

13 de noviembre de 2019
MTSS-DMT-OF-1711-2019

Señora

Ana Julia Araya Alfaro

Jefe de Área.

Comisiones Legislativas II.

Asamblea Legislativa

Estimada señora:

Se hace referencia al oficio AL-CPAS-677-2019, recibido en el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social a las 17:48 horas del 09 de octubre de 2019, por medio del cual se convoca en audiencia el proyecto de ley, denominado **“LEY DE PROTECCIÓN DE LA PERSONA TRABAJADORA DE PLATAFORMAS DIGITALES DE SERVICIOS, MEDIANTE ADICIÓN DE UN NUEVO CAPÍTULO XII AL TÍTULO II DEL CÓDIGO DE TRABAJO, LEY N° 2 DE 27 DE AGOSTO DE 1943 Y SUS REFORMAS”**, expediente legislativo N° 21.567.

Sobre este particular, se manifiesta lo siguiente:

I. Resumen de la iniciativa.

La propuesta de ley sub examine, se compone de 4 artículos, cuyo objetivo es la adición de un nuevo Capítulo XII al Título II del Código de Trabajo, para establecer la regulación - desde la perspectiva laboral- de la utilización de nuevos medios tecnológicos como una nueva

herramienta para la creación de trabajo humano o bien, nuevas fuentes de trabajo; pues “*el internet ofrece por medio de sus plataformas conectar oferentes con demandantes, empleadores con trabajadores, o clientes con proveedores, introduciendo al espectro económico conceptos como economía colaborativa y el crowdsourcing*”.

En el antecedente de la iniciativa se explican ambas figuras, de la siguiente manera: “*la economía colaborativa a la prestación de servicios se refiere a todos aquellos modelos de intercambio económico en los que existe comunicación entre iguales sobre base tecnológica, alrededor de la cual “parece estar creándose una nueva estructura de relaciones económicas que no se basa en la acumulación de posesiones, sino que se soporta en la especialización y/o minimización de los bienes propios, poniendo los mismos a disposición de otros usuarios, vía un intercambio, sea éste o no monetario, lo cual abre las puertas a la transformación de la economía clásica en economía digital.*

Por otra parte, el Crowdsourcing consiste en la prestación de un servicio, tradicionalmente realizado por una persona trabajadora, y descentralizar los servicios en función de un número de personas en forma de convocatoria que desean ofertar sus servicios, realizada a través de una plataforma digital que provee servicios de un concreto tipo de negocio. Héctor Omar García (2019) describe que, en esta modalidad de consumo, son protagónicas las plataformas virtuales “específicas”, que —a diferencia de lo que sucede con las plataformas “genéricas”— no ofician como simples carteleras de anuncios donde los usuarios pueden hallar cualquier tipo de servicio o trabajador, sino vinculan a particulares o empresas que requieren la realización de un servicio que puede ser ejecutado directamente a través de la red (demanda), con personas humanas que están dispuestas a prestarlo (oferta), percibiendo la plataforma un porcentaje por cada prestación de servicios concretada.”

Lo anterior, se indica en la propuesta, tiende a provocar precarización de las condiciones laborales de las personas que deciden trabajar en estas plataformas digitales, lo que viene a generar la necesidad de crear normativa atinente a este nuevo fenómeno de trabajo en protección de los derechos laborales, en virtud de que la legislación existente resulta ser insuficiente para proteger sus derechos laborales individuales y colectivos, así como las contribuciones a las a la seguridad social, favoreciéndose la empresa dueña de la plataforma digital al eludir dichas obligaciones.

El proyecto de ley sometido a nuestra consideración, se presenta como un primer paso legislativo para fortalecer la seguridad jurídica de las personas colaboradoras de las plataformas digitales de servicios.

II- Análisis del Derecho de Fondo que involucra el Proyecto.

Es nuestro interés referirnos al articulado que integra el cuerpo normativo del presente proyecto, sin embargo, de previo, consideramos atinente referirnos a algunos aspectos de derecho de fondo que regula actualmente la legislación tradicional laboral, con respecto al contrato de trabajo, el cual actúa como fuente originaria del otorgamiento de derechos laborales cuando se logra determinar la existencia de la relación laboral, de igual manera, el principio de primacía de la realidad y hacer alusión a jurisprudencia patria desde la perspectiva del contrato de transporte, lo que se complementa con jurisprudencia y doctrina internacional.

1) De los Elementos del Contrato de Trabajo

En materia laboral, indistintamente del tipo de actividad económica de la que se trate, cuando se presenta la duda sobre la naturaleza contractual que liga a una persona física con otra o

con una persona jurídica, necesariamente debe recurrirse al análisis de los elementos típicos del contrato de trabajo, a fin de verificar si se manifiestan en la situación particular que se estudia. **La prestación personal del servicio, la remuneración salarial y la subordinación jurídica** son los tres elementos típicos del contrato de trabajo. La **prestación del servicio refiere a la actividad personal que realiza un sujeto en beneficio o a favor de otro. Por ello, la persona trabajadora no puede ser sustituida, dado que la contratación de ella ha obedecido, en principio, a sus condiciones, destrezas y conocimientos individuales.** La **remuneración salarial es la contraprestación económica a cargo del empleador por el servicio realizado por la persona trabajadora.** Por último, **la subordinación jurídica es el estado de dependencia y sujeción de la persona trabajadora respecto al empleador.** Es la **posibilidad que tiene éste de imponer reglamentos, girar órdenes y velar por su estricto cumplimiento, en virtud de lo cual, expone la doctrina laboral, es el más importante debido a que la relación laboral es eminentemente subordinada.** Esta subordinación puede ser potencial, lo que quiere decir que aunque no se dé, debe existir posibilidad de ejercerla siempre. Como tal, la subordinación jurídica es el elemento distintivo del contrato de trabajo respecto a otras figuras contractuales que presentan también la prestación personal de servicio y una contraprestación pecuniaria.

En uso de estos elementos, el Código de Trabajo define el contrato individual de trabajo en su artículo 18, como aquel en donde una persona se obliga a prestar a otra u otras sus servicios o a ejecutar una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma, presumiéndose la existencia de este contrato entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe.

Así que, si lo que interesa es cotejar si una persona que se desarrolla como trabajador en una plataforma digital de servicios está ligada laboralmente con la empresa dueña de la plataforma, es ineludible el examen de los tres elementos antes citados versus la realidad

concreta que se analiza, pues corresponde a la línea legal, doctrinaria y jurisprudencial para poder arribar a una conclusión.

Se enfatiza en lo concreto de cada situación particular, toda vez que es impropio y arriesgado generar conclusiones que sean aplicables universalmente, **sin antes revisar el caso particular**. En tal sentido, una relación tendrá naturaleza laboral si se manifiesta o presenta, aunque sea en forma tenue o potencial, la subordinación jurídica.

No obstante, esta tarea puede no ser del todo sencilla, pues la variedad de formas de organización empresarial actuales ha hecho que las relaciones típicas laborales de hace varios años, con una estructura vertical jerarquizada, de fácil individualización de las partes de la relación, presenten matices que tornen la subordinación jurídica diluida o casi imperceptible, a veces bajo intrincados esquemas de descentralización productiva, a los cuales se les ha denominado zonas grises. Por ello, la jurisprudencia laboral es una herramienta útil en este esfuerzo, ha venido delineando criterios bajo los cuales se esclarece la naturaleza de una contratación.

Con relación a lo expuesto, el voto 2010-1555, de las 10:26 horas, del 24 de noviembre de 2010, de la Sala Segunda señaló:

“IV.- EN RELACIÓN CON LAS NUEVAS TENDENCIAS QUE AFECTAN AL DERECHO DEL TRABAJO: En adición a lo expuesto en el considerando anterior, en lo tocante a la dificultad que la doctrina y la jurisprudencia enfrentan para determinar la real naturaleza de cierto tipo de vínculos, a los efectos de establecer si es laboral; o, por el contrario, si puede enmarcarse dentro del Derecho Civil o del Comercial; también debe tenerse presente que tal problemática se exagera por cuanto, el Derecho Laboral, en los últimos años, se ha visto afectado por corrientes que

*propugnan la eliminación de lo que algunos han dado en llamar las rigideces del Derecho del Trabajo; por cuanto consideran que éstas impiden el desarrollo y resultan inoperantes ante nuevos sistemas productivos. Se plantean, así, tesis extremas que inclusive sostienen la procedencia de una desregulación. Por otra parte, **los cambios tecnológicos** y los nuevos sistemas de producción, han dado paso a distintas figuras de prestación de servicios, conocidas con el nombre de contratos atípicos; por cuanto, en ellos, se ven desdibujados los elementos característicos de una relación típica de trabajo. El problema es aún mayor, con el proceso de relativización de la noción de subordinación -que constituye el elemento más característico-; lo que produce mayor dificultad para establecer la frontera entre una relación laboral y el trabajo por cuenta propia; pues, en muchos casos, la noción de dependencia no permite abarcar la diversidad de formas que reviste el trabajo por cuenta ajena, **donde en muchas ocasiones las labores se desarrollan por cuenta propia, en cuanto a la forma de organizar su trabajo, pero por cuenta ajena, en cuanto al ámbito directivo y disciplinario.** (LÓPEZ GANDÍA, Juan. Contrato de trabajo y figuras afines, Valencia, Tirant lo blach, 1999, pp. 9 a 12). **Le corresponde entonces al operador jurídico determinar, en cada caso concreto, según las circunstancias particulares que en cada uno se presenten, si se está o no en presencia de una relación laboral.** A esos efectos, deberá realizar la valoración correspondiente, para determinar si lo pactado pretendía disimular la existencia de un contrato de trabajo; o si por el contrario, legítimamente el vínculo jurídico que existió entre las partes no tuvo naturaleza laboral...”* La negrita no corresponde al original.

2) Jurisprudencia de la Sala Segunda con relación a Servicios de Transporte.

Este aparte se dedica a la jurisprudencia laboral de la Sala Segunda cuando se discute la naturaleza jurídica de los contratos de transporte y su diferencia con la contratación laboral.

Debemos aclarar de inicio que no se conocen antecedentes en nuestro territorio de resoluciones judiciales donde se analice la prestación del servicio de transporte a partir de la incursión de plataformas tecnológicas se servicios y empresas similares. Únicamente se tiene noticia de una demanda interpuesta en sede judicial, misma que se encuentra pendiente de resolución.

No obstante, existe jurisprudencia que analiza el contrato de trabajo con relación al contrato de transporte, lo cual consideramos que es de suma importancia para el análisis de esta iniciativa de Ley, en virtud de que la actividad generada por algunas de esas plataformas virtuales propicia servicios de transporte privado y remunerado de personas, de alimentos y de otras mercaderías, hecho que resulta notorio, pues a diario observamos publicidad en los medios de comunicación masivos de nuestro país, por medio del cual las distintas empresas anuncian su actividad económica e invitan a los ciudadanos a utilizar sus plataformas para obtener el servicio particular de interés.

Con este ejercicio, deseamos hacer notar elementos que son analizados por los tribunales de justicia y que más adelante procederemos a recomendar sean incluidos en el texto normativo que pretende establecer el presente proyecto de ley.

En el voto 2009-547, de las 9:25 horas, del 26 de junio de 2009, la Sala Segunda muestra una serie de elementos que ayudarán a revelar la dependencia o subordinación jurídica en una prestación de servicios.

Los elementos son: 1) existencia o no de la prestación personal de servicio; 2) exclusividad en la prestación de las labores; 3) el trabajo debe prestarse en las instalaciones del empresario; 4) la retribución es fija y periódica; 5) sometimiento a jornada y horario; 6) imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado; 7) afiliación a la seguridad social; 8) se proveen

herramientas y materiales de trabajo; 9) debe vestir uniforme o los atuendos deben llevar el logotipo de la empresa. En el mismo voto, para el caso de los trabajadores autónomos se señalan los siguientes indicios: 1) las actividades se realizan por cuenta y riesgo del empresario y 2) no se pagan vacaciones ni aguinaldo.

Aunque es algo extensa, la siguiente cita del voto 2010-1555 que indicamos con anterioridad, brinda un esquema teórico de análisis interesante, que a nuestro juicio puede servir de ejemplo al caso de las personas que deciden trabajar utilizando una plataforma tecnológica de servicios de transporte, pues aunque el estudio es sobre si un transportista es o no trabajador de una empresa no dedicada al transporte a la cual le brinda el servicio, sí delinea elementos a considerar para tener a un chofer como trabajador autónomo o subordinado de la empresa dueña de la plataforma virtual. Haciendo esta importante aclaración, en lo que interesa menciona la Sala Segunda:

*“V.- EN RELACIÓN CON EL CONTRATO DE TRANSPORTE: En el caso que se estudia, se ha establecido por los juzgadores de instancia que la relación entre el actor y la accionada no revistió la naturaleza de un contrato de trabajo, sino que se trató de un típico contrato de transporte. Por ello, resulta importante analizar las particularidades que caracterizan este tipo de contrato y los mecanismos que han sido ideados para diferenciarlo de una normal relación laboral. Tal y como se indicó en la sentencia recurrida, es cierto que la Sala ya se ha ocupado de este tema; y, al respecto, ha sostenido que: “La doctrina laboral ha estudiado el denominado contrato de transporte -no idéntico en sus características a la figura del auxiliar de comercio, denominado porteador y regulado por nuestro Código de Comercio en los artículos 323 y siguientes-, **el cual regula una modalidad de trabajo autónomo o por cuenta ajena, en el cual, el transportista es el encargado no sólo de trasladar la mercancía, sino también de realizar los respectivos cobros y entregar los dineros a la empresa, a***

los efectos de poder establecer el deslinde de éste, respecto de un contrato de naturaleza laboral; lo cual resulta difícil, ante las nuevas modalidades de contratación. **En cuanto a este punto concreto se ha establecido que, el contrato de trabajo, regula el intercambio de servicios por precio, que se realizan en condiciones de dependencia y ajenidad**, sin posibilidad de novación subjetiva en la persona del trabajador. El contrato de transporte, por su parte, regula la obligación que asume un empresario - porteador o transportista- de trasladar de un lugar a otro y custodiar una persona o cosa determinadas, por el medio de locomoción pactados. De esa manera, se desprenden diferencias en el elemento subjetivo; pues, en el contrato de trabajo, el trabajador es insustituible; mientras que, en el de transporte, este elemento puede ser sustituido. El objeto de los contratos también es diferente, **por cuanto en el de trabajo, el contrato hace al trabajador deudor de su actividad y, en el otro, lo que se debe es un resultado**. Luego, también surgen diferencias en el modo, dado que, **en el contrato de trabajo, el trabajador actúa por cuenta y dependencia ajenas y, en el de transporte, el transportista actúa por su cuenta y en régimen de auto organización**. En consecuencia, se ha concluido que **no media relación de trabajo, entre quien realiza el servicio de transporte y el que lo recibe, al estimarse, además, que con la explotación del vehículo, el transportista, busca la obtención de una suma superior a la que le correspondería a un trabajador de su misma categoría profesional y en idéntico sector productivo**. (LUJAN ALCARAZ, José). Repartidores y Mensajeros: ¿contrato laboral o de transporte?, Madrid, Editorial Tecnos, S.A., pp. 11-12). Sin embargo, en la doctrina emanada de los tribunales españoles, tal criterio ha ido variando a través del tiempo e inclusive la situación ha sido regulada por el legislador, de forma tal que se han establecido, por ley, factores objetivos (como el título de propiedad y determinado tonelaje del medio de transporte) para establecer una presunción de exclusión de la laboralidad. Se ha dicho, también, que si el vehículo es aportado por la propia empresa y ésta corre con los riesgos de la flota, relativos al

pago de averías, gastos de mantenimiento, impuestos, seguros, etcétera, se trata de un indicio de la laboralidad. (López Gandía, op.cit., p. 47). En cuanto a este mismo tema, resulta de interés citar a Luján Alcaraz, en cuanto expone los parámetros que deben tomarse en cuenta, al momento de determinar la laboralidad o no de un determinado contrato. A esos efectos, señala que, primero, debe valorarse la naturaleza personal del contrato de trabajo. En éste, no es posible la sustitución del trabajador, por lo que el del carácter personal del contrato de trabajo parece elemento suficiente, para poder deslindar jurídicamente ambas figuras. En el laboral, el empresario adquiere la disponibilidad sobre la energía de trabajo de una persona; en el de transporte, lo que se demanda es el traslado mediante un medio hábil para ello, con independencia de quien dirija el medio. Como segundo aspecto, señala que debe tenerse en cuenta que el transportista obra por cuenta propia. Esto significa que el transportista desempeña el papel de empresario; pues organiza, por su cuenta y riesgo, los factores de la producción para la obtención de un servicio que ofrece. Esto implica, en primer lugar, que él asume todo riesgo que derive de la actividad de transporte, específicamente, que a su cargo se encuentra la amortización, conservación y gastos propios del vehículo, así como los pagos de seguros y las autorizaciones administrativas y que es responsable, ante la empresa, por la carga; sin embargo, estos últimos aspectos, últimamente se han flexibilizado y han querido entenderse como una compensación de suplidos por parte de la empresa y la normal responsabilidad del trabajador, respectivamente. Dentro de este segundo aspecto, se incluye lo relacionado con el lucro empresarial, pues se estima que el empresario busca la obtención de un lucro especial y mayor al que obtendría como trabajador por cuenta ajena; sin embargo, este aspecto en muy poco sirve como indicio de la ajenidad del contrato. Luego, y como último punto dentro de este segundo aspecto, se incluye el de la presencia del vehículo; pues, se venía considerando que, mediante la aportación del vehículo se manifestaba la condición de trabajador autónomo. Sin embargo, este argumento ha variado, en el

sentido de que no existe contrato de transporte, cuando la aportación del vehículo no constituye el elemento definidor y la finalidad fundamental del contrato. Como tercer y último aspecto, debe verificarse si el trabajador es o no miembro de una organización productiva dirigida por otro, por lo que ha de determinarse, con independencia de la presencia del vehículo, si el transportista puede ser calificado como elemento integrante de una organización ajena. Para ello es útil, primero, identificar la actividad propia o principal de la empresa que contrata el servicio de transporte y, segundo, identificar en el desarrollo de la relación, rasgos típicamente laborales. Así, si el objeto de la empresa contratante del servicio es precisamente esa, la del traslado de personas o cosas, la actividad del transportista será laboral. Dentro de los rasgos, típicamente laborales, es fácil apreciar si la relación fue “intuitu personae”, cuando se le niega la posibilidad de ser sustituido a su voluntad. En cuanto a este punto, se considera que no puede considerarse contratado laboral a quien se auxilia en su trabajo, por otra u otras personas. Debe determinarse también la presencia de la nota de la dependencia, lo cual se deduce de circunstancias como las siguientes: a) Cuando el transportista no puede usar su vehículo, la empresa le facilita un medio alternativo de transporte. b) Cuando la empresa colabora con el transportista, en el pago de su vehículo, o lo adquiere de la propia empresa. c) La integración, aunque no sea absoluta, del vehículo entre los elementos reales de la empresa; lo que se logra, por lo general, pintándolo con publicidad de la empresa; la posibilidad de inspección del vehículo por parte de los representantes de aquella y la imposibilidad de ser destinado a otros usos. d) Que las obligaciones asumidas por el transportista, vayan más allá de las tareas normales de transporte. e) Otros elementos que pueden ser tomados en cuenta, para determinar la dependencia son: - que el transportista se encuentre a disposición de la empresa, - que lleve en su vestimenta anuncios de aquella, - que pueda ser sancionado por la dirección de la empresa, para la cual presta el servicio, - que exista sujeción a un horario, - que la libertad concedida al transportista para

organizar su trabajo sea reducida o nula, - que el transportista venga disfrutando de concesiones empresariales típicamente laborales, como las vacaciones, la suspensión del contrato, etc. Por último, en cuanto al elemento típico de la ajenidad, su existencia puede determinarse si al transportista se le retribuye mediante una suma fija; pues no correría riesgo alguno. Se indica, también, que resulta difícil calificar como transportista autónomo a quien no interviene en la fijación del precio. Otra forma de determinar la ajenidad, es aquella que surge cuando la empresa cubre los riesgos que pesan sobre los objetos transportados...” (en ese sentido pueden consultarse las sentencias números 74 de las 9:30 horas, del 31 de enero; 207 de las 9:40 horas, del 6 de abril, ambas de 2001; y 253 de las 10:40 horas, del 24 de mayo de 2002). Expuesto lo anterior, procede determinar la naturaleza de la relación que hubo entre el actor y la demandada.” El resaltado en negrita no corresponde al original.

Nótese la vasta lista de elementos e indicios -que no se agotan ahí- que llevan a una conclusión u a otra, incluso relativizándose en algunos casos dependiendo de la posición doctrinal. La lección que nos deja este extracto del voto, amén de una riqueza interpretativa para nuestro quehacer, **es que la valoración debe hacerse para cada caso concreto**, a fin de confirmar o descartar la presencia de algunos de ellos.

Aspectos a resaltar que deberán ser analizados al menos en los servicios de transporte, corresponden a la propiedad del instrumento de trabajo, es decir, en la mayoría de casos el vehículo, quién se encarga de su cuidado, reparaciones y pago de pólizas; quién asume los riesgos de las labores, daños a las personas o mercaderías; uso de instalaciones, instrumentos o vestimenta de la empresa; libertad en el ejercicio de la actividad; cumplimiento de un horario fijo; resultan ser algunos indicios trascendentales que se deberán analizar por parte de los juzgadores a partir de cada caso particular y el tipo de actividad económica.

Así, si un trabajador es propietario del vehículo que conduce, si es quien asume el pago de las reparaciones del automotor, si es quien paga los derechos de circulación y pólizas, si ejerce su actividad bajo su propio riesgo, si no recibe instrucciones de cómo ejercer su actividad, si no tiene supervisión superior, ni es sancionado, si escoge las horas en que prestará el servicio, la inexistencia de exclusividad para con la empresa que lo agrupa, si no tiene que utilizar logotipos de la empresa, si tiene control sobre su ámbito de acción, sobre su forma de trabajar, dispone en total libertad de sus lineamientos operacionales, para solo citar algunos indicios, es posible que estemos en presencia de un trabajador autónomo e independiente. En sentido contrario, la presunción de laboralidad marcaría el caso respectivo.

3) Jurisprudencia Internacional

La naturaleza jurídica de la relación entre las plataformas electrónicas y los trabajadores que prestan sus servicios por medio de estas plataformas, ha sido tratado por los tribunales de justicia en países como Reino Unido, Francia, España, Estados Unidos y Brasil, analizando cada caso a la luz de lo que en la normativa de cada país se consideran los elementos de la relación laboral y, a partir de ello, se han pronunciado a favor o en contra de dicha relación.

En el Reino Unido, la resolución de primera instancia recaída en el caso Uber, confirmada por la Corte de Apelaciones en noviembre de 2017, utiliza indicios nuevos de laboralidad para concluir que los conductores de Uber poseen un vínculo laboral con la plataforma de servicios. Entre los argumentos empleados cabe resaltar a los siguientes:

- El hecho que los choferes conducen debajo una marca ajena y que además Uber publicita a su marca, no a los conductores o prestadores de servicios. Se indica en la sentencia que resulta complicado entender la coordinación entre empresas al referirse a Uber y a los conductores. Se trataría de la empresa Uber y los empresarios unipersonales (choferes).
- La imposibilidad de los conductores de crecimiento en su negocio. Indica la sentencia que, si los autónomos fueran pequeños empresarios, tendrían al menos potenciales posibilidades de crecimiento, hecho que no se presenta en este caso pues el crecimiento dependerá del incremento de horas de actividad de los choferes.
- La plataforma controla información clave para el desarrollo del negocio.
- Uber puede modificar unilateralmente los términos del contrato.
- La sentencia señala que es ridículo el argumento de que en Londres existan 30,000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma.

Un razonamiento similar, fue recogido por la sentencia del Juzgado N° 33 de Madrid de 11 de febrero de 2019, en la que se sostiene la existencia de una relación laboral entre el repartidor y la plataforma Glovo. Para el Juez, son indicios de laboralidad, que el repartidor sea evaluado mediante medios tecnológicos por Glovo, que aquél necesite la plataforma para trabajar y que desvinculado de la plataforma digital no pueda seguir prestando servicios (plataforma como medio de producción), así como el hecho que el repartidor tiene nulas posibilidades de crecimiento como empresario.

No obstante, también en Madrid y sobre la plataforma Glovo, en Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sección 04 de los Social de 19 de septiembre de 2019 n°715/2019, se dispuso la naturaleza mercantil del vínculo entre Glovo y el repartidor demandante. Los argumentos por la que se declara mercantil la relación son los siguientes:

- La libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad, e incluso dentro de ese periodo, puede no activar la posición de auto asignación, lo que significa que no desea estar disponible, aunque ello le supone cierta penalización en el sistema de puntuación, salvo causas justificadas.
- La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).
- La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características bien del producto a adquirir bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repartidor y cliente.
- La realización personal del rider de la actividad sin tener trabajadores a su cargo, poniendo por su parte los escasos medios materiales que se exigen para el desarrollo de la misma, aquí una moto y un teléfono móvil, con asunción de los gastos de su uso.
- La afiliación a la Seguridad Social a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, lo que supone su previa declaración de que en el desarrollo de su trabajo cumple con los requisitos que tal Régimen exige para estar integrado en el mismo.
- La retribución basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo. Al cobrar también por kilometraje, resulta necesario su comprobación por un geolocalizador.
- No existencia de pacto de exclusividad, siempre con respeto a los límites que marca la propia definición de TRADE, pudiendo compatibilizar las tareas

derivadas de su contrato con Glovo con otras de cualquier naturaleza que pudiera desarrollar con un tercero.

- No necesidad de justificar las ausencias, bastando la mera comunicación.
- Asunción de la responsabilidad del buen fin del servicio (cobrándolo solo si no terminaba a satisfacción del cliente) y asunción frente al usuario/cliente final de los daños o pérdidas que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte.

En Estados Unidos, específicamente en Pennsylvania (juicio Checker Cab Philadelphia v. Philadelphia Parking Auth de 2018), la Corte se decantó por la no laboralidad de la relación y para ello utilizó lo que llaman “Factores de Donovan”, que son:

- El grado del derecho del supuesto empleador de controlar la forma en que el trabajo debe ser realizado;
- La oportunidad del presunto trabajador de obtener ganancias o pérdidas dependiendo de su habilidad gerencial;
- La inversión del presunto trabajador en equipos o materiales requeridos para su tarea, o en el empleo de ayudantes;
- Si el servicio prestado requiere una habilidad especial;
- El grado de permanencia de la relación de trabajo; y
- Si el servicio prestado es una parte integral del negocio del supuesto empleador.

El Tribunal fundamenta lo resuelto en que, si bien los demandantes han aportado pruebas para acreditar algunos antecedentes de una eventual relación laboral, no pudieron demostrar todos los factores que se han mencionado y que permiten configurarla totalmente.

En sentido contrario a lo determinado por la Corte de Pennsylvania, la *Unemployment Insurance Appeal Board* del Estado de Nueva York en julio de 2018, determinó que existe una relación laboral entre Uber y los conductores y que ella permite sostener que estos últimos son trabajadores. La sentencia señala que las extensas prácticas de reclutamiento, entrenamiento y supervisión de Uber, los beneficios que entrega a los conductores bien calificados, las medidas que adopta en contra de aquellos que no cumplen los estándares de la empresa, los sistemas de retroalimentación de los clientes y las advertencias específicas y otras notificaciones emitidas a los choferes y la determinación de tarifas por Uber, permiten sostener que ellos eran trabajadores dependientes y no independientes, por cuanto se encontraban bajo la supervisión, dirección y control de la empresa.

Ejemplos similares pueden encontrarse en países como Brasil, Australia y Francia, en los que tampoco resulta pacífica la determinación de la laboralidad de la relación en este tipo de casos, lo cual dependerá en mucho a cada caso particular y a la preponderancia que el juzgador le atribuye a los rasgos de subordinación y la intensidad con la que cada uno de ellos se manifiesta.

4) Principio de Primacía de la Realidad y su importancia:

Muy relacionado con el tema, y a fin de determinar el tipo de contrato que hay entre dos personas, la misma Sala Segunda destaca y desarrolla el Principio de Primacía de la Realidad, según el cual, es más importante analizar lo que sucede en el día a día de la relación contractual o laboral, que lo establecido en la letra del contrato, que puede ser hasta contradictorio o distante de la realidad. Al respecto, esa Sala, en la misma resolución que se citó previamente señala:

“(...) el Derecho Laboral está caracterizado por una serie de principios propios que marcan o establecen su particularidad respecto de otras ramas del Derecho. Uno de los principios clásicos lo constituye el denominado principio de primacía de la realidad, de conformidad con el cual importan antes y preferentemente las condiciones reales que se hayan presentado, las cuales se superponen a los hechos que consten documentalmente, desde el punto de vista jurídico. En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos” (PLÁ RODRÍGUEZ (Américo), Los principios del Derecho del Trabajo, Buenos Aires, Ediciones Depalma, segunda edición, 1990, p. 243). (...) (Pueden consultarse al respecto las sentencias N° 135 de las 9:30 horas del 8 de marzo y 377 de las 14:28 horas del 23 de mayo, ambas del 2006).”.

*“PRINCIPIO DE PRIMACÍA DE LA REALIDAD. CARACTERES QUE DISTINGUEN LABORES SUBORDINADAS. Según este principio, cuyo contenido está implícito en el artículo 18 del Código de Trabajo, **la verdadera esencia de una relación se debe reconocer a través de los hechos concretos y sus características, antes que a lo dispuesto en el contrato o cualquier otro documento.**”*

De esta forma, el principio de primacía de la realidad resulta indispensable a considerar en la determinación de la naturaleza de la relación contractual existente entre quienes prestan el servicio y las plataformas digitales, ya que será al analizar cada caso concreto que podrá establecerse si forma en que se desarrolla, permite establecer o no la existencia de una relación laboral.

III. Recomendaciones Técnicas sobre el Proyecto de Ley.

Conforme a lo indicado anteriormente y tomando en cuenta que a nivel mundial, la laboralidad de la relación contractual entre los colaboradores y las plataformas digitales de servicios no es un tema pacífico doctrinal ni jurisprudencialmente hablando, debe indicarse, de manera respetuosa, que consideramos apresurado el legislar para establecer una presunción de laboralidad en los servicios prestados para estas plataformas.

Además, nos parece desafortunado que el texto del artículo 134 establezca una excepción para dicha presunción, cuando la persona colaboradora esté asegurada como trabajadora independiente ante la seguridad social del Estado. No consideramos procedente que la norma haga esa salvedad, ya que en todo caso es el principio de primacía de la realidad o lo que es lo mismo contrato realidad, lo que debe prevalecer, sin excepciones y salvedades que incluso pueden representar fraude de ley.

Se reitera que ante las múltiples formas en que puede darse la prestación del servicio en estas plataformas y la presencia de indicios de subordinación e intensidad con que se manifiesten, deberán ser los tribunales de justicia quienes valoren caso a caso si se está o no en presencia de una relación laboral.

Por último, se recomienda que en lugar de legislar para establecer la presunción de la relación laboral en este tipo de servicios, se establezcan pautas no taxativas que orienten al juzgador en su labor de determinar la naturaleza laboral de las relaciones entre trabajadores y las plataformas digitales, como podrían ser: 1) existencia o no de la prestación personal de servicio; 2) exclusividad en la prestación de las labores; 3) la retribución es fija y periódica; 4) sometimiento a jornada y horario; 5) imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado; 6) se le proveen herramientas y materiales de trabajo; 7) debe vestir uniforme o los atuendos o vehículo deben llevar el logotipo de la empresa; 8) recibe instrucciones de cómo ejercer su actividad; 9) es supervisado y puede ser sancionado; 10) no es propietario del vehículo que

conduce ni asume el pago de las reparaciones del automotor, derechos de circulación y pólizas.

IV- Reflexión de Conveniencia y Oportunidad.

Las nuevas formas de prestación de servicios como las que se desarrollan desde plataformas digitales están cambiando el mundo, la forma en que vivimos y, por supuesto, el modo en que trabajamos.

Y ante esto, surge la duda de si la normativa vigente resulta aplicable en este nuevo escenario o si se requiere modificarla en algún sentido para adaptarlo a estas condiciones, lo anterior, ante un panorama donde la subordinación y dependencia, como criterios tradicionales que separan el trabajo en subordinado del independiente, no cubren a las nuevas formas de trabajo.

En cuanto a las posibilidades de una respuesta cierta con miras al futuro, la doctrina y la jurisprudencia internacional no son uniformes en sus propuestas y a nivel nacional tampoco contamos con una línea jurisprudencial clara que permita dilucidar el camino a seguir.

La realidad es que las modalidades de empleo van a seguir cambiando en la medida que aparezcan nuevos desarrollos tecnológicos que generen plataformas para que los usuarios intercambien bienes y servicios, modalidades que dependerán de cada caso particular.

Y es precisamente por lo casuístico que puede resultar el determinar si existe o no relación laboral cuando media trabajo en las plataformas digitales de servicios y al hecho de que el tema no es pacífico doctrinal ni jurisprudencialmente, que la suscrita considera inapropiado

decantarse por el establecimiento a nivel normativo de la presunción de existencia de la relación laboral en este tipo de labores.

V- Conclusión.

Con lo anteriormente desarrollado, la suscrita Ministra de Trabajo y Seguridad Social, deja rendidas con absoluto respeto las recomendaciones técnicas y el criterio solicitado mediante el oficio AL-CPAS-677-209 del 09 de octubre del 2019 al presente proyecto de ley, con la finalidad de que sean tomadas en consideración como una herramienta más en la discusión y votación del mismo.

Atentamente,

Geaninna Dinarte Romero
MINISTRA DE TRABAJO Y SEGURIDAD SOCIAL

FVM/RFG