

---

## **PRECARIEDAD LABORAL EN EL TRABAJO PRESTADO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL PERÚ**

### **LABOUR PRECARIETY IN THE WORK PROVIDED THROUGH DIGITAL PLATFORMS IN PERU**

Guillermo BOZA PRÓ

*Profesor principal de Derecho del Trabajo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.*

[boza.g@pucp.edu.pe](mailto:boza.g@pucp.edu.pe)

Joaquín BRIONES ZEGARRA

*Adjunto de docencia del curso de Derecho Laboral General en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del GIDEPROC-PUCP.*

[joaquin.briones@pucp.pe](mailto:joaquin.briones@pucp.pe)

Fecha de envío: 05/09/2022

Fecha de aceptación: 30/11/2022

---

## PRECARIEDAD LABORAL EN EL TRABAJO PRESTADO MEDIANTE PLATAFORMAS DIGITALES EN EL PERÚ

Guillermo BOZA PRÓ

*Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)*

Joaquín BRIONES ZEGARRA

*Pontificia Universidad Católica del Perú (Perú)*

---

**Resumen:** El trabajo a través de plataformas digitales ha generado una serie de interrogantes desde la óptica del Derecho Laboral. Independientemente del debate jurídico sobre el particular, la realidad demuestra la precariedad asociada a estas novedosas formas de empleo. En el presente artículo, los autores se aproximan a este fenómeno a partir de un breve repaso de sus principales características. Adicionalmente, y con el propósito de tutelar las auténticas relaciones de trabajo subordinado que pueden surgir en la prestación de servicios mediante plataformas digitales *offline*, se analizan algunas herramientas probatorias. Concretamente, el uso de presunciones legales, la existencia de nuevos indicios de laboralidad, el empleo de cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad, cobran especial trascendencia para el reconocimiento del vínculo laboral.

**Palabras clave:** Plataformas digitales - Derecho del trabajo - Presunción de laboralidad - Indicios de laboralidad

**Sumario:** 1. Introducción: sociedad de la información y nuevas formas de trabajo. 2. Trabajo a través de plataformas digitales. Principales características. Apariencia de autonomía. 3. Situación actual del trabajo a través de plataformas digitales. 4. Facilitación probatoria. Presunciones legales, prueba indiciaria, cargas probatorias dinámicas, principio de primacía de la realidad. A) Presunción

de laboralidad y carga probatoria. B) Los indicios. C) Indicios laborales en el trabajo prestado en las plataformas digitales. D) Las cargas probatorias dinámicas. E) La actuación del principio de primacía de la realidad. 5. La reforma pendiente en el Perú y una reflexión final. 6. Conclusiones.

**Abstract:** Work through digital platforms has raised a series of questions from the perspective of Labor Law. Regardless of the legal debate on the matter, reality shows the precarity associated with these new forms of employment. In this article, the authors approach this phenomenon from a brief review of its main characteristics. Additionally, and with the purpose of protecting the authentic subordinate labor relationships that may arise in the provision of services through *offline* platforms, some probatory tools are analyzed. Specifically, the use of legal presumptions, the existence of new labour evidence, the use of dynamic burdens of proof and the principle of primacy of reality, are of special importance for the recognition of the employment relationship.

**Keywords:** Digital platforms - Labor law - Presumption of employment - Labour evidence

**Summary:** 1. Introduction: information society and new ways of working. 2. I work through digital platforms. Main features. Appearance of autonomy. 3. Current situation of work through digital platforms. 4. Evidence facilitation. Legal presumptions, circumstantial evidence, dynamic burden of proof, principle of primacy of reality. A) Presumption of employment and burden of proof. B) The signs. C) Labor indications in the work provided on digital platforms. D) Dynamic burdens of proof. E) The performance of the principle of primacy of reality. 5. The pending reform in Peru and a final reflection. 6. Conclusions.

## 1. Introducción\*

El uso de las denominadas tecnologías de la información (TIC) ha impactado a nivel global en diversos ámbitos de la vida de las personas. El mundo del trabajo no es ajeno a este nuevo universo tecnológico, habiéndose intensificado en algunos casos el poder de dirección del empleador y surgido nuevas formas de fiscalización de la actividad del trabajador.<sup>1</sup> Y es que el desarrollo permanente de las TIC nos ha conducido a la era de la digitalización y la automatización. Como indica Crovi, la digitalización es precisamente “una de las claves técnicas” de la sociedad de la información, en tanto ha permitido nuevas formas de producción. En esa línea, ha “modificado sustancialmente las relaciones interpersonales y los sistemas de producción”.<sup>2</sup> Por ello, no es inusual apreciar en el mundo actual nuevas formas de empleo, como el teletrabajo o los servicios prestados a través de plataformas digitales. Además, son nuevas formas de trabajo que se han propagado exponencialmente a propósito de la pandemia de la COVID-19, pues a raíz del confinamiento social obligatorio dictado a nivel mundial, millones de trabajadores se han visto forzados a transitar hacia estas nuevas formas de empleo.

En el caso del trabajo personal realizado a través de plataformas digitales, los problemas son de índole diversa a los del teletrabajo<sup>3</sup>, pero no por ello la situación es menos grave, porque se ha revelado la precariedad con la que muchas veces se presta este tipo de labor y que alcanza a millones de personas

---

\* El presente artículo consiste de una versión ampliada y actualizada del texto: “*Nuevas formas de trabajo e indicios laboralidad. A propósito del trabajo personal prestado a través de las plataformas digitales*”, publicado en el número 24 de la Revista *Laborem*, de la Sociedad Peruana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, y forma parte del proyecto de investigación PI0850 - CAP 2022, en ejecución, denominado: “*Precariedad, discriminación e inseguridad jurídica en el trabajo prestado mediante plataformas digitales en el Perú*”, realizado bajo el auspicio del Vicerrectorado de Investigación de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

<sup>1</sup> Boza, *Prólogo del libro de Tino Vargas Raschio (2021). “El trabajo a distancia y su regulación en el Perú”* (Lima: Gaceta Jurídica, 2021): 7. Algunas ideas de esta sección han sido tomadas de dicho texto.

<sup>2</sup> Crovi, “Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la esperanza”, *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales*, vol. XLV, n. 185 (2002): 16.

<sup>3</sup> Si bien el teletrabajo y el trabajo a través de plataformas digitales comparten la deslocalización en la prestación del servicio; en el caso de las plataformas *offline* no se presenta el problema de la intrusión en la vida íntima de los trabajadores, toda vez que los servicios se prestan en la calle y no en el domicilio del trabajador. De otro lado, como se verá más adelante, la fiscalización de las labores en las plataformas digitales, se realiza, por lo general, de manera indirecta.

en el mundo, independientemente de que dicha actividad califique o no como una de naturaleza laboral. Y aunque esto último es todavía una discusión abierta, lo cierto es que, de manera uniforme y militante, las empresas propietarias o administradoras de las plataformas siguen negando que estemos ante contratos de trabajo, dejando carentes de casi toda forma de protección social a conductores y repartidores vinculados a las plataformas digitales de servicios de transporte de personas y de reparto de mercancías.

Ahora bien, independientemente de las posiciones que se han expresado sobre esta particular forma de trabajo, y de las distintas técnicas legislativas que se han planteado para su regulación, la realidad expresa que en la mayoría de los casos –el Perú no es la excepción–, detrás de las plataformas existen un sinnúmero de personas que prestan servicios en condiciones precarias y que merecen la tutela del ordenamiento jurídico. Esto se corrobora en diversos estudios realizados sobre el particular<sup>4</sup>, y que tienen en común el haber identificado lo que se denomina “trabajo de la multitud” o “*crowd work*”, que consiste en obtener la prestación de un servicio, realizada en principio por un trabajador, pero con la posibilidad de “descentralizarla hacia un número indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria”.<sup>5</sup> En tal sentido, encaramos un “ejército de prestadores” sustituibles fácilmente unos por otros, sin una jornada o tiempo de trabajo definido, que cobran por cada micro-tarea realizada, y que –precisamente por esa razón– no tienen garantizado un ingreso mínimo; además de no contar con condiciones de seguridad y salud en el trabajo y con un régimen de protección social (salud y pensiones).

---

<sup>4</sup> Véase: Cruz Caicedo, “Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente”, Tesis doctoral, Doctorado en Derecho, Universidad Externado de Colombia (2020): 146 y ss.; Gorelli, “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo”, El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario (Lima: PUCP, 2019). Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma, creado mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR (Lima, 2020); Dinero, “Delivery y empleo: Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima – Perú” (Lima: Observatorio de Plataformas, 2021).

<sup>5</sup> Todoli, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, IUSLabor 3 (2015): 3.

En el caso peruano, el informe del Ministerio de Trabajo (MTPE) concluye que una gran cantidad de repartidores no cuenta con un seguro contra accidentes de trabajo o que su cobertura es muy limitada (porque alcanza únicamente al trayecto desde que se recoge la mercancía y es entregada a su destinatario), y que terminan asumiendo extensas jornadas diarias de trabajo de 12 a 14 horas, a fin de obtener una retribución satisfactoria.<sup>6</sup> Para Gorelli, este tipo de escenarios genera precariedad laboral e inseguridad económica<sup>7</sup>; y para Cruz Caicedo, un déficit de trabajo decente que conduce a la mercantilización absoluta de la relación y la cosificación del prestador del servicio.<sup>8</sup>

En un reciente informe, la OIT<sup>9</sup> distingue entre plataformas digitales (i) basadas en la web, (ii) de aquellas basadas en la ubicación; lo que en buena cuenta equivale a la distinción que previamente ha realizado la doctrina respecto al *crowd work online* y *offline*. Es en estas últimas que el trabajo requiere ser prestado personalmente en un determinado espacio físico. En ese sentido, el presente análisis versará sólo sobre esta categoría de plataformas. Ello no implica que las plataformas *online* no generen precariedad laboral, pero se ha optado por circunscribir nuestro estudio al segundo tipo de plataformas citado, a raíz de la asentada popularidad que estas tienen en el Perú, a tal extremo que son prácticamente las únicas consideradas por los proyectos legislativos que se han generado hasta la fecha.<sup>10</sup> Y es por las particularidades de esta forma de trabajo *offline* a través de plataformas han permitido que algunos defiendan la autonomía con la que se prestaría y así dejarla fuera del ámbito de protección

---

<sup>6</sup> Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020): 24-26. En ese marco, Dinegro destaca que, para tener derecho a la cobertura del seguro de accidentes, el repartidor debe verse inmerso en un caso muy grave como la pérdida de una extremidad. Además, resalta que este seguro inicia su cobertura sólo cuando se recoge la mercadería y termina cuando el repartidor la entrega. Dinegro (2021): 29.

<sup>7</sup> Gorelli, "Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo" en Sergio Quiñones (coord.), *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (Lima: PUCP, 2019): 86.

<sup>8</sup> Cruz Caicedo, "Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente" (2020), 256.

<sup>9</sup> OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work* (Ginebra, 2021): 18.

<sup>10</sup> Nos referimos a los Proyectos de Ley N° 4243-2018-CR, 7567-2020-CR, y 018-2021-CR.

de la legislación laboral, en lo que sería una nueva huida del derecho del trabajo.<sup>11</sup>

En esa medida, y es uno de los aspectos que pretendemos analizar, cobra especial importancia la facilitación probatoria en materia procesal para determinar la naturaleza de la relación de trabajo, a partir de las presunciones legales, la prueba indiciaria, las cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad. Antes de desarrollar estas herramientas procesales, es preciso detenernos en las características de esta nueva forma de empleo y la situación laboral de quienes prestan el servicio.

## **2. Trabajo realizado a través de plataformas digitales. Principales características y apariencia de autonomía**

No todas las plataformas son iguales ni tienen idénticas características. Y, aunque resulte una obviedad decirlo, será necesario analizar cada caso a fin de establecer si el trabajo que se realiza a través de una determinada plataforma digital califica o no como un contrato de trabajo, pues las diversas y particulares características del trabajo que se presentan –algunas de ellas de aparente signo contrario, como se verá luego–, dificultan de entrada su calificación jurídica. Por esa razón, Sanguineti ha señalado que no es extraño que este tipo de actividad “sea objeto de las más disímiles valoraciones jurídicas: desde la que quienes consideran que representa una forma de trabajo independiente, en la que el profesional decide libremente prestar sus servicios cuando lo considere oportuno, hasta la de aquellos que entienden que encierran auténticas prestaciones de trabajo dependiente, en la que existe además un control particularmente penetrante e invasivo, basada en una inédita combinación de taylorismo y panopticismo facilitada por el uso de algoritmos”.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> Cfr. Gorelli (2019): 85.

<sup>12</sup> Sanguineti, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, Trabajo y Derecho, N° 69 (2020), 4.

Sin perjuicio de ello, consideramos que a partir del desarrollo jurisprudencial realizado hasta la fecha en distintos países<sup>13</sup>, e incluso de lo establecido en los propios términos y condiciones para el uso de estas plataformas que deben aceptar los conductores o repartidores, es posible extraer algunas características comunes a todas ellas.

De manera general, las empresas propietarias de estas plataformas sostienen dos cosas: por un lado, que actúan como intermediarias de la oferta y la demanda de un servicio determinado (como si de una agencia de colocación de empleo se tratara); y, por otro, y como consecuencia de lo anterior, que los prestadores de servicios o repartidores son colaboradores, trabajadores autónomos o emprendedores. Por lo tanto, concluyen que entre estos y la plataforma no hay relación laboral. Pero, ¿actúan realmente las plataformas como intermediarias?<sup>14</sup> Para responder, repasemos algunas de las características del servicio que se realiza a través de las mismas, desde un doble ángulo: los derechos que se le reconocen al prestador del servicio (conductor o repartidor), y las atribuciones que se reserva la propietaria o administradora de la plataforma.<sup>15</sup>

Desde la perspectiva del prestador del servicio, en primer lugar, estamos ante un trabajo deslocalizado, que se realiza “en la calle”, pues implica necesariamente el desplazamiento físico del chofer o repartidor para la materialización del trabajo. En segundo lugar, se parte de la idea de que el prestador tiene libertad para fijar cuánto (jornada) y cuándo (horario) trabaja. Estamos, en ese sentido, ante un tipo de trabajo de tiempo flexible. De otro lado, conforme a lo anterior, se reconoce al prestador la potestad de rechazar las

---

<sup>13</sup> Al respecto véase, por ejemplo, las sistematizaciones realizadas por De León y Pizzo (2019: 63 y ss.), y Puntriano (2019: 143-152).

<sup>14</sup> Gorelli, citando a Beltrán de Heredia, responde en sentido negativo: “Hay plataformas (...) que no se limitan a actuar como un mero y simple intermediario sin ánimo de lucro, sino que se configuran como empresas que tienen como objetivo desarrollar la prestación del servicio a los usuarios” (2019: 84). En igual sentido opina Todolí: “Este nuevo tipo de empresas no se dedican exclusivamente a conectar oferentes con demandantes, sino que exige una serie de requisitos a los conductores con objeto de conseguir una buena prestación del servicio para el cliente. (...) [E]n mi opinión, los consumidores (...) acuden a una plataforma específica para obtener un servicio de concreto” (2015: 7-8).

<sup>15</sup> Un listado más exhaustivo de indicios de autonomía, de un lado, y de trabajo subordinado, de otro, puede verse en: Sanguineti (2020: 6).



solicitudes de servicio.<sup>16</sup> En cuarto término, algunas plataformas (no todas) no exigen exclusividad, pudiendo los choferes y/o repartidores afiliarse a más de una plataforma. Finalmente, las herramientas de trabajo, como el vehículo, los gastos de mantenimiento del mismo, el teléfono y la conexión a internet necesaria para utilizar el aplicativo, corren por cuenta del prestador.

Las características citadas permiten identificar ciertos rasgos de autonomía en el trabajo realizado y, al mismo tiempo, muestran la ausencia de los elementos o notas que solían acompañar a una relación típica de trabajo – sobre lo que volveremos más adelante–, y que actuaban, además, como indicios o rasgos de la laboralidad de la relación contractual. Y es que encaramos una forma de trabajo que no necesariamente se debe realizar en una jornada completa y en un horario determinado, en las instalaciones del empleador, por un plazo indeterminado y de manera exclusiva para un solo empleador. A esto podría sumarse que el control o fiscalización del servicio prestado, como manifestación de la subordinación, elemento definidor de la relación laboral, no estaría presente con claridad. Al menos, no de la manera tradicional.

Ahora bien, si analizamos las atribuciones que suelen reservarse las empresas propietarias o administradoras de las plataformas, la autonomía podría ser más aparente que real. En primer lugar, las condiciones del servicio las fija unilateralmente la plataforma. Una de esas condiciones, tal vez la más importante, es la determinación de la retribución por cada trabajo realizado. En segundo lugar, hay una exigencia de utilizar cierto material, instrumental o logos que permitan identificar la marca de la plataforma.<sup>17</sup> En tercer término, la conexión entre el cliente y el repartidor o conductor se realiza necesariamente a través de la plataforma. En cuarto lugar, la plataforma establece un sistema de evaluación del servicio por parte de los clientes que le permite a la plataforma establecer un ranking de choferes o repartidores. Precisamente, es a partir de

---

<sup>16</sup> Sin embargo, como precisa Todolí, citando a Sprage, que exista cierta libertad en la ejecución del trabajo, no desvirtúa la naturaleza subordinada de la relación: “En ese sentido, lo importante no será cuánto control el empresario ejerce, sino cuánto control el empresario se reserva el derecho a ejercer” (2015: 11).

<sup>17</sup> Un ejemplo de ello puede verse en la Sentencia del Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 5 de octubre de 2020, RIT: M-724-2020 (Juzgado de Letras del Trabajo de Concepción, 2020).

esta clasificación, de la ubicación de los prestadores y de su disponibilidad real, que se formulan algoritmos que permiten a la plataforma una distribución eficiente de los servicios solicitados por los clientes. Finalmente, la plataforma se reserva el derecho de desconectar del aplicativo a los prestadores en cualquier momento sin justificación alguna.<sup>18</sup>

¿Qué se pone en evidencia? Primero, que la plataforma busca uniformidad en la prestación de servicios. En segundo lugar, que la calidad del servicio es importante, porque como señala Todolí<sup>19</sup>, el éxito del negocio es posicionar la marca y mantener una alta consideración de la misma para llegar al mayor número de clientes. Y es que, como señeramente estableciera la sentencia emitida por la Corte del Distrito Norte de California (caso Douglas O'Connor contra Uber Technologies Inc.), la rentabilidad del negocio de las plataformas va más allá de la administración y/o suministro del aplicativo, los principales ingresos de la plataforma (en este caso, Uber) no provienen tanto de la distribución del software, sino de la generación de los viajes por los conductores, por lo que, en definitiva, la actividad de la plataforma no sería viable sin el trabajo prestado por los conductores.<sup>20</sup>

Así pues, para tener el control de la prestación, las plataformas realizan una serie de acciones, como: i) establecer unilateralmente los términos y condiciones del servicio, como si de un contrato de adhesión se tratara (su contenido no se negocia, lo que refleja el carácter asimétrico de la relación)<sup>21</sup>, ii) evaluar la calidad del trabajo prestado por choferes y repartidores (indirectamente, a través de los usuarios del servicio), y iii) desconectarlos de la plataforma sin explicación alguna.

---

<sup>18</sup> Gorelli lo reseña así: “Realizada la prestación, es habitual que la empresa requiera, a través de la plataforma, la evaluación del servicio, que sirve de esta manera como un instrumento de control que permite ‘calificar’ al prestador de servicio de cara a estar en mejor posición para ser seleccionado a través del algoritmo informático que adjudica los servicios o incluso para ser expulsado de la aplicación” (2019: 92).

<sup>19</sup> Todolí, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, IUSLabor 3 (2015), 6.

<sup>20</sup> Una reseña y análisis de la citada sentencia puede verse en Gauthier (2015: 8-10).

<sup>21</sup> “Uber (al igual que otras empresas) impone de manera unilateral las condiciones de contrato y se reserva el derecho a cambiar cualquiera de ellas de forma discrecional (Birgillito, p.257).

### 3. Situación actual del trabajo prestado a través de las plataformas digitales

Estando en entredicho la autonomía con la que se realiza el trabajo en las plataformas digitales *offline*, conviene detenerse en la realidad de estos conductores y repartidores. Debido a que las plataformas reservan exclusivamente toda la información concerniente al servicio, resulta difícil determinar con precisión el estado actual de estos trabajadores. Sin embargo, la OIT, a partir de una encuesta realizada a más de 12,000 trabajadores en 100 países a nivel mundial, brinda algunos datos objetivos y útiles al respecto.<sup>22</sup>

Así, se tiene que más del 90% de repartidores o choferes son hombres jóvenes, menores de 36 años, que cuentan con un alto nivel de educación. Estos acuden a las plataformas debido, principalmente, al desempleo o falta de oportunidades alternativas, la flexibilidad laboral y la mejor remuneración que obtienen en comparación a los repartidores o conductores “tradicionales”. Adicionalmente, un porcentaje importante de estos trabajadores son migrantes<sup>23</sup> que tienden a ocuparse más como repartidores que como conductores de taxi. A pesar de que muchos cuentan con estudios universitarios, utilizan estas plataformas, principalmente, por la inexistencia de oportunidades laborales.

En ese marco, los trabajadores de plataformas *offline* están expuestos a una serie de transgresiones que corroboran la precariedad de su trabajo. La mayoría de encuestados afirma laborar largas jornadas: 65 horas semanales para el caso de conductores; y 59, para los repartidores.<sup>24</sup> Además, en la ejecución del servicio, muchos de ellos denuncian ser víctimas de agresión o tratos discriminatorios por parte de los clientes, agentes policiales, o dueños de restaurantes.<sup>25</sup>

---

<sup>22</sup> OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work* (Ginebra, 2021), 3.

<sup>23</sup> Este porcentaje varía en cada país. Para el caso de Argentina y Chile, por ejemplo, el 70% de estos trabajadores son migrantes venezolanos (OIT, 2021: 139).

<sup>24</sup> OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 23.

<sup>25</sup> OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 191.

Esta trágica situación se constata también en Perú. Así, el informe del Ministerio de Trabajo (MTPE) sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales, refleja que los repartidores de estas plataformas laboran una jornada promedio de 13 horas diarias. La retribución varía en función de cada plataforma, siendo que la tarifa básica oscila entre 1 y 2 soles por kilómetro recorrido. En adición ello, los repartidores manifiestan ser víctimas de acoso sexual o violencia por parte de los clientes; situación que terminan tolerando por la valoración que estos emiten a través de los sistemas de calificación.<sup>26</sup> Esta realidad se vuelve más alarmante al considerar que, a raíz de la pandemia de la COVID-19, el número de repartidores en nuestro país aumentó considerablemente, pues solo durante el trimestre comprendido de setiembre a noviembre de 2020, unas 46 mil personas se dedicaron al servicio de delivery en Lima Metropolitana, representando cerca del 1,1% de la PEA ocupada en dicha región.<sup>27</sup>

En materia de seguridad social, y como consecuencia de la negación del estatus de asalariados, la OIT concluye que estos trabajadores se ven impedidos de acceder a prestaciones básicas como el seguro contra accidentes de trabajo o las pensiones por invalidez o jubilación.<sup>28</sup> En el Perú, concretamente, el seguro contra accidentes –que se registra respecto a una sola plataforma– aplica únicamente por el periodo en que el repartidor transporta la mercadería, excluyendo cualquier contingencia por el lapso en que la recoge y después que la entrega. Ello sin considerar que los repartidores denuncian que todo implemento de seguridad es asumido por su propia cuenta.<sup>29</sup> Finalmente, estos trabajadores no aportan a ningún sistema previsional.<sup>30</sup>

---

<sup>26</sup> Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020), 8.

<sup>27</sup> En Lima Metropolitana, por ejemplo, según datos del INEI (Encuesta Permanente de Empleo 2019-2020) en el último trimestre del 2020 el número de repartidores por delivery habría alcanzado la cifra de 46,000 personas, lo que equivale a un incremento del 98% respecto del mismo trimestre del año anterior. De otro lado, en lo que va del 2021, este tipo de empleo se encuentra entre los 20 más preferidos (a principios de año estaba en el puesto 59). Véase: <https://elcomercio.pe/economia/peru/servicio-delivery-numero-de-trabajadores-en-lima-se-duplico-durante-la-pandemia-noticia/?ref=ecr>.

<sup>28</sup> OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 176.

<sup>29</sup> Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo (2020), 10.

<sup>30</sup> Alejandra Dinegro, "Delivery y empleo: Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima – Perú", 29.

Bajo tal escenario, el reconocimiento y tutela del vínculo laboral ha sido, en la mayoría de casos, producto de procesos judiciales.<sup>31</sup> Toda vez que esta nueva forma de servicios ha sido amparada por la vía judicial antes que por la legislativa, es provechoso reparar en el desarrollo que la jurisprudencia comparada ha elaborado al respecto. Como anota la doctrina<sup>32</sup>, las jurisdicciones alrededor del mundo no han sido siempre uniformes en establecer el carácter laboral o autónomo de estos servicios, siendo que los fallos varían en función de cada plataforma y país.

Sin embargo, advertimos que la más reciente jurisprudencia se inclina ya por reconocer el vínculo laboral entre las plataformas y sus respectivos repartidores y/o conductores. Así, con el propósito de coadyuvar la labor que seguramente tendrá nuestra judicatura<sup>33</sup>, detengámonos en tres fallos que optan por confirmar la naturaleza laboral de estos servicios respecto a dos de las más importantes plataformas digitales en operan en el Perú: Uber<sup>34</sup> y Pedidos Ya.<sup>35</sup>

El primero fue emitido por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Aslam contra Uber*, en febrero de 2021.<sup>36</sup> La Corte reconoció el vínculo laboral de los conductores esencialmente porque es Uber quien (i) fija unilateralmente

---

<sup>31</sup> OIT, *World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work*, 231-233.

<sup>32</sup> Véase las sistematizaciones realizadas por De León y Pizzo (2019: 63-74), Puntriano (2019: 143-150), Gorelli (2019: 95-98) y Calderón (2019: 242 y ss.).

<sup>33</sup> A la fecha en Perú no hay registro de sentencias ni de procesos judiciales en trámite sobre el particular.

<sup>34</sup> Estas sentencias no son las únicas que reconocen el vínculo laboral de los servicios en esta plataforma. Así, véase: i) en Uruguay, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo en el caso *Queimada, E. vs Uber B.V.* (3/6/2020), ii) en Estados Unidos, la sentencia de la Corte Superior de San Francisco (CGC-20-584402 y la sentencia de la Corte de Apelaciones de California (1º Distrito, Div 4) (A160706) (10/08/2020), iii) en España, la sentencia de la 3º Sala Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (81/2018) (24/01/2018). Esta última no reconoce el vínculo laboral expresamente, pero sí establece que “*la actividad desarrollada por Uber no es un mero servicio de intermediación, sino que constituye una parte sustancial de la prestación de servicio de transporte de viajeros*”.

<sup>35</sup> En Perú, la plataforma “Glovo”, tras su adquisición por la empresa “Delivery Hero”, ha pasado a denominarse “Pedidos Ya”. Por lo demás, la mecánica del negocio es la misma. Así, cabe mencionar que en España los tribunales también han declarado trabajadores a los repartidores de plataformas similares a Glovo, como Takeiteasy, Roofoods o Deliveroo. Para el caso de esta última, véase la sentencia del 24º juzgado Social de Barcelona (Nº 259/2020) (fecha 18/11/2020).

<sup>36</sup> Esta decisión es el producto final de un largo litigio por el reconocimiento de los derechos laborales de los conductores, obteniendo resultados favorables en las instancias previas. Con el pronunciamiento de la Corte, los representantes de Uber han indicado que respetarán el fallo, garantizando a 70,000 conductores en Reino Unido los derechos a un salario mínimo, vacaciones y pensiones. Véase: [https://www.theguardian.com/technology/2021/mar/16/uber-to-pay-uk-drivers-minimum-wage-holiday-pay-and-pension?CMP=Share\\_AndroidApp\\_Other](https://www.theguardian.com/technology/2021/mar/16/uber-to-pay-uk-drivers-minimum-wage-holiday-pay-and-pension?CMP=Share_AndroidApp_Other).

la remuneración, así como los demás términos contractuales; (ii) dirige la actividad controlando la información que es suministrada a los choferes y que obtiene a partir de los sistemas de evaluación; y (iii) establece indicaciones sobre cómo prestar el servicio (fijando modelos de vehículos y restringiendo las comunicaciones entre conductores y pasajeros al mínimo). Todos estos factores, en opinión de la Corte, acreditan la subordinación de los conductores.<sup>37</sup>

El segundo fallo fue dictado por el Tribunal Supremo español en setiembre del 2020 (Sentencia N° 805/2020). Unificando jurisprudencia, el Tribunal concluyó, a partir de nuevos indicios de laboralidad, que Glovo (ahora Pedidos Ya) no es una simple intermediaria entre los clientes y los “riders”. De forma similar al caso de Uber, el Tribunal español justificó su decisión en (i) la fijación unilateral de la remuneración y forma de pago; (ii) la ajenidad de la información; (iii) la ajenidad de la marca; (iv) la fiscalización de los repartidores mediante GPS; (v) las instrucciones sobre cómo prestar el servicio; y (vi) los sistemas de evaluación.<sup>38</sup> Estos indicios, según se verá en páginas siguientes, adquieren un rol trascendental en el ámbito procesal para el reconocimiento laboral de estas nuevas formas de empleo.

Un tercer fallo es el de la Corte de Apelaciones de Concepción de Chile<sup>39</sup>, de fecha 15 de enero de 2021, en el que se reconoce el vínculo laboral entre un repartidor y la plataforma Pedidos Ya. Al respecto, la Corte señala que, para determinar si concurren los elementos caracterizados de la relación laboral en los servicios prestados a través de las plataformas digitales, es necesario utilizar la técnica indiciaria, identificando tanto los indicios favorables como los contrarios a la existencia de un contrato de trabajo. Así, en aplicación del principio de primacía de la realidad y del principio pro operario, la Corte concluyó que existe una relación laboral en el caso de dicha plataforma.

Frente a este escenario, la doctrina advierte que, al margen de admitirse o no el vínculo de subordinación en este tipo de actividades, la cuestión reside

<sup>37</sup> Fundamentos 93-97 del fallo.

<sup>38</sup> Para mayor detalle, véase los fundamentos 18-21 de la Sentencia N° 805/2020 (Tribunal Supremo Español, 2020: 16-18).

<sup>39</sup> Fallo de la Corte de Apelaciones de Concepción de Chile, de fecha 15 de enero de 2021, Rol N° 395-2020.

en determinar la regulación que les resulta aplicable. Y es que las particularidades de estos servicios, fundamentadas en la *flexibilización* del trabajo, divergen con la lógica de las normas laborales del régimen general. Así, según Lizama y Lizama, extender el régimen laboral estándar a las plataformas digitales “tendría como consecuencia la extinción de este modelo de negocio o bien, en el mejor de los casos, una utilización mínima”.<sup>40</sup> Por eso, Todolí<sup>41</sup>, al igual que los autores citados, sugieren la creación de una legislación laboral especial que reglamente el trabajo a través de tales plataformas. El caso de Chile es paradigmático, porque es el único país que, a la fecha, regula de manera expresa la prestación de servicios mediante plataformas digitales, a la que califica como laboral, aunque también hace referencia a las prestaciones de servicios independientes a través de dichas plataformas. Así, en marzo del presente año la Ley N° 21.431 modificó el Código del Trabajo, incorporando un nuevo capítulo –“Del trabajo mediante plataformas digitales de servicios”- en el que se brindan definiciones de lo que se entiende por empresa de plataforma digital de servicios y por trabajador de las mismas, estableciendo una serie de derechos y obligaciones para las partes, como el deber de protección que tiene el empleador y la regulación de tiempo de trabajo y las remuneraciones.<sup>42</sup> Ahora, independientemente de la regulación que se adopte, la revisión de la situación precaria que viven diariamente estos trabajadores a nivel global –y particularmente en nuestro país– justifica la actuación del Derecho de Trabajo. Para ello, es imprescindible contar con herramientas que, en el marco de un proceso judicial, faciliten el reconocimiento del vínculo laboral en estas nuevas formas de empleo. A continuación, desarrollamos algunas de ellas.

#### **4. Facilitación probatoria. Presunciones legales, prueba indiciaria, cargas probatorias dinámicas, principio de primacía de la realidad**

---

<sup>40</sup> Lizama & Lizama, “El derecho del trabajo y la economía colaborativa”, Derecho & Sociedad, n. 49, (2017).

<sup>41</sup> Todolí, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, 21.

<sup>42</sup> En el caso de España, más que una norma regule esta clase de servicios, se ha establecido en el establecido en el Estatuto de los Trabajadores una controvertida “presunción de laboralidad”, como se analizará más adelante.



La aparente dicotomía entre los derechos de los prestadores de servicios y las atribuciones de la propietaria o administradora de la plataforma puede dificultar, sin duda, la determinación de la verdadera naturaleza jurídica del trabajo prestado a través de las plataformas digitales. No olvidemos la cerrada negativa empresarial de reconocer en tales casos la existencia de un contrato de trabajo y de considerar mas bien esta actividad como una prestación autónoma de servicios, en la que incluso el acreedor de la prestación personal no sería la plataforma, sino el cliente que solicitó el servicio.

Esto nos conduce, en consecuencia, a la necesidad de acudir a herramientas procesales que faciliten la actividad probatoria –tales como presunciones legales, la prueba indiciaria y las cargas probatorias dinámicas–, y que se requieren para identificar la verdadera naturaleza de la relación de trabajo que estamos tratando. A continuación, nos detendremos en cada una de ellas.

#### **a) Presunción de laboralidad y carga probatoria**

La Ley Procesal del Trabajo, en el artículo 23.2, establece expresamente la llamada presunción de laboralidad. Si bien no es la única presunción que recoge nuestro ordenamiento procesal laboral, sí es aquella una presunción determinante al momento de acreditar la existencia de una relación laboral. Recordemos que las presunciones legales permiten tener por cierta determinada situación, eximiendo de la prueba a la parte a favor de quien se consagra<sup>43</sup>, pero normalmente son presunciones que pueden ser desvirtuadas; es decir, que admiten acreditar lo contrario (presunciones relativas o *iuris tantum*), que es el caso de la presunción de laboralidad. El citado precepto señala que “acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”. Con esto se evidencia la intención legislativa de presumir (y preferir) la indeterminación del plazo de los

---

<sup>43</sup> En tal sentido, Fajardo, “La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo”, *Derecho & Sociedad*, n. 46 (2016), recuerda que “las presunciones legales constituyen herramientas que emplea el legislador para facilitar la prueba en determinados casos, en aras de tutelar una situación sustancial que le parece relevante en caso de controversia”, 336.



contratos de trabajo conforme prevé el artículo 4 de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral (LPCL) y, en adición a ello, de relevar al demandante de la carga probatoria de los elementos restantes de la relación laboral. Así, cuando la controversia en el proceso sea la naturaleza laboral de los servicios, bastará que el demandante acredite que estos fueron prestados de forma personal para que se presuma la existencia de un contrato de trabajo, sin que sea necesario acreditar los otros elementos esenciales de la relación laboral, es decir, que dichos servicios fueron remunerados y subordinados.

Como resulta evidente, esta presunción supone un cambio radical en nuestro ordenamiento jurídico que, de conformidad con la lógica compensadora del derecho del trabajo, se manifiesta en este caso en el proceso laboral. En tal sentido, como señala Sanguineti, la presunción de laboralidad opera como un mecanismo de garantía de “la aplicación de las normas laborales, haciendo frente a los intentos evasivos que en ese ámbito pueden producirse”.<sup>44</sup> Sin embargo, se trata también, al igual que la presunción del artículo 4 de la LPCL, de una presunción *iuris tantum* y, en consecuencia, “susceptible de ser enervada mediante la acreditación, por quien niega para sí la condición de empleador” de la inexistencia de tales servicios o que, habiéndose estos producidos, la prestación no era de naturaleza laboral.<sup>45</sup> Conforme a lo adelantado, desde una perspectiva procesal se ha producido una inversión de la carga probatoria: ya no es el demandante quien debe cumplir con acreditar todos los elementos del contrato de trabajo porque este se presume, sino que, por el contrario, será la parte demandada quien tiene la carga de probar que la relación presumida como laboral no lo es.

La presunción de laboralidad es una institución que tiene acogida en el derecho comparado. No son pocas las legislaciones laborales que la establecen, aunque también su origen puede encontrarse en la jurisprudencia (presunción judicial). En este extremo conviene destacar una figura similar de creación jurisprudencial por la Corte Suprema de California en el año 2018: el denominado

---

<sup>44</sup> Sanguineti, “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú”, *Laborem*, n. 3 (Lima: SPDTSS, 2003): 42.

<sup>45</sup> Sanguineti, “La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú”, 45.

“Test ABC”. En el caso *Dynamex*, la Corte estableció que un prestador será independiente sólo si la contraparte a la que se imputa la calidad de empleador demuestra que el trabajador a) está libre de control y dirección sobre la forma en que se presta el servicio; b) realiza una actividad que está fuera del giro usual de la empresa; c) se dedica habitualmente de forma independiente a un oficio, ocupación o negocio de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad.<sup>46</sup> Como se aprecia, el indicado test parte también de la base de una presunción de laboralidad que puede ser desvirtuada, pero establece unos hechos concretos que debe probar la parte demandada si quiere desacreditar la naturaleza laboral de los servicios. Se distancia así de la presunción de laboralidad de nuestra legislación, la cual sólo exige al demandante acreditar el carácter personal de los servicios realizados para que se presuma la existencia de una relación laboral y no le impone al demandado una forma concreta de materializar dicho ejercicio probatorio.

Otro ejemplo en la experiencia comparada de esta clase de presunciones podríamos encontrarlo en la legislación española. La denominada “Ley Rider”, aprobada a mediados del 2021, modificó el Estatuto de los Trabajadores para incorporar una presunción de laboralidad en los siguientes términos: “se presume incluida en el ámbito de esta ley la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen 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”.<sup>47</sup> No obstante, como se aprecia del texto de la norma, no parece que estemos ante una presunción de laboralidad en toda regla, porque como advierte Sanguineti, en buena cuenta se exige acreditar la presencia de todos los elementos del contrato de trabajo para que recién se reconozca la naturaleza laboral de los servicios prestados por

---

<sup>46</sup> Véase la sentencia completa en: <https://scocal.stanford.edu/opinion/dynamex-operations-west-inc-v-superior-court-34584>.

<sup>47</sup> La aprobación de esta norma generó cierto descontento en los actores sociales, en particular en un sector de los repartidores que preferirían ser considerados como trabajadores autónomos. Véase: <https://www.youtube.com/watch?v=ppqbEZHT2IY>.

los repartidores de plataformas.<sup>48</sup> En cualquier caso, habría que destacar la intención del legislador español de incluir expresamente a estas nuevas formas de trabajo dentro de su ámbito de tutela.

Por lo demás, la consecuencia lógica de que la parte demandada no cumpla con desvirtuar la presunción de laboralidad es que esta quede firme. No obstante, a tenor de lo resuelto por los tribunales laborales peruanos, cabe preguntarse si es suficiente acreditar la prestación personal de servicios para que opere la presunción de forma automática. Y es que la Corte Suprema ha precisado que la aludida presunción no exime al juzgador de analizar debidamente los medios probatorios aportados por el demandado destinados a destruirla.<sup>49</sup> Siguiendo tal línea jurisprudencial –en una posición que podría suponer el debilitamiento de dicha presunción<sup>50</sup>–, se ha afirmado que se trata de un medio establecido en la norma procesal para facilitar la probanza de la existencia de la relación laboral, “pero no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales de carácter laboral de la relación bajo discusión”, y que deben ser exigidos por el juez a los trabajadores que la invoquen.<sup>51</sup>

Frente a tal escenario, coincidimos con Fajardo en que el argumento utilizado por la Corte Suprema “no resulta razonable pues la finalidad de esta institución es precisamente aligerar la carga probatoria del demandante de tal forma que él no tenga que demostrar la existencia de los elementos de remuneración y subordinación (...). Ergo, lo correcto es que el demandante sólo debe probar que prestó servicios personales para que el juez deba presumir que la relación bajo discusión es de carácter laboral y de duración indeterminada”.<sup>52</sup> Sin duda, el establecimiento de la presunción de laboralidad no impide que el

---

<sup>48</sup> Wilfredo Sanguinetti, La presunción de laboralidad de los riders o cómo se consiguió la cuadratura del círculo de la laboralidad (2021), disponible en: <https://wilfredosanguinetti.wordpress.com/2021/05/15/la-presuncion-de-laboralidad-de-los-riders-o-como-se-consiguio-la-cuadratura-del-circulo-de-la-laboralidad/>.

<sup>49</sup> Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral N° 608-2017-Lima.

<sup>50</sup> Boza, Derecho del Trabajo (Lima: PUCP, 2020), 40.

<sup>51</sup> Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente de la Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral N° 14440-2013-Lima; Segunda Sala de Derecho Constitucional y Social Transitoria de la Corte Suprema de Justicia, Casación Laboral N° 608-2017-Lima.

<sup>52</sup> Fajardo (2016: 338).

demandante aporte prueba sobre la naturaleza de la relación contractual, pero eso no significa que esté obligado a hacerlo. La ley es clara en el establecimiento de la presunción y del presupuesto que ha fijado para su aplicación. Lamentablemente, la jurisprudencia citada vacía de contenido y de utilidad la presunción en cuestión.

## **b) Los indicios**

Esta suerte de empobrecimiento o aniquilamiento de la presunción de laboralidad nos conduce entonces a tener que acudir a otros medios procesales para determinar la naturaleza laboral de la relación contractual. Y en el ámbito del derecho del trabajo, y del proceso laboral concretamente, el uso de los indicios cumple un papel gravitante en esa tarea. Es de sobra conocida la multiplicidad de casos en los que no se aprecia con claridad la existencia de la relación laboral y, precisamente en estos casos, la presencia de determinados indicios, a partir de hechos o circunstancias concretas<sup>53</sup>, usados de manera articulada con el principio de primacía de la realidad -que trataremos más adelante-, nos permite inferir o identificar la existencia de algo que no es evidente o que no queda claro de manera directa, otorgándole a la relación contractual la verdadera naturaleza que le corresponde.

Hay ciertas características que han acompañado durante mucho tiempo a la relación laboral -como la jornada completa y continua de trabajo, la indeterminación del plazo del contrato, la exclusividad, o el desarrollo de la actividad en las instalaciones del empleador-, y que fueron calificados por la doctrina como elementos típicos del contrato de trabajo<sup>54</sup>; y si esas características o elementos están presentes en un caso concreto, contribuyen a identificar “una relación como laboral, cuando alguno de los elementos esenciales (en especial, la subordinación) no está plenamente acreditado”.<sup>55</sup> Es

---

<sup>53</sup> La Nueva Ley Procesal de Trabajo, en su artículo 23.5, precisamente establece que “Los indicios pueden ser, entre otros, las circunstancias en las que sucedieron los hechos materia de controversia y los antecedentes de la conducta de ambas partes.”

<sup>54</sup> Véase por todos: Javier Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo* (Lima: PUCP, 2016), 45-46.

<sup>55</sup> Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 45-46.

decir, dichas características cumplen la función de ser rasgos o indicios de laboralidad de la relación de trabajo. Sucede, sin embargo, que hoy en día algunas de esas características ya no están presentes, o no lo están con tanta claridad en algunas relaciones de trabajo.

Esto se refleja, precisamente, en las particularidades del servicio prestado a través de plataformas digitales, pues, en gran medida –como se aprecia en el siguiente cuadro–, están ausentes en esta nueva forma de empleo, tornando inocua su función de servir como indicios de laboralidad de cara concluir si en tal supuesto estamos o no ante un contrato de trabajo.<sup>56</sup>

<b>¿Por qué no es posible concluir la naturaleza laboral del trabajo realizado en las plataformas digitales offline a partir de las notas típicas e indicios tradicionales de laboralidad?</b>	
Elemento típico / indicio de laboralidad	Manifestación en plataformas digitales
Jornada completa y continua	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Los repartidores y/o conductores deciden, en principio, la duración de su jornada y el horario de trabajo (cuándo conectarse y cuánto trabajar).</li> <li>▪ El servicio se presta a través de microtareas, las que no necesariamente deben ejecutarse de forma continua.</li> </ul>
Duración indeterminada del contrato	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ La relación entre la plataforma y el conductor y/o repartidor se limita a la ejecución de cada microtarea.</li> <li>▪ La plataforma puede dar de baja al repartidor y/o conductor en cualquier momento y si justificación alguna.</li> </ul>

<sup>56</sup> Esta es una situación, como señala Sanguineti, que ya podía advertirse en los años noventa como consecuencia del avance de la tecnología y de un mundo globalizado que impusieron grandes cambios en la organización de las empresas y en la forma de realizar el trabajo, contribuyendo “a abrir nuevas interrogantes sobre la aptitud de las notas típicas de la laboralidad, y en particular de la subordinación, para seguir cumpliendo su rol en la etapa postindustrial que se abría entonces” (2020: 2).

<p>Exclusividad del empleador</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ Los repartidores o conductores comúnmente utilizan más de una plataforma.</li> </ul>
<p>Prestación en el local de la empresa</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>▪ No existe un lugar fijo para la prestación del servicio.</li> <li>▪ La actividad es deslocalizada, se realiza “en la calle”.</li> <li>▪ Los repartidos y/o conductores suelen elegir la zona geográfica en la cual prestan sus servicios.</li> </ul>

Vistas así las cosas, y como ya ha ocurrido en ocasiones anteriores, será necesario replantear el “método indiciario”, adecuando indicios anteriores o acudiendo a otros nuevos que ayuden a determinar cuándo estamos o no ante una verdadera relación de trabajo.<sup>57</sup> Y, en ese sentido, una referencia obligada es la Recomendación 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, que ofrece diversas alternativas de cara a acreditar la existencia de una relación de naturaleza laboral. Las recomendaciones constituyen un bloque importante del ordenamiento internacional del trabajo y, aunque no tengan carácter vinculante, como recordaba Ermida<sup>58</sup>, son -entre ellas muy especialmente la 198- “orientaciones para los jueces a la hora de solucionar casos concretos”, de modo tal que “los tribunales laborales pueden aplicar la recomendación (así como cualquier otra), tanto en la integración del derecho (en caso de vacío legal) como en la interpretación de las normas vigentes”.<sup>59</sup>

La citada Recomendación apuesta porque los Estados miembros cuenten con una política nacional que garantice una protección efectiva de los derechos

<sup>57</sup> Sanguineti, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, (2020), 2-3.

<sup>58</sup> Sin duda, es en sede judicial donde una recomendación de la OIT puede desplegar toda su impronta interpretativa, lo que se puede corroborar en la jurisprudencia comparada. Véase en Uruguay, por ejemplo, la sentencia del Tribunal de Apelaciones de Trabajo (1ºT) en la causa Queimada, E contra Uber. El Tribunal confirmó la relación laboral de los conductores apoyándose en que: “*El material normativo como herramienta utilizada para encartar o descartar los hechos como una relación de trabajo o como otra forma de comprometer trabajo, hoy por hoy en Uruguay, se encuentra representado por la Recomendación n. 198 de OIT*”, (Sentencia N° 89/2020, fundamento 4.4.2.2.).

<sup>59</sup> Oscar Ermida, “La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”, Relats, acceso el 10 de marzo de 2021, <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>.

laborales de las personas que ejercen su actividad en el marco de una relación de trabajo<sup>60</sup>, y que combata las relaciones de trabajo encubiertas bajo la apariencia de acuerdos contractuales no laborales con el propósito de ocultar la verdadera situación jurídica de dicha relación.<sup>61</sup> Para tal efecto, las legislaciones nacionales deberían contar con mecanismos que permitan determinar la existencia de una relación laboral<sup>62</sup>, como el establecimiento de un número amplio de indicios o la consagración de una presunción legal de existencia de una relación de trabajo, a partir de la presencia, precisamente, de uno o más de esos indicios.

Entre los indicios específicos que propone la indicada Recomendación, y que en nuestro país han sido recogidos en parte por la jurisprudencia del Tribunal Constitucional<sup>63</sup>, se encuentran algunos que podrían identificarse como elementos esenciales del contrato de trabajo. Uno de dichos indicios sería, por ejemplo, que el trabajo sea “ejecutado personalmente” (prestación personal); que esté sujeto al pago de “una remuneración periódica” (remuneración); o que se realice “según las instrucciones y bajo el control de otra persona” (subordinación). A estos se suman otros indicios, como i) la integración de la persona que presta el servicio en la organización de la empresa; ii) que el trabajo requiera de la disponibilidad del prestador del servicio e implique el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona para quien se realiza; iii) que la retribución que percibe quien presta el servicio constituya su única o principal fuente de ingresos; iv) que se le reconozcan al prestador del servicio beneficios de naturaleza laboral, como descansos semanales o anuales; o que el riesgo del trabajo lo asuma quien se beneficia del mismo.

---

<sup>60</sup> Recomendación 198 (artículo 1).

<sup>61</sup> Artículo 4.b de la Recomendación 198.

<sup>62</sup> Artículo 11 de la Recomendación 198.

<sup>63</sup> Véase la STC, Exp. N° 03917-2012-PA/TC, que señala lo siguiente: "Pues bien, para determinar si existió una relación de trabajo encubierta entre las partes mediante un contrato civil, este Tribunal debe evaluar si en los hechos se presentó, en forma alternativa y no concurrente, alguno de los siguientes rasgos de laboralidad: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración de la demandante en la estructura organizacional de la emplazada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración a la demandante; y, g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones de salud (fundamento 24)".



Como ya se ha expresado en otra oportunidad, no se trata de una propuesta de *numerus clausus* o lista cerrada de indicios, sino simplemente de una enumeración que se hace a título ejemplificativo. En consecuencia, a partir de las consideraciones de cada caso podrán presentarse otra clase de indicios o signos, que bien siendo nuevos o que simplemente supongan un *aggiornamento* o reinterpretación de los ya conocidos, ayuden a la determinación de la relación de trabajo.<sup>64</sup>

### **c) Indicios laborales en el trabajo prestado en las plataformas digitales**

Precisamente, las características del trabajo realizado a través de las plataformas digitales de servicios de transportes de pasajeros y de mercancías son un espacio para reflexionar sobre el reconocimiento de nuevos indicios o la redefinición de algunos indicios ya establecidos, bien por la doctrina<sup>65</sup>, la jurisprudencia<sup>66</sup> o la normativa internacional del trabajo.

De lo expuesto anteriormente, consideramos que podemos movernos en tres escenarios. En primer lugar, resultan aplicables algunos de los indicios que están recogidos expresamente en la Recomendación 198 OIT. Así, para empezar, hay que tener en cuenta que el trabajo que se realiza a través de una plataforma digital supone claramente una prestación personal y, además, que el pago de la retribución de cada tarea realizada se efectúa por intermedio de la propia plataforma. En este punto habría que advertir que esta modalidad retributiva de micro pagos es una forma de salario a destajo que evita el tiempo muerto<sup>67</sup> y el consiguiente pago por el tiempo que el prestador se encuentra a disposición de la plataforma. Esta situación encierra una paradoja, porque

---

<sup>64</sup> Boza, Derecho del Trabajo (Lima: PUCP, 2020), 36.

<sup>65</sup> Sobre el particular: Todolí (2019: 4-6) y Sanguinetti (2020: 1-8). De igual manera, los trabajos de De León y Pizzo (2019: 53-61), Gorelli (2019: 99-105) y Puntriano (2019: 139-141), antes citados.

<sup>66</sup> Al respecto, puede verse para el caso español la sentencia en casación N° 805/2020, de fecha 25 de setiembre de 2020, del Tribunal Supremo que enlistó una serie de indicios para el caso de plataformas digitales.

<sup>67</sup> Gustavo Gauthier, *Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo*. XXVII Congreso: Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria, 2016), 5.



supone, sin duda, un mayor beneficio para las plataformas, que solo retribuyen por la tarea estrictamente realizada; pero, al mismo tiempo, no puede perderse de vista que el contexto de *crowd work* o trabajo de multitud en el que los repartidores y conductores prestan sus servicios tiene un impacto a la baja en el monto de las tarifas que la plataforma les fija y paga por cada encargo. En definitiva, los repartidores y conductores no tienen el poder de negociar su remuneración, y aunque pudieran, el monto de la misma no sería tan alto por el entorno competitivo en el que se desenvuelven.<sup>68</sup> Esto obliga a los repartidores o conductores a aceptar el mayor número posible de solicitudes o encargos a fin de obtener un ingreso digno, lo que cuestiona la libertad de la que supuestamente gozan para decidir cuándo y cuánto trabajan.

Pero tal vez los indicios más relevantes en el caso sean dos que están estrechamente vinculados. Por un lado, la principal herramienta de trabajo la proporciona la empresa propietaria o administradora de la plataforma, que es precisamente el soporte técnico de la propia plataforma para realizar el servicio requerido. Esto supone, al mismo tiempo, la integración del conductor o repartidor en la empresa (plataforma) como única manera de poder brindar el servicio. Al respecto, Todolí acota que no se trata de una coordinación entre plataforma y prestador, sino de la imposición unilateral de reglas por parte de la plataforma que deberá cumplir todo aquel que desee prestar el servicio.<sup>69</sup> Así, el repartidor o conductor no cuenta con “su” propia plataforma para brindar el servicio, sino que precisa de una marca y una plataforma que le son ajenas para trabajar. En esa medida, el aporte del vehículo o teléfono móvil resulta nimio<sup>70</sup> frente a lo que aporta la plataforma, pues, como indica Gorelli, “lo esencial es la plataforma, que no sólo es el mecanismo de intermediación con los clientes, sino

---

<sup>68</sup> León, “Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa” en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, directores Adrián Todolí y Macarena Hernández-Bejarano (Aranzadi, 2018), 124.

<sup>69</sup> Todolí, “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor* 3 (2015), 12

<sup>70</sup> Como indicó el Tribunal Supremo Español (TSE) en setiembre del año pasado: “Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, (...), al margen de la cual no es factible la prestación del servicio (f.21.4).” Sentencia N° 805/2020.

también el instrumento a través del cual se organiza y gestiona la prestación de trabajo”.<sup>71</sup>

Por eso insistimos en que no puede hablarse de un emprendimiento propio de los repartidores y conductores, sino de la inserción de estos en la estructura de un negocio que no es el suyo; de ahí el interés de la plataforma de asegurar determinados estándares de calidad que ayuden a posicionar su marca, como una forma de asegurar, al mismo tiempo, el crecimiento o éxito del negocio. En tal sentido, la jurisprudencia española ha concluido que “es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca”.<sup>72</sup>

En segundo lugar, hay un conjunto de nuevos indicios asociados a este tipo de trabajo<sup>73</sup>, desarrollados a partir de lo señalado en el párrafo anterior. Se pone el énfasis así en la “ajenidad de la marca” que se publicita como consecuencia del servicio prestado. No es la marca o el nombre del prestador el que se promociona sino el de la plataforma, que a esta le interesa que se posicione y consolide para asegurar el éxito del negocio. Como señala Todolí, al utilizar una marca ajena poco importa el trato directo que el trabajador tenga con los clientes, pues quien se beneficiará -o perjudicará- en última instancia es el titular de la marca, lo cual es signo inequívoco de una relación laboral y no de

---

<sup>71</sup> Gorelli, “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo” (Lima: PUCP, 2019), 105. Como contraposición a la postura señalada, se sostiene que el usuario aporta su propio material y que si bien la plataforma facilita materiales, como la caja isotérmica, lo hace por cuestiones de calidad e higiene. Al respecto véase: Sentencia de la Corte de apelación de París, de fecha 20 de abril de 2017.

<sup>72</sup> Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo N° 1818/2019 (fundamento 4, p.11; fecha 25/07/2019). En igual sentido las sentencias del 1° Juzgado de lo Social de Madrid (N° 130/2019) y del 33° Juzgado de lo Social de Madrid (N° 53/2019).

<sup>73</sup> Como se dijo, se trata de una lista abierta que crece con el desarrollo jurisprudencial y doctrinal. Así, por ejemplo, Todolí destaca la reputación online, la propiedad de la información, la capacidad de crecimiento, el know how, la ajenidad de la marca, entre otros (2019: 4-7). Por su parte, la sentencia del TSE N° 805/2020 agrega la fijación unilateral de la remuneración y la existencia de sistemas de evaluación, indicios que también han sido acogidos por la Corte Suprema del Reino Unido en el caso Aslam vs Uber.

autonomía; pero además, como agrega el mismo autor, la interposición de una marca entre el prestador del servicio y el cliente, impide que aquel actúe en nombre propio en el mercado, porque la interacción entre ambos sujetos se hace bajo el “paraguas” de una marca ajena y no propia, como ocurriría con un verdadero autónomo.<sup>74</sup> De otro lado, se habla de la “ajenidad de la información”, en la medida que el ‘*know how*’ del negocio o, lo que es lo mismo, de la información de cómo funciona este (como clientes, rutas, costos, evaluaciones, etc.), y que resulta esencial para poder prestar el servicio, la tiene o maneja de manera exclusiva la empresa propietaria o administradora de la plataforma. Esto es una clara muestra de quién gestiona el negocio y de quién simplemente recibe la información y la aplica para la prestación del servicio (ibídem). En la práctica, el manejo de la información se traduce en una forma de control, poniendo en cuestionamiento la supuesta autonomía de estos trabajadores.<sup>75</sup>

Finalmente, es posible adecuar o interpretar ciertos indicios que denotan, de manera indirecta o solapada, manifestaciones de las facultades de organización, control y sanción del trabajo realizado por los conductores o repartidores. Se ha señalado ya la necesidad del posicionamiento de la marca como parte del éxito del negocio de la plataforma; lo que a su vez lleva a la plataforma a la necesidad de construirse un nombre en el mercado, de fidelizar clientes, de obtener y mantener altos índices de aceptación por los servicios que presta, y para garantizar esos niveles de confianza en el mercado y los usuarios es que se recurre a determinados sistemas de reputación y evaluación de las tareas.<sup>76</sup> En esa medida, es indispensable que el servicio esté sujeto a determinados estándares de calidad que la plataforma requiere controlar. Por eso se pide a los clientes que califiquen a los choferes y repartidores y, a partir

---

<sup>74</sup> Todoli, “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”, *Revista de treball, economia i societat*, n. 92 (2019), 6.

<sup>75</sup> Al respecto, la sentencia de la Corte Suprema del Reino Unido en el caso *Aslam contra Uber*, sostiene que “si es que el conductor, al ser avisado de una carrera, pudiese ver el historial promedio del pasajero, ello le permitiría rechazar a los pasajeros de bajo puntaje que podrían ser considerados como problemáticos. Sin embargo, el conductor no es informado del destino del pasajero hasta que este no ingresa al vehículo y, consecuentemente, ya no tiene la oportunidad de rechazar la carrera en el supuesto que no quiera manejar a ese particular destino” (f. 96, p. 29 traducción libre).

<sup>76</sup> Mercader, “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad” en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado* (Aranzadi, 2018), 163.

de esas evaluaciones, lo que supone una forma de control indirecto, y de la información que se tiene del rechazo de las solicitudes de servicios, se establecen rankings y algoritmos que permiten a las plataformas realizar el reparto de las rutas y los encargos según sus necesidades, prefiriendo implícitamente a unos conductores y repartidores respecto de otros.<sup>77</sup> Como indica Gorelli, ello demuestra “no solo que se cuenta con un sistema de control *a posteriori*, sino también que existe un ejercicio del poder sancionador por parte del empresario”.<sup>78</sup> En la práctica, este sistema de premiación y penalización en la asignación de pedidos demuestra que la supuesta libertad de los trabajadores en la elección de horarios y pedidos no es real.<sup>79</sup>

Desde nuestro punto de vista, estamos aquí ante auténticas manifestaciones de la organización y sanción de la actividad de los prestadores, que incluso llevan a la desconexión o baja de los choferes y repartidores del aplicativo sin que se requiera justificación alguna, lo que equivaldría a una suerte de despido digital.<sup>80</sup>

Todas estas, en definitiva, son nuevas formas (indirectas) de entender la subordinación, diferentes a la tradicional, que relativizan, por cierto, la libertad que, en principio, tienen choferes y repartidores de fijar turnos y horarios de trabajo, y de rechazar encargos, pero que exigen, al mismo tiempo, redefinir las técnicas de subordinación, así como sus características, a esta nueva realidad del trabajo.<sup>81</sup>

---

<sup>77</sup> Como señala la Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Oviedo Nº 1818/2019 (f.21.3): “La empresa ha establecido un sistema de puntuación que, entre otros factores, se nutre de la valoración del cliente final. El establecimiento de sistemas de control de la actividad productiva basados en la valoración de clientes constituye un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo.” En similar sentido se pronunció el Tribunal del Reino Unido en el caso *Aslam*, en referencia al sistema de calificación efectuados por los clientes: “La cuestión no reside determinar si este sistema de control se encuadra con los intereses comerciales de Uber, sino si coloca a los conductores en una posición de subordinación. Y plenamente lo hace”. *Ibíd.* (f. 97 p. 30).

<sup>78</sup> Gorelli, “Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo” en Sergio Quiñones (coord.), *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario* (Lima: PUCP, 2019), 102.

<sup>79</sup> Sanguinetti, “El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy”, *Trabajo y Derecho*, n. 69 (2020), 7.

<sup>80</sup> En el mismo sentido, De León y Pizzo expresan: “La posibilidad de dar de baja la cuenta de los prestadores del servicio, que las empresas denominan en última instancia ‘rescisión del contrato’, no deja de ser un despido con todas las letras, instituto típico de la relación de trabajo dependiente” (2020: 59).

<sup>81</sup> Rodrigo Palomo, *El trabajo vía plataformas digitales. Estado del debate laboral en Chile*. XXIII Congreso Mundial (Lima: SIDTSS), 557-558.

Como señala el MTPE, ello produce un efecto perverso para los repartidores en la elección de turnos, toda vez que “existe una relación cíclica entre los horarios y los puntos otorgados: si no se toman horas no se reciben puntos, y si no se tienen puntos no se asignan horas”.<sup>82</sup> Este círculo vicioso no hace otra cosa que demostrar que la supuesta autonomía de dichos trabajadores en la realidad no es tal.

En suma, la jurisprudencia comparada y la doctrina han ido identificando un conjunto de indicios que reflejan i) la unilateralidad o asimetría de la relación contractual (las condiciones y el precio del servicio, al igual que las retribuciones de los encargos o tareas realizados los fija la plataforma); ii) que la organización y administración del negocio recae exclusivamente en la plataforma (la marca es de la plataforma, el uso de distintivos por parte de los repartidores y conductores para el posicionamiento de la marca, la información de los clientes de la plataforma, o la inserción de los repartidores y conductores en la organización de la empresa, porque sencillamente sin su trabajo no tendría viabilidad el negocio); iii) que la herramienta principal de trabajo la proporciona la plataforma (el acceso y uso de la plataforma misma); iv) formas de control de la actividad (sistemas de geolocalización, valoración del servicio prestado por los clientes y elaboración de rankings a partir de ella) y un régimen disciplinario respecto de la misma (asignación de encargo y de franjas horarias en función de los rankings, posibilidad de dar de baja a la cuenta sin justificación alguna). Todo lo dicho, en definitiva, son manifestaciones de una relación contractual de naturaleza laboral.

En consecuencia, la presencia de estos nuevos indicios de laboralidad permitirá al juez, en un caso concreto, reconocer en el trabajo realizado en una plataforma digital la existencia de una verdadera relación subordinada y, como tal, amparada por el derecho del trabajo. Sin perjuicio de ello, existen otras herramientas procesales que coadyuvan a la tutela de esta nueva forma de trabajo: las cargas probatorias dinámicas y el principio de primacía de la realidad.

---

<sup>82</sup> Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, *Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma*, 8.

#### d) Las cargas probatorias dinámicas

Como ya hemos indicado, el reparto sobre qué hechos deberá probar cada parte no puede ser ajeno a la realidad, y para lograr este objetivo en ocasiones la ley establece presunciones que suponen una inversión de la carga de la prueba. Sin embargo, en muchos casos puede que esta inversión legal sea insuficiente para tutelar los derechos de la parte más desfavorecida de la relación material, como ha ocurrido, por ejemplo, con el caso de la presunción de laboralidad y su debilitamiento por parte de la jurisprudencia ordinaria. Es frente a esta insuficiencia que nace la teoría de las cargas probatorias dinámicas, la misma que propone que, al interior del proceso y con prescindencia del rol de actor o de demandado que se ostente, la carga probatoria puede ser trasladada a aquella parte que cuente, en el caso concreto, con mejor capacidad para aportar la prueba.<sup>83</sup> Es decir, como sostienen Priori y Pérez Prieto, cuando “el demandante, a pesar de ser el que alega un hecho, no se encuentra bajo ninguna circunstancia en condiciones de probar el hecho que alega, pero la parte contraria sí puede probar en contra de lo alegado, entonces el juzgador deberá invertir la carga de la prueba y solicitarle al demandado que, en vista de su mejor posición sobre el hecho a probarse, es el llamado a probar en contra de lo alegado por su contraparte”.<sup>84</sup>

Así, la teoría de las cargas dinámicas se distingue de las presunciones, toda vez que la inversión de la carga no se produce con anterioridad al proceso, sino al interior del mismo, cuando así lo decida el juez atendiendo a las circunstancias del caso. Claro está, ello no supone una facultad irrestricta del juez que conlleve a la indefensión de alguna de las partes<sup>85</sup>, y es el temor de que esto ocurra una de las razones por las que la indicada teoría no es admitida de

---

<sup>83</sup> Hernández, *Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral*. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal (La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal, 2015), 6.

<sup>84</sup> Giovanni Priori y Roberto Pérez-Prieto De Las Casas, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, *Ius Et Veritas*, n. 45 (2012): 339.

<sup>85</sup> Según Hernández, se trata de una herramienta excepcional y de uso sólo para casos extremo (2015: 7). Por su parte, para Priori y Pérez Prieto, “el reiterado uso de la inversión dinámica de la carga probatoria debería dar lugar a una modificación legislativa en base a la experiencia” (2012: 339).

manera pacífica por la doctrina.<sup>86</sup> No obstante, un sector de la doctrina procesalista comulga con sus postulados al entender que “las cargas probatorias dinámicas están para garantizar el derecho fundamental a probar, ahí cuando la ley incurra en un error, teniendo en cuenta que la realidad siempre supera a la previsión legal”.<sup>87</sup> En el ámbito del proceso laboral, esta teoría ha sido utilizada para resolver conflictos en materia de seguridad social, seguridad y salud en el trabajo, así como despidos discriminatorios.<sup>88</sup>

Creemos que, en el caso de los repartidores y conductores de las plataformas digitales, esta dinamización de las cargas probatorias podría manifestarse como una herramienta adicional que permita dilucidar la real naturaleza subordinada de estos servicios. Así, por ejemplo, ante la imposibilidad de un repartidor para acreditar el registro de horas laboradas o el criterio para la asignación de pedidos, la carga probatoria puede ser trasladada a las plataformas que, precisamente –como se ha visto– por el manejo de la información que poseen para la administración del negocio, son quienes en mejor condición están para probar estos hechos.

### **e) La actuación del principio de primacía de la realidad**

Finalmente, una breve referencia al principio de primacía de la realidad como herramienta esencial recogida por nuestra legislación<sup>89</sup> y jurisprudencia<sup>90</sup> para calificar la verdadera naturaleza de los servicios prestados a través de plataformas digitales. Es de sobra conocido entre nosotros que este principio faculta y exhorta al juzgador a atribuir las consecuencias jurídicas de aquello que constata en el plano fáctico, con prescindencia de la calificación formal que las partes realicen al respecto. Debemos recordar que los “términos y condiciones del servicio” redactados y utilizados por las plataformas digitales, que son la base de las relaciones contractuales celebradas entre las partes, niegan cualquier

---

<sup>86</sup> Al respecto véase Ferrer (2019: 53 y ss.).

<sup>87</sup> Priori y Roberto Pérez-Prieto De Las Casas, “La carga de la prueba en el proceso laboral”, 339.

<sup>88</sup> Hernández, *Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral*, 11.

<sup>89</sup> Artículo 2.2 de la Ley N° 28806 y artículo 40 de la Ley N° 27809.

<sup>90</sup> Véase por todas: STC, Exp. N° 1944-2002-AA/TC, fundamento 3.



vínculo laboral con sus repartidores o conductores, y les atribuye a estos la categoría o condición de “socios conductores”, “riders”, “repartidores independientes”, “intermediarios comerciales” o “simples mandatarios”. Frente a estas calificaciones conviene recordar también lo señalado por Neves: “(...) ante cualquier situación en que se produzca una discordancia entre lo que los sujetos dicen que ocurre y lo que efectivamente sucede, el derecho prefiere esto sobre aquello”.<sup>91</sup> De esta manera, el principio de primacía de la realidad permite prescindir de los rótulos y analizar la verdadera naturaleza de los servicios que en la práctica se evidencia, y si en los hechos se constata la inexistente o aparente autonomía de los repartidores y conductores, el juez deberá reconocer la relación laboral entre las partes. En consecuencia, el indicado principio, de la mano con las anteriores herramientas procesales descritas en el presente artículo, opera como una llave de cierre de la facilitación probatoria de la naturaleza laboral del trabajo realizado a través de las plataformas digitales *offline*.

## 5. La reforma pendiente en el Perú y una reflexión final

Desde hace algunos años se viene discutiendo en el Perú sobre la necesidad de contar con una norma que regule de manera expresa el trabajo realizado a través de las plataformas digitales *offline*. Así, desde el año 2019 a la fecha, se han presentado cinco proyectos de ley con el objetivo general de establecer el carácter laboral del vínculo existente entre los trabajadores (repartidores y/o conductores) y las plataformas digitales.

El último proyecto presentado –lo cuatro anteriores fueron encarpetados– es el 018-2021-CR, que recoge las recomendaciones del Informe Final del Grupo de Trabajo, reconoce la categoría de trabajadores a las personas que presten el servicio de reparto, mensajería y movilidad, mediante plataformas digitales que gestionen el servicio por medio de aplicativos móviles y que se registren como personas jurídicas en el territorio peruano. Asimismo, en este proyecto se plantean una serie de definiciones de lo que se entiende por plataforma digital,

---

<sup>91</sup> Neves, *Introducción al Derecho del Trabajo*, 41.



aplicativo móvil, titular de la plataforma digital y el trabajador de plataforma digital. Sobre el régimen laboral, se establece que estarán sujetos al régimen laboral de la actividad privada; y sobre el contrato de trabajo, se señala, entre otros aspectos, que la remuneración debe fijarse respecto a las tarifas establecidas por las plataformas en base al kilometraje, tiempo de espera, precio base y bono. Adicionalmente, se propone que el titular de la plataforma digital contrate a favor de sus trabajadores seguros que cubran los supuestos de accidentes personales, invalidez temporal, invalidez total y permanente, responsabilidad civil por daños ante terceros y muerte; además de contar con seguro de salud.

Asimismo, esta propuesta normativa incorpora algunos temas que no se encontraban contemplados expresamente en las anteriores propuestas normativas, como la protección frente a actos de hostigamiento sexual y/o discriminación, y la recomendación a la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral – SUNAFIL, de que elabore un protocolo ad hoc para la fiscalización de los trabajos brindados a través de las plataformas digitales.

No obstante, hasta el momento no se ha llegado a nada concreto y será difícil obtener el consenso necesario en un Congreso de mayoría conservadora en lo político, y neoliberal en lo económico, y que probablemente sigue creyendo que “las leyes naturales del mercado” son suficientes para generar el bienestar de la sociedad. Por eso, desde ese sector se postula que los servicios prestados a través de las plataformas digitales son autónomos, porque así lo han decidido libremente las partes, y que el reconocimiento de derechos laborales a las personas que los brindan incrementaría los costos del servicio, los que serían trasladados a los usuarios finales, con el perjuicio que ello supondría para estos; incluso para los propios repartidores y conductores que verían afectados sus ingresos y hasta podrían perder sus puestos de trabajo generados gracias a los avances de la tecnología digital. Y claro, desde dicha óptica, lo aconsejable sería dejar las cosas como están.

Sin duda que la tecnología y su permanente evolución han sido un factor determinante en el progreso de la humanidad, y en la creación de distintas y nuevas formas de empleo, como la que se ha analizado en el presente artículo.

Pero el problema no está en la tecnología, sino en cómo evitar el uso que se le pueda dar a esta para oprimir al ser humano. Por eso, la frase de Neves, de que “la técnica importa, pero más que ella, el hombre”<sup>92</sup>, nos permite recordar la que creemos es la función del derecho, y del derecho del trabajo en particular: la centralidad que ocupa la persona humana como sujeto de derecho y el necesario respeto a su dignidad e integridad. En el ámbito de las relaciones laborales esta idea tiene una importancia manifiesta, pues si bien el derecho del trabajo tiene como objeto de estudio las prestaciones subordinadas de servicios, no puede perderse de vista que el centro de gravedad de esta disciplina jurídica, y a quienes brinda su tutela, son personas de carne y hueso que cuentan con su propia fuerza de trabajo como única o principal herramienta para procurarse los medios que requieren para vivir.

## 6. Conclusiones

- El uso y desarrollo permanente de las TIC nos ha conducido a la era de la digitalización y automatización, irrumpiendo nuevas formas de empleo; entre ellas: el trabajo prestado a través de plataformas digitales. Estas formas de trabajo han puesto en evidencia un entorno de precariedad y la afectación de diversos derechos laborales y no propiamente laborales o de ciudadanía laboral.

- Las particularidades del trabajo prestado a través de plataformas digitales, como la aparente libertad de los repartidores y conductores para decidir cuánto y cuándo trabajan, han permitido a las plataformas construir un discurso sobre la autonomía con la que aquellos prestarían sus servicios, y mantener así una cerrada negativa a reconocerles naturaleza laboral, en lo que constituiría una nueva forma de huida del derecho del trabajo.

- Las notas típicas que acompañaron al contrato de trabajo durante mucho tiempo, como la jornada completa y continua de trabajo, o la prestación del servicio en las instalaciones de la empresa, no están presentes en el trabajo realizado a través de plataformas digitales, por lo que carecen de utilidad como

---

<sup>92</sup> Ver el texto completo en: <https://agendamagna.wordpress.com/2009/01/22/discurso-de-javierneves-mujica-ceremonia-de-graduacion-en-pucp-derecho/>.

indicios de laboralidad de dichos servicios. Esto, sin embargo, no supone que los conductores y repartidores de tales plataformas califiquen como auténticos trabajadores autónomos.

- Independientemente del rótulo de autonomía que las plataformas otorgan a estas nuevas formas de empleo, el uso de ciertas herramientas probatorias puede coadyuvar a la pronta tutela de una multitud de personas que actualmente viven un escenario de precariedad laboral. Así, por ejemplo, el principio de primacía de la realidad, plenamente asentado en nuestro ordenamiento jurídico, permite reconocer como auténticas relaciones de trabajo a aquellas situaciones que en el plano fáctico cumplen con ser prestaciones personales, remuneradas y subordinadas, como ocurre con frecuencia en el caso de diversas plataformas digitales *offline*.

## Bibliografía

- BLANCAS BUSTAMANTE, C. (2020). El poder de dirección del empleador y las nuevas tecnologías. El Derecho del Trabajo y la Seguridad Social en época de cambios. IX Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Lima: SPDTSS.
- BOZA PRÓ, G. (2020). Derecho del Trabajo, Lima: PUCP.
- BOZA PRÓ, G. (2021). Prólogo del libro de Tino Vargas Raschio (2021). *El trabajo a distancia y su regulación en el Perú*. Lima: Gaceta Jurídica.
- CALDERÓN PAREDES, C. (2019). El impacto de las nuevas formas organizativas propias de la economía basada en medios tecnológicos en el mundo del trabajo. THEMIS, núm. 75.
- CROVI DRUETTA, D. (2002). Sociedad de la información y el conocimiento. Entre el optimismo y la esperanza. Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales, vol. XLV, núm. 185.
- CRUZ CAICEDO, M. (2020). Trabajo en línea en las plataformas digitales: Condiciones para lograr el trabajo decente. Tesis doctoral. Universidad Externado de Colombia: Bogotá.
- DE LEÓN, L. y PIZZO, N. (2019). Trabajo a través de plataformas digitales. Análisis del fenómeno en Uruguay. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- DINEGRO MARTÍNEZ, A. (2021). Delivery y empleo: Diagnóstico sobre las condiciones laborales en las plataformas digitales. Caso de Lima – Perú. Lima: Observatorio de Plataformas
- FAJARDO MORI, M. (2016). La Presunción de Laboralidad en la Nueva Ley Procesal del Trabajo. Derecho & Sociedad, núm. 46.
- FERRER BELTRÁN, J. (2019). La carga dinámica de la prueba. Entre la confusión y lo innecesario. *Contra la Carga de la prueba*. Madrid: Marcial Pons.
- GAUTHIER GUAZZONI, G. (2015). El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano. Revista Derecho del Trabajo, núm 9.

- GAUTHIER GUAZZONI, G. (2016). Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo. XXVII Congreso: Jornadas Uruguayas de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Montevideo: Fundación de Cultura Universitaria.
- GORELLI HERNÁNDEZ, J. (2019). *Plataformas digitales, prestación de servicios y relación de trabajo*. El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario. Lima: PUCP.
- HERNÁNDEZ, M. (2015). Carga dinámica de la prueba. El paradigma de la carga probatoria en el proceso laboral. XXVIII Congreso Nacional de Derecho Procesal. La Plata: Asociación Argentina de Derecho Procesal.
- LEÓN ORDÓÑEZ, G. (2018), "Ausencia de regulación, desprotección y encubrimiento de las relaciones de trabajo, ante las nuevas tendencias de prestación de servicio derivadas de la economía colaborativa" en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, directores Adrián Todolí y Macarena Hernández-Bejarano. España: Aranzadi
- LIZAMA PORTAL, L., & LIZAMA CASTRO, D. (2017). El derecho del trabajo y la economía colaborativa. *Derecho & Sociedad*, n. 49
- MERCADER UGUINA, J. (2018), "La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad" en *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, directores Adrián Todolí y Macarena Hernández-Bejarano. España: Aranzadi
- MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO (2020). Informe final del grupo de trabajo de naturaleza temporal que tiene por objeto analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma.
- MONTERO AROCA, J. (2011). Dos perspectivas complementarias: Derecho y carga de la prueba. En: *La prueba en el proceso civil*. Sexta edición. Navarra: Thomson Reuters.
- NEVES MUJICA, J. (2016). *Introducción al Derecho del Trabajo*. Lima: PUCP

- OIT (2021). World Employment and Social Outlook. The role of digital labour platforms in transforming the world of work. Ginebra.
- PALOMO VÉLEZ, R. (2021). El trabajo vía plataformas digitales. Estado del debate laboral en Chile. XXIII Congreso Mundial, Lima: SIDTSS.
- PRIORI POSADA, G. y PÉREZ-PRIETO DE LAS CASAS, R. (2012). La carga de la prueba en el proceso laboral. *Ius Et Veritas*, núm. 45.
- PUNTRIANO ROSAS, C. (2019). La subordinación en las nuevas plataformas de servicios. *El Derecho del Trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario*. Lima: PUCP.
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2003). La presunción de laboralidad: una pieza clave para el rearme institucional del Derecho del Trabajo en el Perú. *Laborem*, núm. 3. Lima: SPDTSS
- SANGUINETI RAYMOND, W. (2020). El test de laboralidad y los trabajos de la gig economy. *Trabajo y Derecho*, núm. 69.
- TODOLI SIGNES, A. (2015). El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IUSLabor* 3.
- TODOLI SIGNES, A. (2018). “Nuevos indicios de laboralidad en la economía de plataformas virtuales (Gig economy)”, *Papeles de relaciones ecosociales y cambio global*, núm. 140.
- TODOLI SIGNES, A. (2019). El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales. *Revista de treball, economia i societat*, núm. 92.

### **Recursos electrónicos**

- ERMIDA URIARTE, O. (s/f). “La recomendación 198 sobre la relación de trabajo y su importancia para los trabajadores”. *Relats*. Consulta: 10 de marzo de 2021. Disponible en <http://www.relats.org/documentos/EATP.TA.Ermida.pdf>.