a los trabajadores el equivalente de \$5,64 por hora, una tarifa muy por debajo del mínimo estatal⁴⁹. Asimismo, hizo casi imposible que los trabajadores califiquen para el reembolso y las disposiciones de salud de la medida.

La “Prop 22” impidió que los gobiernos locales protegieran a sus comunidades al anular casi todas las leyes locales que entrarían en conflicto con la medida electoral. Esto incluyó muchas leyes de emergencia implementadas para proteger a los trabajadores frente al COVID-19. La medida también eliminó efectivamente la capacidad de los representantes electos del estado de cambiar la ley al requerir un voto de 7/8 de la legislatura estatal para enmendar la iniciativa, un umbral prácticamente insuperable⁵⁰.

Después de la aprobación de la “Prop 22”, los trabajadores basados en aplicaciones fueron despojados de sus derechos de empleados y el paquete de beneficios prometido en la medida, como el estipendio de atención médica, que resultó ser casi imposible para los trabajadores calificar⁵¹. A pesar de los ingresos garantizados equivalentes al 120% del salario mínimo, los trabajadores continuaron percibiendo salarios por debajo del mínimo, y el salario disminuyó para muchos conductores de transporte y entrega de alimentos⁵².

El 20 de agosto de 2021, en *Castellanos v. California*, el Tribunal Superior de California dictaminó que la “Prop 22” era inconstitucional e inaplicable⁵³. El

⁴⁹ Disponible en <https://laborcenter.berkeley.edu/the-effects-of-proposition-22-on-driver-earnings-response-to-a-lyft-funded-report-by-dr-christopher-thornberg/>.

⁵⁰ Disponible en <https://www.nelp.org/publication/rigging-the-gig/>.

⁵¹ Disponible en <https://www.nelp.org/blog/prop-22-unconstitutional/>.

⁵² Ídem.

⁵³ *Castellanos v. California*, Case No. RG21088725, at 2-4 (Alameda Co. Sup. Ct. Aug. 20, 2021).

tribunal determinó que la iniciativa infringía el poder otorgado explícitamente a la Legislatura de California para regular la compensación de los trabajadores. También concluyó que debido a que la medida incluía un lenguaje que impedía que la legislatura estatal aprobara leyes que permitieran a los trabajadores basados en aplicaciones sindicalizarse, violaba una disposición constitucional que exige que las iniciativas electorales se limiten a un solo tema⁵⁴. El tribunal sostuvo que la disposición que impide que los trabajadores basados en aplicaciones se organicen “no protege la flexibilidad laboral, ni proporciona estándares mínimos de seguridad y pago en el lugar de trabajo para esos trabajadores” y, en cambio, “parece solo proteger los intereses económicos de las empresas de la red en tener una fuerza laboral dividida y no sindicalizada”⁵⁵.

Las compañías apelaron la decisión de la corte, solicitando una suspensión del fallo mientras la apelación está pendiente para permitir que la “Prop 22” permanezca en vigor y excluya a los conductores de servicios de transporte y entrega de alimentos basados en aplicaciones de la mayoría de los derechos y beneficios laborales estatales durante el proceso de apelaciones⁵⁶. Las empresas continuaron financiando otra iniciativa de votación similar para reescribir las leyes laborales en beneficio propio y consagrar el estatus de contratista independiente para sus trabajadores basados en aplicaciones en Massachusetts⁵⁷.

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. La referida proposición fue definitivamente aprobada en las elecciones, aunque cabe destacar que no constituye una

⁵⁴ Ídem.

⁵⁵ Ídem.

⁵⁶ Disponible en <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/prop-22-fight-back-in-court-as-california-seeks-to-revive-law>.

⁵⁷ PHAM, G. “The Launch of a New Coalition: Protecting the Rights of Gig Workers in Massachusetts”, Massachusetts Jobs with Justice, 29.06.2021. Disponible en <https://www.massjwj.net/blog/2021/6/29/the-launch-of-a-new-coalition-protecting-the-rights-of-gig-workers-in-massachusetts>.

respuesta jurídica al problema de la calificación del vínculo aludida, sino una respuesta “política” que deriva del ejercicio de un acto de democracia directa.

Por el contrario, la respuesta jurídica estaba siendo dada por diversos tribunales de justicia, en el sentido mayoritario de calificar al prestador del servicio subyacente como un trabajador dependiente, sujeto a las disposiciones del Derecho del Trabajo. Por ende, la “*Proposition 22*” fue un instrumento inteligente utilizado por las empresas propietarias de plataformas, a los efectos de torcer el derrotero judicial comentado, que a la postre hubiere derivado en la modificación del modelo empresarial disruptivo y la recalificación de los trabajadores como subordinados.

3.4.3. La medida electoral, HB2076 de Washington en Estados Unidos

En marzo de 2022, el gobernador de Washington firmó la HB 2076, “Ley sobre los derechos y obligaciones de los conductores de las empresas de la red de transporte y de las empresas de la red de transporte”⁵⁸. Siguiendo el modelo de la “Prop 22” y adoptando un lenguaje casi idéntico, la ley fue respaldada por Uber, Lyft y otras compañías basadas en plataformas. La ley resucitó los esfuerzos anteriores de las empresas en el Estado, para aprobar la SB 5620, una legislación expansiva y preventiva que establecería a los conductores como contratistas independientes, que fracasó a pesar de que las empresas contrataron a algunos de los cabilderos más establecidos y costosos del Estado⁵⁹. HB 2076 clasifica a los conductores basados en plataformas como “trabajadores” que no son empleados a los efectos del salario mínimo y las horas extras, licencia por enfermedad pagada, licencia familiar y médica pagada, atención a largo plazo y seguro de desempleo.

⁵⁸ Disponible en <https://lawfilesexternal.wa.gov/biennium/2021-22/Pdf/Bills/Session%20Laws/House/2076-S.SL.pdf#page=1>. El gobernador vetó la Sección 16 de la ley que “exime a las empresas de redes de transporte y a los conductores de los estatutos de ‘transportistas comunes’”. Ver <https://crmpublicwebservice.des.wa.gov/bats/attachment/vetomessage/20871593-17b2-ec11-81d2-005056ba278b#page=1>.

⁵⁹ BORKHOLDER, J., MONTGOMERY, M., SAIKA CHEN, M. y SMITH, R., “Uber State Interference: How TNC’s Buy, Bully, and Bamboozle Their Way to Deregulation”, (New York: National Employment Law Project, 2018). Disponible en <https://www.nelp.org/publication/uber-state-interference/>.

La ley proporciona beneficios limitados, un estándar de pago mínimo y licencia por enfermedad pagada, que se acumulan sobre la base del “tiempo de plataforma de pasajeros”, cuando un pasajero está físicamente dentro del vehículo del conductor. Al proporcionar estándares de pago mínimo y tiempo por enfermedad basados solo en el “tiempo de plataforma de pasajeros”, la ley deja a los conductores sin compensación por casi la mitad de su tiempo de trabajo real⁶⁰ durante el cual los conductores inician sesión en la aplicación y esperan a los pasajeros, a pesar de que las empresas se benefician desde la disponibilidad del controlador en espera y los datos generados por los controladores que iniciaron sesión en la aplicación⁶¹. Como resultado de las tasas de pago por debajo del mínimo de la ley y el tiempo de trabajo no remunerado, es probable que los trabajadores ganen sustancialmente menos que el salario mínimo estatal y las leyes de horas extras⁶².

Según la ley, los conductores están excluidos del desempleo, la licencia médica familiar pagada, los programas de atención a largo plazo y las leyes estatales de seguridad y salud en el lugar de trabajo. En lugar de reconocer que los conductores tienen derecho a negociar colectivamente con los empleadores (los salarios, los horarios y las condiciones de trabajo), la ley fija unilateralmente los salarios de los conductores y crea un “Centro de recursos para conductores”⁶³. La ley establece que el Centro de recursos para conductores tiene la autoridad para “llegar a un acuerdo” con las empresas sobre el único tema de un proceso de apelación para la desactivación de la cuenta del conductor⁶⁴.

⁶⁰ Melissa Balding, et al., Estimating TNC Share of VMT in Six U.S. Metropolitan Regions (Revision 1), Fehr & Peers, p. 9, Figure 3, Breakdown of TNC VMT by Phase for each Metro Region (Aug. 6, 2019), <https://www.fehrandpeers.com/what-are-tncs-share-of-vmt/>.

⁶¹ Los expertos en economía y derecho han argumentado que el tiempo de espera de los conductores debe ser compensado. Ver EISENBREY, R. y MISHEL, L., “Uber Business Model Does not Justify a New ‘Independent Worker’ Category”, Economic Policy Institute (March 17, 2016). Disponible en <https://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>.

⁶² Disponible en <https://www.labornotes.org/2022/02/heres-whats-new-bill-jointly-backed-uber-and-teamsters-washington-state>, <https://www.epi.org/publication/testimony-wa-eshb-2076/>.

⁶³ Disponible en <https://www.epi.org/publication/testimony-wa-eshb-2076/>.

⁶⁴ Ídem.

HB 2076 también evita que los municipios de Washington regulen las empresas y los conductores de la red de transporte, legislen sobre los derechos de los trabajadores y mejoren los estándares para los trabajadores en el futuro⁶⁵.

Antes de la aprobación de la ley, Lyft, Uber, Doordash e Instacart formaron la Coalición de Washington para el Trabajo Independiente, un comité de medidas electorales paralelo al que avanzó la “Prop 22”. Con más de \$2 millones en el comité, las empresas estaban preparadas para avanzar una medida electoral, como lo hicieron con la “Prop 22” de California, si la legislatura de Washington no aprobaba la HB 2076.

3.5. 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 Núm. 36.197 de la Junta Departamental de Montevideo –modificado parcialmente por el Decreto Núm. 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 pasajeros⁶⁶. 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 Núm. 4001/2018 ha señalado que esas plataformas digitales prestan propiamente un servicio de transporte de pasajeros⁶⁷.

⁶⁵ Disponible en <https://prospect.org/labor/washington-state-about-to-deprive-gig-drivers-of-basic-rights/>.

⁶⁶ 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”.

⁶⁷ 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 aun 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”⁶⁸, 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 oferta⁶⁹.

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.

3.6. La Ley N° 21.431 del 11 de marzo de 2022 en Chile

A pesar de la multiplicidad de iniciativas legislativas sobre este tema, Chile finalmente aprobó la Ley N° 21.431 del 11 de marzo de 2022, mediante la cual se regula el contrato de trabajadores de empresas de plataformas digitales de servicios.

Dicha norma introduce modificaciones al Código del Trabajo chileno, incorporando un nuevo Capítulo X, en el Título II "De los contratos especiales", del Libro I.

⁶⁸ Disponible en <https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/ficha-asunto/128667>.

⁶⁹ 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”.

En síntesis, dentro de los denominados contratos especiales, se regula el trabajo mediante plataformas digitales de servicios, incluyendo las relaciones entre trabajadores dependientes e independientes con las empresas de plataformas digitales.

Por su parte, la norma señala que el trabajador de plataformas digitales es aquel que ejecuta servicios personales, sea a cuenta propia o ajena, solicitados por usuarios de una aplicación administrada o gestionada por una empresa de plataforma digital de servicios; y este será considerado como trabajador dependiente o trabajador independiente, según concurran o no los requisitos establecidos en el artículo 7 del Código del Trabajo.

En concreto, al trabajador dependiente le serán aplicables las reglas contenidas en los Párrafos I, II y IV del Capítulo X, y todas aquellas otras del Código del Trabajo, siempre que no contradigan las especialidades introducidas por esta nueva ley.

Dentro de esas especialidades, la ley prevé condiciones mínimas que debe contener el contrato de trabajo, así como reglamenta un deber de protección del empleador en torno a los riesgos laborales, la jornada de trabajo y la remuneración.

En cuanto a los trabajadores independientes, la ley también reglamenta ciertas condiciones mínimas de los contratos de prestación de servicios de trabajadores de plataformas digitales, incluyendo aspectos novedosos, tales como la determinación de la zona geográfica en que debe prestar servicios el trabajador independiente; la determinación de los tiempos máximos de conexión continua y la obligación de desconexión; las causales de terminación del contrato; etc.

La norma también se refiere a los honorarios de estos trabajadores y el acceso al sistema de seguridad social, así como le impone a la empresa titular de la plataforma digital, la obligación de resguardar el cumplimiento de un tiempo de desconexión mínimo del trabajador de plataformas digitales independiente de 12 horas continuas dentro de un período de 24 horas.

También existe un capítulo destinado a normas comunes aplicables a los trabajadores de plataformas digitales dependientes e independientes, en donde

se garantiza la transparencia y el derecho de información para el trabajador, en todo lo referido sus datos de carácter personal, por ejemplo, aquellos relacionados con su calificación y que impacten en el desempeño de su trabajo. Así, por ejemplo, la ley le garantiza un derecho a la portabilidad de esos datos, para ser utilizados en diferentes sistemas informáticos. La ley también prevé un derecho a la capacitación y a ciertas condiciones de seguridad mínimas, estando de cargo de las empresas, por ejemplo, la entrega de cascos de protección, rodilleras y coderas, etc.

Finalmente, la ley también dedica un apartado a los derechos colectivos y consagra que los trabajadores de plataformas digitales de servicios tendrán el derecho de constituir, sin autorización previa, las organizaciones sindicales que estimen convenientes, con la sola condición de sujetarse a la ley y a los estatutos de las mismas. Así, por ejemplo, las organizaciones sindicales que afilien a trabajadores dependientes e independientes de plataformas digitales o únicamente a estos últimos, podrán negociar colectivamente (como forma de una negociación no reglada) con las empresas de plataformas digitales.

4. Análisis desde una perspectiva comparada

Este estudio comparativo revela que hay una gran cantidad de posiciones, reglas, procedimientos y sistemas en conflicto que se han desarrollado con respecto a la calificación y regulación del trabajo mediante plataformas. Este debate puede interpretarse de dos maneras diferentes. Una forma de ver el problema es reconocer que ha habido una confusión legítima sobre las formas de trabajo basadas en plataformas que parecen no encajar fácilmente en las distinciones binarias de trabajador dependiente y contratista independiente. De hecho, en el contexto de los conductores de transporte compartido basados en plataformas, algunos países, como es el caso de España, han reconocido a estos trabajadores como empleados, mientras que los tribunales y las legislaturas del Reino Unido y Canadá han determinado que pertenecen a una tercera categoría de trabajadores más allá del binario empleado/contratista independiente. En los Estados Unidos, mientras que California reconoció a estos trabajadores y

empleados, el estado de Washington creó una nueva tercera categoría de trabajadores para los conductores basados en plataformas.

La otra forma de ver el debate es reconocer que, en todas las jurisdicciones, las empresas se han involucrado durante mucho tiempo en prácticas que conducen a una clasificación errónea que oscurece las relaciones laborales bajo la apariencia de un estado de contrato “falso”. En este contexto, muchos académicos y profesionales han argumentado que los intentos de los gigantes de las plataformas de clasificar a los trabajadores como contratistas independientes o, alternativamente, trabajadores de tercera categoría, son esfuerzos deliberados para clasificar erróneamente a los empleados genuinos, lo que les permite a las empresas continuar evadiendo el alcance de la legislación laboral. En particular, los problemas de la confusión legítima sobre la clasificación y la práctica de la incorrecta clasificación no son excluyentes. De hecho, ambos problemas existen dentro de los mismos sistemas legales.

Si bien las jurisdicciones de todo el mundo han comenzado a dar respuestas definitivas sobre la clasificación de los trabajadores basados en plataformas, la creciente evidencia sugiere que estas soluciones legales han demostrado ser relativamente ineficaces para garantizar el cumplimiento de las empresas de plataformas. De hecho, la falta de cumplimiento sigue siendo un problema importante en todas las jurisdicciones. Cuando entró en vigor la “ley *riders*” de España, las empresas de plataformas cambiaron de táctica para evitar cumplirla. Glovo solo contrató al 20% de su fuerza laboral y dejó al resto en una potencial guerra de ofertas por puestos de trabajo, mientras que Deliveroo amenazó con salir de sus operaciones en España y Uber Eats procedió con el modelo de tercerización⁷⁰.

Después de que el fallo de la Corte Suprema en el Reino Unido llevó a Uber a firmar un acuerdo de negociación colectiva con el sindicato GBM en mayo de 2021, lo que le permitió a GMB representar hasta 70.000 conductores de Uber del Reino Unido en negociaciones con la compañía sobre temas como pensiones y seguridad en el lugar de trabajo, la empresa se negó a permitir la negociación

⁷⁰ Disponible en <https://www.reuters.com/business/spanish-rule-protecting-gig-economy-riders-leads-labour-shortage-uber-says-2022-03-08/>.

colectiva sobre los ingresos de los conductores o la implementación del salario mínimo por parte de la empresa⁷¹. Más tarde, los conductores regresaron al Tribunal Laboral debido a la falta de cumplimiento de Uber con el salario mínimo nacional⁷². En los Estados Unidos, las empresas basadas en plataformas se negaron a cumplir con AB5 cuando se promulgó por primera vez, así como cuando se declaró inconstitucional la “Prop 22”⁷³. Las plataformas ya han respondido participando en la autoayuda mediante pedidos privados a través de los términos y condiciones de los contratos en línea, y los académicos han expresado su preocupación de que la falta de uniformidad con respecto a la clasificación de los trabajadores, podría incitar a las plataformas a participar en “*forum shopping*” y desencadenar una “carrera hacia el fondo” en las normas laborales⁷⁴.

5. LatCrit y una mirada hacia el futuro

Si bien un análisis comparativo no revela una propuesta única adecuada para la recalificación generalizada, sí revela que existe una necesidad urgente y duradera de desarrollar normas laborales referidas al trabajo mediante plataformas que establezcan un marco justo y equitativo que: 1) proteja a los trabajadores de plataformas que son subordinados y explotados por empresas que intentan evadir la legislación laboral y; 2) evite la expropiación del valor real que crean los trabajadores basados en plataformas. A medida que se esbozan los inicios de soluciones destinadas a abordar estos problemas, ofrecemos un conjunto de sugerencias prácticas basadas en la teoría y la praxis de LatCrit para orientar estos esfuerzos. De hecho, LatCrit proporciona útiles herramientas analíticas y metodológicas que pueden ayudar a orientar el trabajo de los tribunales y las legislaturas, así como de académicos y profesionales, mientras

⁷¹ Disponible en <https://www.computerweekly.com/news/252505950/Uber-and-GMB-pledge-to-end-driver-exploitation>.

⁷² Disponible en <https://www.reuters.com/business/spanish-rule-protecting-gig-economy-riders-leads-labour-shortage-uber-says-2022-03-08/>.

⁷³ Disponible en <https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/prop-22-fight-back-in-court-as-california-seeks-to-revive-law>.

⁷⁴ CHERRY, M. “A Global System of Work, A Global System of Regulation?: Crowdwork and Conflicts of Law”, 94 Tul. L. Rev. 183, 189–90 (2020).

navegan y construyen regímenes normativos que regulan el trabajo basado en plataformas.

5.1. Conectar las luchas anti-subordinación

Adoptar un marco LatCrit que centre, conecte y compare las luchas contra la subordinación nos permite reconocer que, si bien las respuestas de las legislaturas y los tribunales de justicia de todo el mundo son variadas, en muchos casos, las experiencias vividas por los trabajadores explotados no lo son. Esto ayuda a iluminar las experiencias compartidas e interconectadas de los conductores de viajes compartidos de todo el mundo en sus batallas contra empresas como Uber, y por salarios justos, condiciones de trabajo y derechos y protecciones laborales. Destaca hasta qué punto la ley existente no ha logrado imponerse en las empresas basadas en plataformas que evaden la ley y lograr que cumplan y resuelvan el cambio de riesgo subyacente y la precariedad que definen ciertos sectores del trabajo basado en plataformas. También ayuda a aclarar que, para los operadores jurídicos, la cuestión planteada no se trata de discernir la plausible aplicación de las normas de derecho laboral que se pueden prever en cada caso o jurisdicción concretos. En cambio, conectar las luchas contra la subordinación de los trabajadores basados en plataformas nos obliga a considerar preguntas mucho más amplias y buscar una respuesta dogmática holística. Desafía a académicos, formuladores de políticas y profesionales a examinar patrones más amplios de subordinación económica y desposesión en la estructuración del derecho laboral y el derecho laboral basado en plataformas. Requiere un examen más profundo y articulaciones más claras de la relación entre el poder, la política y los sesgos reflejados en estas clasificaciones y regímenes legales, así como en la reproducción de la subordinación a nivel local, nacional y global.

5.2. Adoptar el realismo y la investigación doctrinal, interdisciplinaria y de abajo hacia arriba

La mayoría de las plataformas se han diseñado para satisfacer los intereses de la empresa y del consumidor. Las propias empresas de plataformas han liderado el desarrollo de los marcos regulares que abordan el funcionamiento de las empresas basadas en plataformas y el trabajo basado en plataformas. De hecho, las empresas a menudo han redactado la legislación por sí mismas. Además, los organismos reguladores y legislativos, especialmente al principio, dependían totalmente de la investigación, la información y los análisis que les proporcionaban las empresas basadas en plataformas que buscaban moldear la ley para su beneficio. De hecho, las primeras publicaciones “académicas” relacionadas con los salarios de los conductores y la relación laboral entre las empresas de transporte compartido basadas en plataformas y sus trabajadores fueron publicadas por académicos que trabajaban para Uber y eran pagados por Uber, utilizando datos recopilados por la propia empresa. Del mismo modo, los argumentos iniciales en contra de la clasificación de los conductores de transporte basados en plataformas como empleados y luego para su clasificación como trabajadores de tercera categoría con derechos y protecciones inferiores en relación con los empleados, que sirvieron como modelo para la “Prop 22” y el HB HB2076 de Washington, fueron primero avanzados por los eruditos que habían trabajado para este tipo de empresas. En combinación, esto ha llevado a leyes, políticas y recomendaciones de arriba hacia abajo. Sin embargo, ha habido algunas recomendaciones para la participación y consulta de los trabajadores en el proceso de elaboración de leyes y políticas.

El informe de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la economía de plataformas incluyó entrevistas y encuestas con una amplia gama de partes interesadas, incluidos 12.000 trabajadores⁷⁵. Estos hallazgos ayudaron a informar a su Comisión sobre el futuro del trabajo, que proporcionó recomendaciones para el cambio. Por otro lado, la Directiva propuesta por la Comisión Europea se basó en una consulta con una amplia gama de partes interesadas, incluidos los propios trabajadores e investigadores cualitativos que han estudiado el trabajo basado en plataformas, interactuando directamente con

⁷⁵ Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_771749.pdf.

los trabajadores⁷⁶. En los Estados Unidos, académicos del derecho que usan metodologías empíricas, como Veena Dubal⁷⁷, han movilizado metodologías etnográficas en desafíos directos a los esfuerzos de las compañías de transporte para asegurar la clasificación errónea de sus trabajadores a través de los tribunales y las legislaturas. Estos esfuerzos para involucrar a los trabajadores directamente han sido fundamentales para desarrollar una comprensión de los matices del trabajo basado en plataformas, las relaciones laborales y las tasas de pago y condiciones laborales predominantes en estos sectores. Sin embargo, la experiencia de California con la “Prop 22” destaca el hecho de que las empresas basadas en plataformas han gastado y gastarán millones de dólares para ahogar las voces de los trabajadores y la investigación crítica sobre las experiencias de los trabajadores al financiar campañas de mensajes y financiar investigaciones “independientes” que respaldan sus objetivos legales y políticos, enfatizando la necesidad perdurable de investigación en el área⁷⁸.

Sin embargo, nuestra capacidad para desarrollar marcos legales orientados a la anti-subordinación adecuados y exigibles que aborden la clasificación de los trabajadores, así como la transferencia de riesgos, la precariedad y el incumplimiento de las empresas que definen gran parte del campo, requiere que consultemos con los trabajadores y los comprometamos como partes interesadas, expertos de campo y socios en este trabajo es fundamental. Ampliar y fortalecer los exámenes interdisciplinarios intencionales de estos temas “desde abajo” de la jerarquía socio-jurídica prevaleciente y centrar la experiencia social, económica, política y legal de los trabajadores subordinados y explotados basados en plataformas, puede ayudar a desbaratar tanto las premisas como líneas de investigación en derecho laboral para ayudar

⁷⁶ Disponible en https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_21_6605.

⁷⁷ DUBAL, V., “Economic security & the regulation of gig work in California: From AB5 to Proposition 22”. *European Labour Law Journal*. 2022;13(1):51-65. doi:10.1177/20319525211063111

⁷⁸ “Muchos de los otros estudios a los que hace referencia la campaña fueron financiados por Uber, Lyft y otras empresas que se beneficiarán si se aprueba la Proposición 22. Berkeley Research Group, que realizó el estudio sobre la pérdida de empleos, recibió más de \$411,000 de la campaña Sí, según los registros públicos presentados ante la Secretaría de Estado de California. Benenson Strategy Group y la Universidad de California, Riverside también realizaron una investigación financiada por Uber y Lyft, respectivamente”. Disponible en <https://www.cnet.com/tech/mobile/uber-and-lyft-paid-400k-to-firm-conducting-independent-studies-on-proposition-22/>.

a dar cabida a intervenciones socialmente eficaces. Esto puede ayudar a revelar brechas entre los enfoques legales predominantes para regular y clasificar el trabajo basado en plataformas y las experiencias vividas del trabajo basado en plataformas, deconstruyendo cualquier ficción legal persistente. También puede exponer cómo el derecho laboral basado en plataformas y el derecho laboral en general pueden generar y exacerbar la precariedad y la subordinación que soportan muchos trabajadores basados en plataformas, sacando a la luz áreas del derecho laboral que necesitan urgentemente una reparación.

Los académicos, profesionales y legisladores que trabajan en esta área deben explorar oportunidades para trabajar junto con trabajadores de plataformas y organizaciones de trabajadores de plataformas. Asimismo, pueden priorizar la accesibilidad del conocimiento que producen a los trabajadores de plataformas, organizaciones de trabajadores basados en plataformas, organizaciones comunitarias y otros agentes de cambio transformador social y legal.

5.3. Una mirada hacia el sur

En “Principled Labor Law: U.S. Labor Law Through a Latin American Method”, los autores Sergio Gamonal Contreras y Cesar F. Rosado Marzán argumentan que los tribunales de EE.UU. deben seguir el método latinoamericano de aplicar principios jurisprudenciales arraigados para interpretar el derecho laboral. Los autores explican que muchos países latinoamericanos han establecido principios cuyo propósito es proteger a los trabajadores del abuso y regir la interpretación de las leyes laborales y de empleo. Se inspiran en reconocido jurista uruguayo Óscar Ermida Uriarte, quien razonó que la razón de ser de la ley es proteger al trabajador⁷⁹. Ermida, como la mayoría de los juristas latinoamericanos en derecho laboral (entre ellos, Américo Plá Rodríguez), se preocupó por remediar el trabajo subordinado y dependiente

⁷⁹ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., Principled Labor Law (p. 31). Oxford University Press. Kindle Edition. Citando a Óscar Ermida Uriarte, Protección, Igualdad, Dignidad, Libertad y No Discriminación, 15 Cadernos de AMATRA IV 11 (2011) (Braz.) [hereinafter Ermida Uriarte, Protección].

en la sociedad capitalista moderna. Cuando los trabajadores están subordinados y dependientes, explican Gamonal y Marzán, los empleadores pueden establecer más fácilmente los términos y condiciones de empleo que desean ofrecer a los trabajadores, despojándolos de su autonomía y dignidad⁸⁰. Argumentan que para el profesor Ermida, como para el derecho laboral en general en América Latina, el derecho laboral reequilibra la asimetría de poder en el trabajo, salvaguardando la dignidad humana de los trabajadores y los intereses morales de la sociedad. Por lo tanto, un principio protector surge del objetivo subyacente de equilibrar relaciones estructuralmente dispares en el trabajo⁸¹.

El principio protector postula que la ley debe proteger al trabajador en tanto que constituye la parte más débil en el contrato de trabajo. Sin protección, el trabajador se convertiría en una mercancía y su humanidad estaría amenazada. Por lo tanto, la ley debe ayudar a corregir esta preocupación moral; el propósito de la legislación laboral es, por lo tanto, igualar la diferencia de poder entre el empleado y el empleador. Surgido de los documentos de la OIT y otros convenios sobre derechos humanos, ha dado lugar a la regla jurídica en América Latina *in dubio pro operario*, lo que significa que cuando el sentido de la ley es ambiguo, el juez debe interpretar la ley a favor del trabajador. Si bien generalmente no se usa como criterio decisivo para determinar cómo aplicar la ley y no garantiza que un trabajador siempre prevalecerá, sirve como un argumento de apoyo que exige que los tribunales laborales y otros jueces asuman un papel de protección laboral⁸².

América Latina no está sola en la adopción de este principio protector. En Francia, la doctrina tradicional del derecho del trabajo ha enfatizado la naturaleza protectora del derecho laboral, que históricamente se ha orientado a proteger a los trabajadores de todas las formas de explotación social, particularmente dada la subordinación de los trabajadores a los empleadores⁸³. De manera similar, la

⁸⁰ Ídem.

⁸¹ Ídem.

⁸² Ídem.

⁸³ Ídem. Ver también JAVILLIER, J., *Droit du travail*, 51-53 (5th ed. 1996) y MEYER, N., *L'ordre public en droit du travail*, 99 (2006).

doctrina tradicional del derecho del trabajo en Italia ha enfatizado la necesidad de proteger al trabajador debido a su posición negociadora más débil y su subordinación al empleador y las implicaciones morales que rodean la mercantilización⁸⁴. La legislación laboral británica también ha hecho referencia a la protección de los débiles, aceptando el principio de que el trabajo no es una mercancía⁸⁵. Incluso la ley de los Estados Unidos, incluida la Decimotercera Enmienda de la Constitución de los Estados Unidos, la Ley Nacional de Relaciones Laborales y la Ley de Normas Razonables de Trabajo respaldan el principio protector y justifican la legislación laboral protectora.

Extendemos la tesis de los referidos autores al derecho laboral basado en plataformas. La aplicación de estos principios destinados a resolver problemas de clasificación de trabajadores y leyes laborales funcionales y exigibles para la economía de plataforma, cimentan mejor la protección laboral en el panorama legal general de la economía de plataforma y protegen los estatutos de leyes laborales existentes contra las intrusiones de intereses comerciales que son hostiles a la legislación laboral y limitan la libertad de los trabajadores⁸⁶. La legislación laboral debería proteger a los trabajadores de plataformas de posibles abusos causados por las diferencias de poder entre trabajadores y empleadores. Los principios latinoamericanos ofrecen a los jueces y las legislaturas de todos los niveles, herramientas interpretativas que harían que la aplicación de la ley fuera más coherente con los derechos individuales y los protegiera.

5.4. Observaciones finales

Estas sugerencias pueden ayudar a orientar el trabajo en curso y futuro relacionado con el trabajo basado en plataformas. Su adopción puede ampliar nuestro conocimiento legal de las dinámicas sociales que sustentan y encarnan las cuestiones legales relacionadas con el trabajo basado en plataformas; facilitar intervenciones e interconexiones eficaces contra la subordinación; y

⁸⁴ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., *Op. cit.* Ver también, GIUGNI, G., *Lavoro legge contratti*, 252 (1989) and GIAMPIERO, P. & MATTIA, P., *Diritto del lavoro*, 126-27 (2008).

⁸⁵ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., *Op. cit.*

⁸⁶ GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C., *Op. cit.*

orientar la reformulación de una normativa laboral orientada a la anti-subordinación.

Bibliografía

- CALVO, F. (2017). “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.
- CHERRY, M. (2020). “A Global System of Work, A Global System of Regulation?: Crowdwork and Conflicts of Law”, 94 Tul. L. Rev. 183.
- DUBAL, V. (2022). “Economic security & the regulation of gig work in California: From AB5 to Proposition 22”. *European Labour Law Journal*, 13(1):51-65. doi:10.1177/20319525211063111.
- GAMONAL, S.; ROSADO MARZÁN, C. (2019). *Principled Labor Law*. Oxford University Press. Kindle Edition.
- GIUGNI, G. (1989). *Lavoro legge contratti*.
- GIAMPIERO, P. & MATTIA, P. (2008). *Diritto del lavoro*.
- JAVILLIER, J. (1996). *Droit du travail*, (5th ed.)
- MEYER, N. (2006). *L'ordre public en droit du travail*.
- ROSENBAUM CARLI, F. (2021). *El trabajo mediante plataformas digitales y sus problemas de calificación jurídica*, Thomson Reuters - Aranzadi, España.
- SERRANO, R. (2017). “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.
- TRILLO, F. (2017). “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*, Núm. 80, Editorial Bomarzo, Albacete.

Recursos electrónicos

- AGOTE, R. (2016). “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/>.
- ALOISI, A. y DE STEFANO, V. (2019). “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/>.
- BAYLOS, A. (2021). “El acuerdo social sobre la ‘ley riders’”, *Según Antonio Baylos...* Entrada de Blog del día 13 de marzo de 2021. Disponible en <https://baylos.blogspot.com/2021/03/el-acuerdo-social-sobre-la-ley-riders.html>.
- BORKHOLDER, J., MONTGOMERY, M., SAIKA CHEN, M. y SMITH, R. (2018). “Uber State Interference: How TNC’s Buy, Bully, and Bamboozle Their Way to Deregulation”, (New York: National Employment Law Project). Disponible en <https://www.nelp.org/publication/uber-state-interference/>.
- CAPPONI, F. y PELUSI, L. (2019). “Le nuove tutele del lavoro tramite piattaforma ‘anche’ digitale: commento al d.l. n. 101/2019”, *Bollettino ADAPT*, Núm. 31. Entrada del día 9 de septiembre de 2019. Disponible en <http://www.bollettinoadapt.it/bollettino-adapt/ordinario/9-settembre-2019-n-31/>.
- DAGNINO, E. (2019). “Note tecnico-giuridiche al decreto-legge 3 settembre 2019, n. 101, e i prevedibili impatti sul settore del delivery”, *Working Paper ADAPT*, Núm. 4. Disponible en https://moodle.adaptland.it/pluginfile.php/52981/mod_resource/content/0/wp_2019_4_dagnino.pdf.
- DE STEFANO, V. y ALOISI, A. (2018). *European legal framework for “digital labour platforms”*, Comisión Europea - Oficina de publicaciones de la Unión Europea, Luxemburgo. Disponible en

https://publications.jrc.ec.europa.eu/repository/bitstream/JRC112243/jrc112243_legal_framework_digital_labour_platforms_final.pdf.

EISENBREY, R. y MISHEL, L. (2016). "Uber Business Model Does not Justify a New 'Independent Worker' Category", Economic Policy Institute (March 17, 2016). Disponible en <https://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>.

IZVANARIU, P. (2017). *Matters Settled But Not Resolved: Worker Misclassification in the Rideshare Sector*, 66 DePaul L. Rev. Disponible en <https://via.library.depaul.edu/law-review/vol66/iss1/7>.

PHAM, G. (2021). "The Launch of a New Coalition: Protecting the Rights of Gig Workers in Massachusetts", Massachusetts Jobs with Justice, 29.06.2021. Disponible en <https://www.massjwj.net/blog/2021/6/29/the-launch-of-a-new-coalition-protecting-the-rights-of-gig-workers-in-massachusetts>.

PRASSL, J. y RISAK, M. (2016). "Uber, Taskrabbit, & Co: Platforms as Employers? Rethinking the Legal Analysis of Crowdwork", *Comparative Labour Law and Policy Journal*, No 8/2016. Disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2733003_code2511333.pdf?abstractid=2733003&mirid=1.

ROJO, E. (2018). "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. (2019). "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. (2020). “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. (2021). “La laboralidad de los repartidores. Un buen acuerdo en el diálogo social”, *Net21, Análisis*, 25.03.2021. Disponible en <https://www.net21.org/wp-content/uploads/2021/03/La-laboralidad-de-los-repartidores-EDUARDO-ROJO.pdf>.
- SIERRA, E. (2017). “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/>.