



FACULTAD DE DERECHO
SECCIÓN DE POSGRADO

**EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU NUEVO ROL ANTE LAS
PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO - HACIA UN
NUEVO STATUS EN LAS RELACIONES LABORALES: EL
TRABAJADOR CON AUTODETERMINACIÓN RESTRINGIDA**

**PRESENTADA POR
LUIS MIGUEL MEDINA GUTIERREZ**

**ASESOR
ANTONIO FERNANDO VARELA BOHORQUEZ**

**TESIS
PARA OPTAR EL GRADO ACADÉMICO DE MAESTRO EN
DERECHO DEL TRABAJO**

LIMA – PERÚ

2021



CC BY-NC

Reconocimiento – No comercial

El autor permite transformar (traducir, adaptar o compilar) a partir de esta obra con fines no comerciales, y aunque en las nuevas creaciones deban reconocerse la autoría y no puedan ser utilizadas de manera comercial, no tienen que estar bajo una licencia con los mismos términos.

<http://creativecommons.org/licenses/by-nc/4.0/>



POSGRADO DE LA FACULTAD DE DERECHO

**“EL DERECHO DEL TRABAJO Y SU NUEVO ROL ANTE LAS PLATAFORMAS
DIGITALES DE TRABAJO -
HACIA UN NUEVO STATUS EN LAS RELACIONES LABORALES:
EL TRABAJADOR CON AUTODETERMINACIÓN RESTRINGIDA”**

**TESIS PARA OPTAR EL GRADO ACADEMICO DE MAESTRO EN DERECHO
DEL TRABAJO**

**PRESENTADO POR
LUIS MIGUEL MEDINA GUTIERREZ**

**ASESOR
Dr. ANTONIO FERNANDO VARELA BOHORQUEZ**

LIMA, PERÚ

2021

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	7
CAPITULO I	9
EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA CRISIS DE SU CENTRALIDAD	9
1.1 Origen y finalidad del Derecho del Trabajo	16
1.2 El Derecho del Trabajo y las nuevas formas de trabajo.....	17
1.3 El contrato de trabajo clásico y su configuración jurídica	22
1.4 Trabajo típico y trabajo atípico.....	23
1.5 Criterios de ampliación del campo de aplicación del Derecho del Trabajo	26
1.5.1 El criterio de la dependencia económica.....	26
1.5.2 Ampliación del criterio de subordinación jurídica.....	27
1.5.3 El criterio de la ajenidad.....	27
1.6 Ámbito de aplicación subjetiva del derecho del trabajo.....	30
CAPITULO II	32
EL DERECHO DEL TRABAJO Y PARADIGMA DE SU ROL ANTE EL NUEVO ESCENARIO MUNDIAL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO “GIG ECONOMY”	32
2.1 Las plataformas digitales.....	32
2.1.1 Clasificación de las plataformas digitales.....	35
2.1.2 Economía colaborativa y economía bajo demanda	37
2.2 Las plataformas virtuales de trabajo - Gig Economy: <i>Crowdwork</i> y <i>Work on demand</i> <i>via apps</i>	42
2.2.1 Características de las plataformas digitales de trabajo.....	46
2.2.2 Ventajas y desventajas de las plataformas digitales de trabajo	47
2.3. La dificultad del encaje del trabajador de las plataformas de trabajo en la configuración del contrato de trabajo	52
2.3.1 Es trabajador subordinado a la luz de la legislación.....	52
2.3.2. Nueva categoría jurídica con asignación selectiva del bloque normativo laboral.	54
2.3.3 Los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo no se encuentran subordinados	54
2.4 El caso UBER	55

2.5 Nuevos indicios de laboralidad en las relaciones de las plataformas virtuales de trabajo.....	57
CAPITULO III	62
EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ETAPA DE LAS RELACIONES LABORALES VINCULADAS A LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO	62
3.1 El trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) en la legislación de España.....	65
3.2 Francia: La Ley sobre Orientación de Movilidad.....	68
3.3 La Ley del Estado de California de los Estados Unidos de Norte América	71
3.4 Directiva de la Unión Europea 2019/1152	74
3.5 Jurisprudencia comparada sobre plataformas digitales de trabajo a demanda	76
3.5.1 España.....	77
3.5.2 Estado Unidos de Norte América– Estado de California.....	86
3.5.3 Francia	88
3.5.4 Argentina.....	90
3.5.5 Uruguay.....	92
CAPITULO IV.....	95
LA NECESIDAD DE UN NUEVO STATUS: EL TRABAJADOR CON AUTODETERMINACIÓN RESTRINGIDA Y SU REGULACIÓN LABORAL	95
4.1 Estado de la cuestión.....	98
4.1.1 Propuestas legislativas	98
4.1.2 Resolución Ministerial N° 163-2020-PRODUCE publicado en el Diario Oficial El Peruano el de 23 de mayo de 2020	101
4.1.3 Informe Final del Grupo de Trabajo de Naturaleza Temporal que analiza la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales y plantea recomendaciones	103
4.2 El ordenamiento jurídico laboral peruano.....	104
4.2.1 Los derechos del trabajo en la Constitución Política de Perú	104
4.2.2 El Tribunal Constitucional y su intervención en las relaciones laborales.....	110
4.2.3 Legislación laboral Nacional.....	114
4.3 El ordenamiento jurídico internacional laboral.....	124
4.4 Rappi en Perú y elementos de configuración del contrato de trabajo a plazo indeterminado a la luz del ordenamiento jurídico laboral, pronunciamientos del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia de la República	135

4.4.1 Elementos del Contrato que evidencian autonomía en la realización de los servicios del Rappitendero.....	140
4.4.2 Elementos del Contrato que evidencian subordinación en la realización de los servicios del Rappitendero.....	142
4.4.3 Del análisis de la relación jurídica entre el Repartidor y Rappi a partir de la LPCL y doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la República – Tribunal Constitucional.....	151
4.5 Informalidad laboral en Perú.....	165
4.5.1 Informalidad laboral y pandemia del Covid -19	172
4.6. La necesidad de una regulación laboral especial para los trabajadores con autodeterminación restringida de las plataformas digitales de trabajo a demanda.	174
CONCLUSIONES.....	196
RECOMENDACIONES	198
ANEXO 1	204

Abstract:

Mediante el uso de la tecnología, plataformas digitales: Gig Economy, es posible realizar trabajo *ondemand* o bajo demanda vía apps offline, en el mismo lugar físico, donde se encuentre el trabajador y usuario, quien requiere el servicio. Es en este contexto es que el derecho del trabajo se enfrenta a este nuevo modelo de organización empresarial que actualmente no alcanza a regular. Se observa que estos trabajadores de las plataformas digitales no tienen pisos mínimos de derechos laborales, esto es jornada máxima de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social, previsional y otros. En el escenario descrito la razón histórica del Derecho del Trabajo que tiene como función compensar y equilibrar la relación entre trabajador y empleador resulta trascendental en la búsqueda de una solución adecuada frente a esta relación basada en la libertad contractual con el objeto de poner “fin a las desigualdades generadas por su irrestricta aplicación”¹ a través de la intervención estatal materializada en las normas jurídico laborales y la organización colectiva de dichos trabajadores, las cuales otorgarán derechos a la parte débil limitando de esta forma el condicionamiento absoluto del empleador sobre la relación laboral. Así, el presente trabajo intenta brindar una respuesta desde el Derecho del Trabajo a las nuevas formas de organización empresarial, a fin de establecer un marco jurídico claro que contribuya a la seguridad jurídica y a la vez a la gestión eficaz de las relaciones entre los agentes que intervienen, en busca de encontrar equilibrio entre los nuevos modelos flexibles de organización sobre la base de la aplicación de los derechos fundamentales laborales para estos últimos reconocidos en los instrumentos internacionales y normativa constitucional interna estableciendo una categoría intermedia, el trabajador con autodeterminación restringida, donde se recomienda aplicar un marco jurídico adaptado a este nuevo modelo a partir de la aplicación selectiva de disposiciones del derecho laboral común conservando la flexibilidad laboral que caracteriza al referido modelo.

¹ SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. “El discurso de la crisis y las transformaciones del derecho del trabajo: Un balance tras la reforma laboral de 1994” Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996, N° 165, pág. 28

Palabras clave:

Economía colaborativa: Es aquella donde se encuentran a través de las plataformas digitales un usuario que demanda un bien o servicio y un oferente que satisface esta demanda a través de sus bienes infrautilizados con la finalidad que ambos colaboren con ello, sin buscar un fin lucrativo o relación comercial.

Gig Economy: Trabajos online desde cualquier parte del mundo a través de las plataformas digitales.

Microtasks: Tareas atomizadas entre grupos de trabajadores, mediante convocatorias abiertas a los trabajadores usuarios de estas plataformas para realizar trabajos administrativos y repetitivos de manera remota recibiendo una retribución por cada actividad o tarea realizada; Ondemand: Bajo demanda vía apps offline, en el lugar físico donde se encuentre el trabajador y usuario que requiere el servicio.

Plataformas digitales: Intermediaria entre oferta y demanda de bienes y servicios a través de internet. Las plataformas digitales o virtuales de trabajo: Son aquellas que buscan generar un beneficio económico a través de las transacciones que se realizan mediante la plataforma, donde los usuarios requieren un servicio o bien por el que realizan un pago, y es ejecutado por los trabajadores de la plataforma de manera presencial o remota.

Trabajador: Presta sus servicios a favor de un tercero.

Trabajador subordinado: Pone a disposición del empleador empresario su fuerza de trabajo en subordinación bajo la dirección y fiscalización de aquel.

INTRODUCCIÓN

Las nuevas formas de consumo y producción de bienes y servicios sustentados en el uso intensivo de las tecnologías y comunicación, tal como robótica, inteligencia artificial, bigdata, smartphones, apps, web, algoritmos, entre otros, son una realidad hoy en día e impactan en el modo de realizar el trabajo. Uno de ellos es la *Gig Economy*, donde es posible realizar trabajos *online* desde cualquier parte del mundo a través de las plataformas digitales denominados como *microtasks* o tareas atomizadas entre grupos de trabajadores, mediante convocatorias abiertas a los trabajadores usuarios de estas plataformas para realizar trabajos administrativos y repetitivos de manera remota recibiendo una retribución por cada actividad o tarea realizada; así como, los trabajos *ondemand* o bajo demanda vía apps *offline*, que se ejecutan en el lugar físico donde se encuentre el trabajador y usuario que requiere el servicio.

Es en este contexto es que el derecho del trabajo se enfrenta a estos nuevos modelos de organización empresarial que actualmente no alcanza a regular. Se observa que estos trabajadores de las plataformas digitales no tienen pisos mínimos de derechos laborales, esto es jornada máxima de trabajo, seguridad y salud en el trabajo, seguridad social ni libertad sindical. En el escenario descrito la razón histórica del Derecho del Trabajo como “instrumento de mediación e institucionalización del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital: el *equilibrio estructural* entre los intereses de los antagonistas en juego” (Palomeque, 2014, p.31) resulta trascendental, en la búsqueda de una solución adecuada frente a esta relación basada en la libertad contractual, con el objeto de poner “fin a las desigualdades generadas por su irrestricta aplicación” (Sanguinetti 1994, p. 28) a través de la intervención estatal materializada en las normas jurídico laborales y la organización colectiva de dichos trabajadores, las cuales otorgarán derechos a la

parte débil limitando de esta forma el condicionamiento absoluto del empleador sobre la relación laboral.

Es así que resulta trascendental determinar si los trabajadores en este nuevo modelo de organización realizan sus actividades de manera dependiente y por cuenta ajena, notas características de una relación laboral subordinada; o por el contrario si las ejecutan de manera autónoma y por cuenta propia, o si nos encontramos frente a una nueva categoría de trabajador. Así, el presente trabajo intenta brindar una respuesta desde el Derecho del Trabajo a las nuevas formas de organización empresarial, a fin de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones entre los agentes que intervienen, en busca de encontrar equilibrio entre los nuevos modelos flexibles de organización sobre la base de la aplicación de los derechos fundamentales laborales para estos últimos reconocidos en los instrumentos internacionales y normativa constitucional interna estableciendo una categoría laboral especial, el trabajador con autodeterminación restringida, donde se recomienda aplicar un marco jurídico adaptado a este nuevo modelo a partir de la aplicación selectiva de disposiciones del derecho laboral común.

CAPITULO I

EL DERECHO DEL TRABAJO Y LA CRISIS DE SU CENTRALIDAD

Con la llegada de la cuarta revolución industrial y la Web 4.0, las nuevas formas de consumo y producción de bienes y servicios sustentados en el uso intensivo de las tecnologías y comunicación que traen consigo, tal como robótica, inteligencia artificial, bigdata, smartphones, apps, web, algoritmos, entre otros, se impacta profundamente en el modo de organizar y realizar el trabajo. Lo anterior no sólo repercute en el cambio de organización del trabajo sino también en la eliminación de puestos de trabajo, lo que se acentúa más como consecuencia de la evolución de la robótica e inteligencia artificial. Por ejemplo, la empresa americana Tesla, en la fábrica ubicada en California cuenta con procesos de producción de autos eléctricos automatizados a partir del uso de sensores & IoT, redes de alta velocidad, “Machine Learning & Big Data” y robots automatizados con una mínima intervención humana en la manufactura de estos vehículos. La empresa Wing filial de Alphabet perteneciente a Google en setiembre de 2019 obtuvo la autorización de la administración de los EEUU, Agencia Federal de Aviación, para iniciar el piloto de entrega de paquetes a través de drones en el Estado de Virginia, a partir de octubre de 2019, prestando servicios a FedEx Express y Walgreens. Los drones de 4.5 kilos llevan en los contenedores diseñados para tal fin bienes que pesan hasta 1.3 kilos y los dejan en el jardín o puerta de los usuarios que solicitaron un producto con dichas características.

Según la Organización Internacional del Trabajo (OIT, 2019) “las preocupaciones sobre el trabajo en el futuro giran en torno a si la tecnología desplazará al ser humano en el lugar de trabajo”, así como si los trabajos que se crearán como consecuencia de las nuevas tecnologías serán “decentes”. El presente trabajo analiza las repercusiones de las nuevas tecnologías en la organización y ejecución del trabajo bajo demanda. Precisamente sobre este último aspecto vinculado a las

formas de organizar y ejecutar el trabajo mediante las plataformas digitales la OIT (2019) sostiene que:

Gestionar la mano de obra con algoritmos es una característica que define las plataformas digitales de trabajo. Se ocupa no solo de las plataformas de externalización de microtareas en línea (...), sino también de las plataformas digitales de trabajo “por geolocalización”, a través de las cuales los trabajadores reciben instrucciones para prestar servicios locales, incluidos el transporte (Uber, Lyft), la entrega de comida a domicilio (Foodora, Deliveroo), las reparaciones domésticas (TaskRabbit) y los servicios en el hogar (care.com). La gestión mediante algoritmos de la mano de obra puede definirse como entornos laborales en los que “los trabajos humanos se asignan, optimizan y evalúan mediante algoritmos y datos rastreados (p.9)

Así el trabajo a través de las plataformas, denominado “*Gig Economy*”, posibilita realizar trabajos *offline* u *online*.

El primero *-offline-* denominado trabajo *ondemand* o bajo demanda a través de las plataformas virtuales o vía apps, que se caracteriza por ejecutar el servicio en el lugar físico donde se encuentre el trabajador y el usuario que requiere el servicio. La organización de la prestación de servicios a través de algoritmos se materializa en un lugar geográfico donde se encuentran los demandantes de un servicio y ofertantes de éste. Empresas como Uber, Glovo o Rappi, son las compañías que mediante las plataformas brindan este tipo de servicios, realizando el transporte de personas o bienes de un lugar a otro.

El segundo, *online*, también denominada como *microtask* o *crowdsourcing* consiste en el trabajo que se realiza virtualmente desde cualquier parte del mundo a través de internet, plataformas digitales, mediante la ejecución de tareas atomizadas entre grupos de trabajadores a nivel global. Empresas americanas como Amazon Mechanical Turk, brindan este tipo de servicios realizando convocatorias abiertas a

trabajadores usuarios de esta plataforma alrededor del mundo para realizar trabajos, en algunas ocasiones repetitivos, de manera remota tal como: encuestas, moderación de contenido, investigación, identificación de señales de tránsito en imágenes, transcripción de voz, entre otros. A cambio de ello reciben una retribución por cada actividad o tarea realizada. Ello se debe a que estas tareas son ejecutadas de mejor modo por los seres humanos que por las computadoras.

La tecnología y las plataformas digitales están cambiando a las sociedades y su modo de producción de bienes y servicios y con ello el consumo. En el artículo del Diario Internacional El País (2019) se sostiene que se relega la propiedad al uso en alquiler de bienes, auto, espacios de trabajo, incluso vestimenta, entre otros. Este modo de consumo a través de las plataformas virtuales está cambiando la sociedad en cuanto genera efectos económicos al reducir costos en la utilización de estos bienes en alquiler en lugar que, en propiedad, así como genera un riesgo de precarización en el mercado laboral en tanto los trabajadores de este modelo son considerados independientes o autónomos y no cuentan con derechos sociales o previsionales. En efecto se afirma que:

Las plataformas digitales perpetúan este fenómeno, que impacta de lleno en el modelo económico por su carácter deflacionista –reducción de costos- y el riesgo de precarización en el mercado laboral. También pone contra las cuerdas a las empresas tradicionales, que deben adaptarse con celeridad para seguir siendo competitivas. Y a los Gobiernos, que no pueden dilatar por más tiempo la regulación de la denominada economía de las plataformas.

Es en este contexto, es que el Derecho del Trabajo muestra su crisis de centralidad, pues se enfrenta a estos nuevos modelos de organización empresarial y servicios que actualmente no alcanza a regular. Se observa que estos trabajadores, término que a lo largo del trabajo se entenderá como ocupación humana no subordinada a cambio de una retribución, de las plataformas digitales no tienen pisos mínimos de

derechos laborales. Esto es libertad sindical, negociación colectiva, jornada máxima de trabajo, seguridad y salud en el ejercicio del trabajo y seguridad social.

Es en estos modelos de organización y producción, el post industrial, donde los trabajadores que realizan actividades y prestan su fuerza de trabajo mediante el uso de plataformas digitales y los titulares de éstas, se encuentran extramuros de los límites del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Es este nuevo modelo de organización y producción que no alcanza el ordenamiento jurídico laboral a regular por sus características y matices propios de su organización que difieren al modelo industrial. El cual se consagra como la máxima expresión de la descentralización productiva del sistema *taylorista*, “no obstante, a diferencia de las anteriores manifestaciones del fenómeno, esta vez no se afecta solamente a la forma en que las empresas se organizan y se coordinan, sino que también repercute directamente en cómo se organiza el trabajo, esto es, cómo se presta el servicio por parte del trabajador y cómo se relaciona la empresa cliente final con la persona que presta el servicio” (Todoli, p.3).

Estos trabajadores son denominados por los titulares de las plataformas autónomos, freelancers, colaboradores, socios, independientes, y otras, pues a diferencia de los trabajadores dependientes clásicos no tienen una jornada ni horario de trabajo establecidos por el empleador sino la actividad productiva es realizada por ellos cuando así lo deseen, utilizan sus propias herramientas de trabajo, ejecutan las actividades por su propia cuenta y riesgo, tienen libertad para organizar su trabajo, conectarse a la plataforma y autonomía para una vez conectados aceptar o rechazar un trabajo.

Como correlato adverso de lo anterior, los indicios comunes del trabajo dependiente y por cuenta ajena lo constituyen la asignación al trabajador por el empleador de un centro de trabajo, la asistencia a éste en un horario de trabajo establecido, la ejecución personalísima de las labores, la inserción en la estructura organizativa del empresario quien organiza y dirige la prestación del trabajo a través de la asignación de funciones, controla la correcta ejecución de las mismas y la sanciona la

inconducta o capacidad deficiente del trabajador. Los riesgos de las actividades desplegadas por el trabajador son asumidos por el empresario, a quien el trabajador pone a disposición el bien elaborado o servicio realizado, fijando el precio de ellos y estableciendo su relacionamiento con los usuarios del mercado, además de fijar la remuneración, modo y forma de pago.

Se ha pasado del sistema de organización Taylorista, en el que los trabajadores dependientes y asalariados concurrían a laborar físicamente durante la jornada laboral a las fábricas donde se ejercían las notas clásicas del trabajo, subordinación y dirección, a un sistema en el cual mayormente no se requiere la presencia física del trabajador sin límites de ubicuidad como sostiene Supiot (2007) donde el espacio- temporal se ve trastocado por las nuevas tecnologías de la información y la comunicación “borrando la duración y las fronteras y transportando al hombre a un mundo virtual donde no hay día ni noche ni distancia (...) transportan sus facultades mentales, mientras su cuerpo biológico permanece plantado allí, sentado detrás de una pantalla o conectado a un celular, no disponible para los intercambios de su entorno inmediato”. Agrega:

“Las exigencias de calidad de los productos y de reducción de costos llevan a buscar trabajadores que se comporten como si fueran independientes y responsables. A la inversa la dependencia gana terreno en las relaciones de las empresas entre sí. Concentrada en su ocupación principal, cada empresa debe controlar estrictamente la calidad y la puntualidad de las prestaciones de sus proveedores o sus subcontratistas, de lo cual depende la calidad de sus propios productos” Supiot (2007, p.193).

Es así que resulta trascendental determinar si los trabajadores en este nuevo modelo de organización realizan sus actividades de manera dependiente y por cuenta ajena, notas características de una relación laboral subordinada; o por el contrario si las ejecutan de manera autónoma y por cuenta propia, o si nos encontramos frente a una nueva categoría de trabajador en tanto que el trabajador

de las plataformas digitales o de la “uberización económica” cuenta con libertad para decidir en qué momento ejecuta la prestación de sus servicios con sus propias herramientas de trabajo a cambio de una retribución, utilizando a la plataforma como intermediaria entre aquel y los usuarios, a quien denominamos trabajador con autodeterminación restringida, opción última por la que se inclina el presente trabajo.

En ese escenario las características de esta nueva modalidad de organización constituyen zonas grises o fronterizas del derecho que pueden permitir calificar la ejecución de estas actividades dentro de varias ramas del derecho, tal como la civil, comercial o laboral.

Es así que “Las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo independiente se difuminaron. La subordinación adquiere nuevos rostros mientras que el poder económico se sumerge en la red de las redes de las empresas” (Supiot, 2007, p. 183) mientras que la fiscalización y dirección no tienen las mismas características clásicas. Ahora ellas son recomendaciones y son los usuarios los que evalúan al trabajador a través de un puntaje, regularmente de 1 a 5 estrellas, que también son entendidas como parte elemental para realizar de manera autónoma las actividades a través de las plataformas. Así la subordinación se sostiene en las herramientas “del microprocesador o del teléfono celular, que permiten trabajar y ser controlados en cualquier lugar o en cualquier momento” (Supiot, 2007, p. 183) que abonaría a que estos trabajadores sean considerados dependientes. Por otro lado, al ser estos trabajadores los titulares de estas herramientas de trabajo tienen autonomía organizativa y desarrollan actividades por su cuenta y riesgo lo que denota independencia y no sujeción.

María Emilia Casas Baamonde et al. (1999) afirma:

“Allí donde la organización de red tiende a sustituir a la organización piramidal, el poder se ejerce de forma diferente: mediante una valorización de los productos del

trabajo y no mediante órdenes sobre su contenido: De esta forma los trabajadores están más sometidos a obligaciones de resultados que de medios. La consecuencia es una mayor flexibilidad en la ejecución de su trabajo y una liberación de su capacidad e iniciativa. La coacción no desaparece, se interioriza. Un número creciente de trabajadores asalariados desarrollan su actividad en condiciones que no difieren sensiblemente, en la práctica, del trabajo independiente de un subcontratista”.

Como se podrá advertir la discusión se centra en establecer si estos trabajadores son realmente independientes. Es decir, si ellos tienen una propia organización empresarial y autónoma o si se encuentran sometidos a las directrices y control de la empresa y si se deben tener en cuenta otros indicios de laboralidad en tanto los clásicos elementos se establecieron en otro momento social donde no existía internet ni las tecnologías de ahora.

Habrá que analizar, caso por caso, el inicio de actividades: proceso de selección, si la ejecución de actividades se encuentra sometida a instrucciones, recomendaciones o lineamientos y si estas se encuentran sometidas a control directo o indirecto por la empresa – a través de usuarios: calificación del servicio, y como se establece el término de la relación. Igualmente, si el trabajador se inserta en el modelo de la organización de la empresa o no.

Asimismo, si el trabajo es realizado por cuenta propia o en ajenidad. Esto es quien de las partes participa con herramientas de trabajo, si resulta que son ambos, cuál de estas será trascendental para la ejecución de la actividad, y que parte es la que determina el precio del servicio o bien. También quién asume los riesgos de la actividad, entre otros indicios a tener en cuenta en este modelo organizativo, como utilización de la imagen corporativa –marca- o si realiza trabajo en el curso habitual de las actividades de la empresa. La finalización del vínculo contractual, entre otros. En conclusión, se advierte que el Derecho del Trabajo clásico, el cual se materializa con la concurrencia de los elementos esenciales del contrato del trabajo:

subordinación, prestación personal y remuneración, entra en crisis frente al nuevo modelo de organización empresarial sustentada en las plataformas digitales de trabajo que no alcanza a regularla por sus características, al menos sin cuestionamiento alguno. En efecto, la subordinación y sus notas elementales no se presentan con las características que la originaron en el siglo XIX. Esto es la asignación por el empleador al trabajador de funciones, jornada laboral, horario de trabajo, entrega de herramientas de trabajo para la prestación de servicios, supervisión por parte de otro trabajador denominado “jefe” y la posibilidad de sancionar una conducta o falta de rendimiento en la ejecución de sus labores. Por ello es necesario adaptar el marco normativo laboral a este nuevo modo de organización productivo para que el Derecho del Trabajo empiece a regularlo.

1.1 Origen y finalidad del Derecho del Trabajo

El origen y finalidad del Derecho del Trabajo resulta trascendental en la búsqueda de una solución adecuada en el escenario descrito, que contribuya a una adecuada protección del trabajador al igual que al dinamismo de este modelo económico de plataformas.

El Derecho del Trabajo, es “una categoría cultural fruto del sistema capitalista industrial” Palomeque (2004, p.40) que se originó en la segunda mitad del siglo XIX, como respuesta al conflicto social entre el trabajador asalariado y el empleador titular de la empresa productiva en el sistema liberal por la explotación del segundo sobre el primero. Así, esta rama autónoma del derecho tuvo un “doble origen”: la combinación “industrialización capitalista – sistema liberal” de donde surgieron dos factores adicionales que coadyuvaron al nacimiento de esta disciplina jurídica; por un lado, la respuesta colectiva de los trabajadores asalariados a su situación de explotación y por otra “la intervención del Estado en las relaciones laborales, encaminada a limitar los excesos a los que había dado lugar la aplicación de los principios liberales” de igualdad y libertad que imperaban en las relaciones jurídicas en ese contexto social. (Sanguinetti 1996, p.7)

La legislación laboral corrige las relaciones entre el trabajador, en cuanto parte débil, que recibe a cambio de su fuerza de trabajo un salario y el empleador quien se beneficia del producto de dicha prestación, basada en la libertad contractual “poniendo fin a las desigualdades generadas por su irrestricta aplicación” (Sanguineti 1996 p.28) a través de la intervención estatal materializada en las normas jurídico laborales, las cuales otorgan derechos a la parte débil limitando de esta forma el condicionamiento absoluto del empleador sobre la relación laboral. En efecto, cabe precisar que, en el sistema liberal, la desigualdad entre las partes contratantes de la relación laboral sustentada en la libertad contractual se acentúa por el poder económico del empresario frente al trabajador, quien se encuentra en una posición de desventaja obligándose a aceptar las condiciones de trabajo que imponga aquel en base a la necesidad de obtener un empleo en un mercado donde ampliamente la demanda de mano de obra es inferior a la oferta de trabajo.

En atención a dichas consideraciones la razón histórica del Derecho del Trabajo es ser el “instrumento de mediación e institucionalización del conflicto entre el trabajo asalariado y el capital: el *equilibrio estructural* entre los intereses de los antagonistas en juego” (Palomeque, 2004, p.31), y es concebido clásicamente como protector de la parte débil de la relación laboral, el cual se fundamenta en la intervención estatal a través de normas legales tuitivas de los trabajadores y la autonomía colectiva en busca de la mejorara de condiciones de trabajo.

En consecuencia, podemos concluir que el origen y la finalidad de esta disciplina jurídica no es otra que la de intervenir en las relaciones jurídicas particulares, equipararlas sobre la base de pisos mínimos a fin de brindar protección a la parte débil de la misma, a través de la producción normativa estatal y del reconocimiento como derecho de la agrupación colectiva de trabajadores en pro de su mejora de condiciones laborales y económicas.

1.2 El Derecho del Trabajo y las nuevas formas de trabajo

El derecho del trabajo a lo largo de su andadura, desde su origen, ha venido adaptándose a los factores sociales, tecnológicos y económicos, tal como las nuevas formas de organización de las empresas y de gestión, la globalización y descentralización o externalización de unidades productivas, nuevos modos de producción, en busca de mayor competitividad, eficiencia y especialización técnica, así como reducción de costos. A ello se suman los cambios tecnológicos que dieron origen a la regulación del teletrabajo.

“El nuevo escenario institucional no deja de ofrecer, así pues un panorama de profundas transformaciones en las relaciones de producción (...) sobre las que descansa el sistema normativo laboral, cuyas expresiones más visibles y relevantes componen el siguiente panorama generalizado” siendo ellos de forma resumida: los cambios internos de la empresa en el proceso de producción como consecuencia de las nuevas tecnologías; la globalización de la economía y su “efecto asimétrico” pues mientras que las empresas operan a nivel internacional –transnacionales- “las instituciones políticas actúan en ámbito regional o nacional”; los cambios en las estrategias empresariales tales como la concentración económica a través de la fusión o descentralización de los procesos productivos “externalización, subcontratación, outsourcing” a efectos de ser más eficientes; el ingreso creciente de mano de obra de mujeres y jóvenes al mercado. Así, estos cambios de organización empresarial demandan a las normas laborales adaptarse a ellos. (Palomeque, 2004, p.31)

Así también se tiene en este recorrido la “flexibilización” de las normas laborales rígidas, a fin que el mercado laboral sea más eficiente. La flexibilidad laboral, entendida como sostiene (Palomeque, 1995, p.21) a la “adaptación del ordenamiento laboral a las exigencias de las transformaciones sociales y económicas”, así como tecnológicas y no como la desregulación total –desaparición de normas estatales- sobre las relaciones laborales para que las condiciones de trabajo sean fijadas por las partes sin más intervención estatal; es así que, juega un rol fundamental en el mercado de trabajo, a fin que las relaciones laborales sean

menos rígidas y más dúctiles con la finalidad que las empresas puedan adaptarse a los cambios económicos, sociales y tecnológicos con mayor fluidez y los trabajadores tengan derechos fundamentales mínimos, como libertad sindical, jornada laboral y seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

Sanguineti (1994) plantea formas de adaptar las normas jurídicas laborales a un determinado contexto socioeconómico, “las propuestas de transformación institucional del derecho del trabajo con objeto de favorecer su adaptación a la nueva situación pueden ser esquemáticamente reducidas a tres básicas, cuyas características o rasgos principales, así como influencia sobre la actual configuración de esta disciplina” son:

- A. “La propuesta “desreguladora” y la tendencia a la “individualización de las relaciones laborales” entendida –desreguladora- como una desaparición de las normas estatales que regulan las relaciones jurídicas, así como –individualización- a la revalorización de la “autonomía individual y su función reguladora de las condiciones de prestación del trabajo en la empresa”, que implica mayor libertad a las partes para la “calificación como laboral o extralaboral del trabajo prestado”; la elección por las partes del régimen jurídico que regulará su relación jurídica al “interior del propio derecho del trabajo”; el “ensanchamiento de los espacios de regulación de las condiciones de trabajo reconocidos al contrato de trabajo por las normas legales”; “La reivindicación de la intervención reguladora de la autonomía individual frente al rol homogeneizador de las condiciones de trabajo desarrollado por los convenios colectivos”.

- B. “El modelo del “laissez-faire colectivo” y la crisis de la prevalencia de la técnica de la norma estatal de la norma relativamente inderogable” mediante la cual se pone acento a “la necesidad de compensar la supresión de los espacios de protección legal garantizados con anterioridad a los trabajadores con el refuerzo de los instrumentos de representación y actuación colectivas de los mismos” como la desregulación en determinadas materias para “el

establecimiento de su régimen jurídico” por medio de la negociación colectiva o la “atribución a la regulación legal de un carácter puramente dispositivo respecto de la autonomía colectiva” o los supuestos donde “la norma legal no renuncia a regular la materia, lo hace sólo en forma de principios o criterios generales, los cuales habrán de ser desarrollados o concretados por la negociación colectiva”.

- C. “La estrategia de la “flexibilidad” y la revisión del patrimonio normativo del Derecho del Trabajo a la luz de las necesidades del sistema económico”, siendo este último a decir del autor el que goza de mayor aceptación por parte de la doctrina científica.

En esa línea, podemos advertir que el intervencionismo estatal a través de las leyes en materia laboral se ve reducida por el propio imperio de ella misma al otorgar un mayor espacio de regulación de las condiciones de la relación laboral a la autonomía colectiva y a las partes contratantes de manera unilateral, ensanchándose así los espacios de regulación de las partes contratantes, a través del contrato de trabajo y la negociación colectiva. En tal sentido, la flexibilización del ordenamiento laboral tendrá diversos grados y matices, otorgando un mayor ámbito de participación a las partes de la relación laboral en la regulación de las condiciones laborales establecidas por la Ley, por propio mandato de esta, vía contrato de trabajo o negociación colectiva, pasando así, en algunos casos, las normas de ser imperativas a dispositivas. Consecuentemente, la flexibilización de las normas laborales “aparece como una solución de síntesis entre las radicales alternativas de desregulación total y mantenimiento a ultranza de los niveles protectores alcanzados con anterioridad” (Sanguineti, 1994, p. 55) en busca de la mayor fluidez del mercado de trabajo.

Como se notará, existen diversos mecanismos para poder afrontar desde la intervención pública la regulación de los modelos organizativos de las plataformas digitales, desde la aplicación en bloque de todo el ordenamiento jurídico laboral, una

regulación a la medida con aplicación selectiva de derecho laborales, ubicando estas relaciones jurídicas en el ámbito del derecho civil o en el derecho comercial, la flexibilización de las normas laborales o la no regulación dejando a las partes intervinientes en la relación jurídica su regulación.

A fin de dar una respuesta a lo anterior analizaremos los elementos clásicos de la relación de trabajo subordinada, la doctrina laboral que se viene ocupando de estos importantes aspectos, así como la jurisprudencia global emitida sobre este particular y la legislación comparada que la aborda y regula.

Así se puede advertir que en el nuevo entorno productivo la confrontación entre el capital y trabajo que dio origen al Derecho del Trabajo sigue existiendo.

En función a ello y a la realidad social y económica peruana plantearemos propuestas que puedan otorgar seguridad a las partes contratantes respecto a sus derechos y obligaciones en este nuevo modelo de producción. Más aún cuando la experiencia de la doctrina jurisprudencial del país en materia laboral, sentencias del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de la República, en los últimos 20 años nos demuestran una clara intervención de ellos en las relaciones laborales, a partir de sus interpretaciones normativas sobre las disposiciones laborales que hacen más rígidas las relaciones de trabajo de entrada, durante su ejecución, así como las de la regulación de salida o finalización de esta.

En caso que trabajadores de las plataformas digitales demanden a las empresas encontrarse encubiertos en una relación civil cuando en la realidad de los hechos son trabajadores sujetos a subordinación, y de asumir esta tesis el órgano jurisdiccional, lo cual es altamente probable, les otorgará los beneficios y derechos de la normativa que regulada las relaciones de trabajo del sector privado. En esa línea Todoli (2017) precisa que “el encaje judicial de esta nueva forma de prestación de servicio dentro del concepto tradicional del contrato de trabajo tendría como consecuencia jurídica la aplicación de toda la normativa laboral en bloque, resultando muchas de estas clásicas prescripciones incompatibles o incluso perjudiciales para este nuevo trabajador” (p. 59).

Así, el presente trabajo intenta brindar una respuesta desde el Derecho del Trabajo a las nuevas formas de organización empresarial, específicamente, las plataformas digitales y el trabajo a demanda, a fin de establecer un marco claro que contribuya a la gestión eficaz de las relaciones entre los agentes que intervienen y con ello seguridad jurídica a ambos. Por ello es fundamental, definir el encuadre de esta nueva categoría de trabajadores y otorgarles un bloque normativo suficiente que no tenga como efecto excluirlos de los derechos fundamentales laborales y protección social.

1.3 El contrato de trabajo clásico y su configuración jurídica

El derecho del trabajo es definido como “la ordenación jurídica del trabajo asalariado, esto es, del trabajo prestado por cuenta ajena y en régimen de dependencia a cambio de una retribución económica o salario” teniendo como objeto “la regulación jurídica del intercambio de trabajo dependiente por salario” (Palomeque 2011, p. 19). Esta relación se “juridifica” a través del contrato de trabajo, donde el trabajador pone a disposición del empleador empresario su fuerza de trabajo en subordinación bajo la dirección y fiscalización de aquel. De este instrumento jurídico de característica bilateral y sinalagmática, nacen obligaciones para ambas partes contratantes, principalmente obediencia de un lado y pago de retribución del otro.

Así el objeto normativo del derecho del trabajo no abarca a todas las manifestaciones del trabajo humano sino de manera restringida y “singular” al que cuenta con las siguientes características: i) “un trabajo productivo” inserto en el proceso de producción de bienes y servicios excluyendo así a las actividades de recreación o lúdica como el deporte u ocio ii) “un trabajo por cuenta ajena” donde los frutos o beneficios del trabajo oneroso se trasladan a persona distinta de quien la realiza, iii) “un trabajo libre o en régimen de libertar” que se erige sobre el instrumento jurídico laboral, el contrato de trabajo, de donde emanan las

obligaciones libremente asumidas por el trabajador, y iv) “un trabajo dependiente o subordinado” donde el trabajador se encuentra sometido al poder de organización productiva del empleador. (Palomeque 2011, p. 48)

El contrato de trabajo y la relación laboral en nuestro país se configuran con la presencia copulativa de sus elementos característicos como son la subordinación, la prestación personal y la remuneración conforme a la normativa laboral, la que excluye de esta institución jurídica a las relaciones laborales entre familiares o las modalidades formativas laborales pese a que se presentan sus elementos esenciales. También en su momento las relaciones entre trabajadores de las empresas financieras en liquidación, no aplicable actualmente, y el régimen de contratación administrativa de servicios, inicialmente no consideraban como la materialización del contrato de trabajo, este último mediante el proceso de inconstitucionalidad al que fue sometido (Exp.02-2010-PI/TC), se estableció su calidad de régimen laboral especial para el sector público a partir de la sentencia interpretativa emitida por el Tribunal Constitucional recaída en dicho expediente.

Como vemos el nacimiento del contrato de trabajo se produce al concurrir sus elementos esenciales, el cual puede incorporar otros supuestos para su configuración o excluir legislativamente a relaciones jurídicas de su campo de aplicación subjetiva aun cuando concurren sus elementos esenciales, como hemos visto.

1.4 Trabajo típico y trabajo atípico

El Derecho del Trabajo clásico surgió como instrumento de protección del trabajador típico, con contrato de duración indeterminada a tiempo completo, con sus elementos y notas caracterizadoras. Desde la década de los 70 con la aparición de los trabajadores atípicos se “fragmenta la unidad del ordenamiento laboral, estableciendo regímenes debilitados de protección o excluidos de la misma” (Baamonde et al, 1999, p.16).

El Derecho del Trabajo del sistema industrial basado en el modelo fordista con una organización piramidal de la empresa, que realiza la producción masiva de bienes, y que es dirigida y controlado de forma jerarquizada a través de las facultades del empresario, se sustenta en el contrato de trabajo donde el trabajador contratado a plazo indefinido y tiempo completo se subordina a cambio de una remuneración, estabilidad en el empleo y compensaciones sociales para aquel y sus dependientes. Este modelo de organización y de compensación económica y social regulada por el Derecho del Trabajo a partir de la configuración del contrato de trabajo empieza a ser insuficiente para los nuevos modelos de organización post industrial sustentados en la globalización y desarrollo de las tecnologías y de las comunicaciones, tales como externalización de procesos productivos o de servicios, subcontratación, teletrabajo y otros.

Adrián Todoli (2017) sostiene que la “organización científica del trabajo” de Frederick Taylor (1911), se basaba precisamente en dividir la producción en pequeñas tareas asignadas a cada uno de los asalariados” donde los mandos medios debían cumplir con controlar el proceso en su integridad asegurando la calidad del producto y cumplimiento de tiempo, ahora con el “*neotaylorismo* los tiempos de trabajo son irrelevantes dado que se paga por tarea ejecutada y no por tiempo”. Ahora se deja de lado el control del proceso y cumplimiento de los tiempos para un control “*ex -post* pudiendo rechazar el trabajo sino es de calidad suficiente, y un control *ex - ante* no contratando a los trabajadores que no tienen buenas evaluaciones en el sistema de reputación online” (p. 21)

María Emilia Casas Baamonde et al. (1999) habla sobre la “descomposición del Derecho del Trabajo” que lo margina a regular al trabajo típico en declive “de empequeñecer y diluir su capacidad reguladora provocando fracturas sociales (la dualización del mundo del trabajo)” y de la “desaparición del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social mediante su recontractualización o retorno al Derecho privado común” (p.16)

El elemento característico del contrato de trabajo es la subordinación, el cual se desvanece o se magulla con las organizaciones flexibles de las relaciones de trabajo y las nuevas tecnologías, y debe recurrirse a otros elementos en función a la organización del trabajo de estos tiempos.

Así se plantea que el Derecho del Trabajo no sólo se restrinja al contrato de trabajo sustentado en la subordinación sino también extienda su protección social mediante el reconocimiento de pisos mínimos a otras formas de trabajo como el personal o autónomo a través de una aplicación parcial del ordenamiento jurídico laboral. Ello con la finalidad de encontrar equilibrio entre los nuevos modelos flexibles de organización imperantes entre los titulares de las plataformas y los trabajadores de esta modalidad con los derechos fundamentales laborales de estos últimos en las relaciones de trabajo reconocidos en los instrumentos internacionales y normativa constitucional interna. El Derecho del Trabajo debe adaptarse a estos modelos e integrarlos a su esfera de regulación no dejando al ordenamiento privado y las partes intervinientes su absoluta regulación.

El informe de la Organización Internacional del Trabajo² “El empleo atípico en el mundo. Retos y Perspectivas” establece que el empleo atípico lo constituyen cuatro modalidades: i) Empleo temporal de duración definida ii) Trabajo a tiempo parcial y ha pedido, iii) Relación de trabajo multipartidaria, ejemplo de ello sería la intermediación laboral y iv) Empleo encubierto, por cuenta propia económicamente dependiente, se refiere a la simulación en la contratación aparentando ser una contratación civil o comercial cuando en la realidad de los hechos es laboral. Concluye señalando que dichas modalidades generan riesgo para los trabajadores al no contar con empleos seguros en términos de duración que genera que sus ingresos y disponibilidad de tiempo sean inciertos, exclusión de la protección de

² https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534522.pdf

seguridad social, menor oportunidad de recibir formación, así como dificultades de representación y ejercicio de la libertad sindical y negociación colectiva.

En esa línea, independientemente de la calificación que se realice del trabajador de la plataforma digital “just in time”, este también será considerado como un trabajador atípico por las características propias de la prestación del servicio. Esto al no ser de duración indeterminada ni de jornada completa.

A diferencia de lo anterior el trabajo típico, de duración indeterminada en jornada completa con el bloque de protección que otorga el Derecho del Trabajo a partir de la configuración del contrato de trabajo con sus elementos característicos que se sustenta en el modelo de organización fordista, pierde efectos frente a las referidas transformaciones y modelos organizativos que hace necesaria respuestas jurídicas tal como la evolución de la subordinación, ensanchamiento del aspecto subjetivo de la regulación laboral u otras que desarrollaremos en el siguiente punto.

1.5 Criterios de ampliación del campo de aplicación del Derecho del Trabajo

El nuevo modelo organizativo de las plataformas digitales de trabajo no es alcanzado por la regulación clásica del trabajo sustentada en la prestación personal, subordinada y remunerada, motivo por el cual se plantea ampliar su campo de acción bajo diversos criterios, con la finalidad de que los trabajadores del referido modelo les sea aplicable parcialmente las disposiciones del Derecho del Trabajo. Ello guardando coherencia con la libertad que les permite este modelo, flexibilización de jornada y horario de trabajo con protección social mínima. Para ello, se plantean tesis que van desde ampliar el concepto de subordinación o sujetar la relación laboral a la dependencia económica del empresario hasta en función a quién beneficia el fruto del trabajo en cuenta propia, entre otros.

1.5.1 El criterio de la dependencia económica

El trabajador es autónomo jurídicamente, no obstante, en función a la dependencia económica que tenga en relación al empresario a quien preste servicios, en función

al porcentaje de sus ingresos, entre el 50% -Alemania o 75% -España- le asistirá parcialmente las disposiciones del Derecho del Trabajo.

1.5.2 Ampliación del criterio de subordinación jurídica

La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo a través de la doctrina y jurisprudencia ha ido evolucionando, pues ya no sólo se establece que concurre este elemento esencial en la realidad cuando el trabajador se encuentra sometido a las órdenes del empresario para la ejecución de su trabajo, sino también en base a indicios de laboralidad que en su conjunto o de manera independiente configura el contrato de trabajo, tal como “la integración del trabajador a una organización colectiva del trabajo diseñada por y para otros”, otorgamiento de herramientas de trabajo, el trabajo es personal, disponibilidad para tareas futuras, con cierta permanencia y exclusividad, sometido a método o lugar o tiempo de trabajo, entre otros. A esta técnica se le denomina “haz de indicios, que se ha convertido en una característica común del Derecho del Trabajo en los países europeos. Dicha técnica no consiste en verificar que todos los indicios se encuentran en la situación analizada, sino, por el contrario, en inducir de la unión de varios de ellos la existencia de un vínculo subordinado” (Casas et al., 1999, p49).

1.5.3 El criterio de la ajenidad

Pasa por sustituir el criterio de subordinación por el de integración en una empresa ajena como elemento de configuración del contrato de trabajo. Alonso Olea (1994, p.61) señala que la subordinación se genera a partir del hecho de trabajar por cuenta ajena y no por cuenta propia, debido a que los frutos del trabajo son percibidos, en función al contrato de trabajo, por el empresario que los remunera, facultado para dirigir y controlar este trabajo. Por ello, no resulta de importancia la forma de la dirección, control o coordinación. Así el hecho de trabajar por cuenta ajena no variará siempre que se generen beneficios para el empresario a diferencia de la subordinación, donde el poder del empleador se manifiesta en intensidad variable.

En esa línea, Alarcon Caraguel, M.R, (1986, p.500) señala que “todos trabajamos para el mercado. Sin embargo, solamente en una parte –aunque a su vez, la más relevante- de ese trabajo se produce el fenómeno de la “ajenidad en el mercado”, esto es, de que entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio de ese bien o de ese servicio, que habrá pagado al trabajador un salario y que procura realizar un beneficio”.

Asimismo, se plantea redefinir el concepto de la dependencia jurídica como elemento configurador de la relación de trabajo. (Borja, p.53).

A partir de lo antes anotado podemos verificar diversos tipos de trabajadores y contratos, los trabajadores dependientes, los trabajadores autónomos, y una tercera categoría que se encuentra situada entre ambos, los trabajadores económicamente independientes, parasubordinados o cuasidependientes o con autonomía restringida.

También podemos apreciar una clasificación de contratos que remuneran el trabajo en tres categorías. Así tenemos “A) los asalariados tradicionales que trabajan sobre la base del contrato de trabajo en el que la subordinación es esencial; B) otros contratos que estipulan la realización de un trabajo a cambio de una remuneración y C) los empresarios independientes” (Casas et al., 1999, p62). Es en relación al literal B) que el Derecho del Trabajo se enfrenta pues para su aplicación se requiere la concurrencia de la subordinación y con ella el contrato de trabajo, dejando de lado al alcance de sus disposiciones las otras modalidades de contratación como la civil y mercantil. Ante ello se defiende la idea ampliar el campo de aplicación del Derecho del Trabajo en algunos casos con el objeto de incluir otro tipo de contratos y relaciones laborales evitando una fractura entre los asalariados bien tutelados por un contrato de trabajo y los que trabajan con contratos civiles o comerciales que les deparen menor protección. (Casas et al., 1999, p62).

En esa línea, el trabajo en las plataformas digitales en la “gig economy” es clasificada por los titulares de éstas como trabajo autónomo o independiente y puede ser clasificada como la desvalorización o valorización de éste según Casas (et al., 1999), que sostiene que será el primero el supuesto cuando se excluye de la protección del Derecho del Trabajo a los trabajadores poco calificados y en situación de precariedad y que la emplean fraudulentamente para evitar los costos sociales que implica, mientras que en el segundo supuesto se encontrarán aquellos trabajadores calificados e innovadores, realmente autónomos, que cuentan con flexibilidad de tiempo, lugar, tipo de servicios y costos.

La doctrina y legislación comparada han buscado un marco jurídico adaptado al trabajo autónomo, haciendo claramente la diferencia entre el trabajador realmente autónomo sujeto a la normativa civil o comercial y el trabajador autónomo económicamente dependiente de una o más empresas. “Esta situación de semidependencia ha dado lugar a diferentes disposiciones jurídicas según los países, pero con un rasgo común, que es someter la relación laboral de estos semiautónomos a una aplicación selectiva de las reglas o principios del Derecho del Trabajo común” (Casas et al., 1999, p43). En Alemania, se regulan tres categorías de trabajadores autónomos, el contrato de empresa (“Werkvertrag”) que genera una obligación de resultados o contrato de servicios libre (“freier Dienstvertrag”) que origina la obligación de trabajar, y la tercera categoría (“arbeitsnehmerähnliche Personen” “personas asimilables a los asalariados” engloba a ambas cuya prestación se realiza a favor de un empresario de manera personal sin la ayuda de terceros del que dependen económicamente al obtener más del 50% de sus ingresos de aquel, son trabajadores autónomos jurídicamente pero les aplica normas del Derecho del Trabajo como vacaciones, contenciosos laborales o de convenios colectivos. En Italia los trabajadores “parasubordinazione” parasubordinados donde se discute si al igual que el trabajador autónomo económicamente dependiente alemán se le debe aplicar ciertos derechos laborales en función precisamente a esta dependencia o sólo si se les puede aplicar este

Derecho en los casos que contemplan la ley en materia de procedimiento contencioso y de higiene y seguridad, siendo esta última tesis la que prevalece.

1.6 Ámbito de aplicación subjetiva del derecho del trabajo

La legislación laboral tiene una función social, proteger a la parte débil de la relación de trabajo, y una función integradora del conflicto estructural que no es otra que el equilibrio entre el poder de dirección del empresario y la protección del trabajador (Palomeque, 2019). Así el derecho del trabajo ha ido ampliando el ámbito de aplicación subjetivo del mismo con la finalidad de incorporar dentro de su regulación a aquellos trabajadores que cumplan con las notas características de ajenidad y dependencia como: voluntariedad, retribución, dirección del sujeto para quien se trabaja. Así el referido maestro clasifica a la “ampliación continuada del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo y las formas técnicas de laboralización” en los siguientes supuestos:

Laboralización parcial constitutiva: Cuando el ámbito de aplicación del ordenamiento jurídico laboral se amplía de manera parcial a aquellos sujetos que no configuran la calidad de trabajador por cuenta ajena y dependiente. Por ejemplo, se puede situar en este tipo al trabajador autónomo económicamente dependiente.

Laboralización declarativa: Cuando el trabajador por cuenta ajena y dependiente estuvo excluido por el ordenamiento jurídico legislativamente pese a contar con las notas características que le otorgan la calidad de trabajador y que posteriormente a través de la legislación se le otorga de manera declarativa el carácter laboral ya presente. Ellas son las denominadas “relaciones laborales especiales o atípicas” cuyas soluciones legislativas difieren de las regulaciones del contrato de trabajo común o se encuentra incluida entre ellas mismas.

Laboralización presunta o aparente: Aquellas relaciones que legislativamente encierran problemas materiales de fondo respecto a su clasificación pese a su “virtualidad laboralizadora aparente”. Caso, también del trabajador autónomo económicamente dependiente español donde jurídicamente se expulsa del ordenamiento laboral común a estos trabajadores, que para el autor poseen las notas características de trabajador por cuenta ajena y dependiente y dejan de serlo en el plano jurídico.

Palomeque (2019, p. 81) concluye señalando que “la determinación del ámbito de aplicación personal del derecho del trabajo ha sido siempre una operación legislativa dinámica, permeable, por descontado a las consideraciones de política social que impregnan el propósito del ordenamiento laboral, y cuyo camino está lejos de haberse detenido”.

Todoli (2017) cita una serie de posiciones doctrinales que amplían el ámbito subjetivo de protección del derecho del trabajo, tal como la protección de esta disciplina no sólo deba limitarse al contrato del trabajo sino a todas las formas de prestación de servicios sean independientes o dependientes; Lyon – Caen, que propuso “un derecho del trabajo para trabajadores distintos de los existentes en el modelo del derecho del trabajo”; Freedlan y Kountouris, proponen incluir dentro del ámbito subjetivo del derecho del trabajo relaciones contractuales que actualmente se regulan por el derecho privado para dejar de centrarse en “el contrato de trabajo para pasar a centrarse en la persona que trabaja” (p.36).

Como se puede advertir la doctrina nos muestra diversos caminos para abordar la ampliación de la configuración del contrato de trabajo y con ello los Derechos del Trabajo a los trabajadores de modelos de organización productiva que actualmente no se encuentran recogidos por el ordenamiento laboral peruano. Habrá que analizar e identificar cuál de estos se pudiera adaptar a nuestra realidad social y económica a fin de buscar un equilibrio adecuado entre la protección de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo y el desarrollo de éstas.

CAPITULO II
EL DERECHO DEL TRABAJO Y PARADIGMA DE SU ROL ANTE EL NUEVO
ESCENARIO MUNDIAL DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO
“GIG ECONOMY”

2.1 Las plataformas digitales

La transformación digital y el uso intensivo las tecnologías de la información y comunicación genera impacto en la economía y en la sociedad. Transforma la forma de realizar operaciones entre consumidores y proveedores a partir del uso de las plataformas digitales que resulta un intermediario entre la oferta y demanda a través de internet o aplicativo descargado en los smartphones, las transacciones se hacen más eficientes reduciendo costos y tiempos en la satisfacción de las necesidades de los agentes que intervienen en estas operaciones, cambiando la forma de producción en el mercado y la interacción entre los involucrados. Así tenemos que el modelo de producción en estas transacciones viene marcado por un tinte tecnológico donde a través del mismo interactúan dichos agentes e impacta en las relaciones de trabajo.

En efecto, la interconexión y la digitalización –“es la conversión de una señal analógica que transporta información (p. ej., sonido, imagen, texto impreso) a bits binarios”- (OCDE 2017, p. 26) impulsan la transformación digital y con ello el cambio en las economías y las sociedades pues modifica la forma del cómo las personas y otros agentes económicos se relacionan reduciendo drásticamente el costo de las transacciones. Esta forma de interconectar y procesar datos (almacenar, compartir, filtrar, etc) tiene una mejora continua a velocidades vertiginosas con el uso de la

nube como servicio de almacenamiento informático, el teléfono inteligente, conectividad móvil formando un *ecosistema* creciente de tecnologías interrelacionadas y aplicaciones que impulsa cada vez la transformación digital, siendo elementos clave: i) El Internet de las Cosas (IoT) ii) Análisis de Big Data iii) La Inteligencia Artificial y iv) Las Cadenas de Bloques. Así en términos de la OCDE, éstos en su conjunto “son combinatorias y forman un ecosistema de tecnologías que sustentan una transformación digital de amplio alcance y rápida de la economía y la sociedad, y cada vez más de los gobiernos, en muchas áreas, y que está conduciendo a cambios en los mercados y un comportamiento económico que son fundamentalmente diferentes de la era analógica a la que estamos acostumbrados” (OCDE 2017, p. 26-27). También precisa:

El Internet de las Cosas (IoT) que comprende dispositivos y objetos cuyo estado puede alterarse a través de Internet, con o sin la participación activa de las personas (OCDE, 2015). Incluye objetos y sensores que recopilan datos e intercambian estos entre sí y con los humanos. Los sensores en red del IoT sirven para monitorear la salud, ubicación y actividades de personas y animales, y el estado de los procesos de producción, la eficiencia de los servicios de las ciudades y el entorno natural, (...). Estos dispositivos son una fuente clave de datos que están alimentando el análisis del big data, el cual es un conjunto de técnicas y herramientas utilizadas para procesar e interpretar grandes volúmenes de datos generados por la creciente digitalización de contenido, (...). Se puede usar para inferir relaciones, establecer dependencias y realizar predicciones de resultados y comportamientos (...) ayudan a informar la toma de decisiones en tiempo real mediante la combinación de una amplia gama de información de distintas fuentes. El análisis del big data también permite el aprendizaje automático, un impulsor de la IA. La IA se puede entender como máquinas que realizan funciones cognitivas similares a las humanas. Su rápida difusión está impulsada por avances recientes en el aprendizaje asistido por computadora, una disciplina de IA que identifica automáticamente los patrones en conjuntos de datos complejos. La IA está haciendo a los dispositivos y sistemas inteligentes, e inspira nuevos tipos de software y robots que actúan cada vez más

como agentes autónomos, funcionando de forma mucho más independiente de las decisiones de sus creadores y operadores humanos en comparación con las máquinas que han hecho anteriormente. La IA espera ayudar a resolver preguntas complejas, generar aumentos de productividad, mejorar la eficiencia de la toma de decisiones y ahorrar costos. La Cadena de bloques es una tecnología descentralizada y desintermediada que facilita las transacciones económicas y las interacciones punto a punto. Además de permitir el intercambio de información, permite protocolos para el intercambio de valores, contratos legales y aplicaciones similares. Las cadenas de bloques sin permiso como el Bitcoin, funcionan como una base de datos distribuida inviolable y actúan como un registro público abierto, compartido y de confianza que no puede manipularse y puede ser inspeccionado por todos. La combinación de transacciones transparentes, reglas estrictas y supervisión constante que caracterizan a una red con base en cadena de bloques, proporciona las condiciones para que los usuarios confíen en las transacciones que se llevan a cabo en ella, sin la necesidad de ninguna autoridad confiable u operador intermediario.

En este contexto de cambios y evolución vertiginosa de la tecnología, surgen las plataformas digitales que tienen como principal característica ser un intermediario a través de internet entre oferta y demanda de bienes y servicios. Podemos observar y utilizar ellas cotidianamente desde que empezamos el día hasta culminarlo, al realizar el pedido del servicio de taxi con la finalidad de movilizarnos de un punto geográfico a otro, a través de un aplicativo como Uber o Cabify; o al solicitar la entrega de un producto del restaurant de nuestra preferencia a través de plataformas como Ubereats, Glovo, o Rappi. Igualmente, para comprar boletos de avión o rentar una habitación de hotel mediante Booking o buscar recomendaciones sobre lugares o cosas que hacer en diferentes destinos en TripAdvisor, o utilizar plataformas como Arbnb para realizar reservas en establecimientos para pernoctar, entre otras que se expanden en distintos sectores de la economía y sociedad. Así observamos que diferentes partes concurren a través de estas plataformas, a fin de

satisfacer sus necesidades y en otros casos además a generar beneficios económicos.

Así “las plataformas desde un punto de vista estrictamente tecnológico, son sistemas electrónicos de información alojado en un servidor y a la que puede accederse desde cualesquiera dispositivos computarizados de diversa índole, como ordenadores, tablets o smartphones, entre otros. Desde una perspectiva económica, las plataformas son agentes económicos que puedan adoptar diversos roles” tal como agentes económicos, intermediarios entre oferta y demanda, y como organizadores de la producción de bienes o servicios. (Todoli et al 2019).

Luego de haber realizado de manera general una reseña de las plataformas digitales desde la perspectiva tecnológica y económica, corresponde profundizar su estudio respecto a esta última, que no es otra que su incidencia económica y su impacto en las relaciones de trabajo que se genera a partir de la organización productiva y su intervención entre la oferta y demanda en el mercado.

2.1.1 Clasificación de las plataformas digitales

A fin de abordar el estudio de las plataformas digitales y su impacto en el trabajo es necesario definir en primer orden los diversos términos que se asocian a este nuevo modelo. En función a ello y características iremos limitando la taxonomía de estas plataformas para su estudio, y su impacto en el trabajo con el objetivo de establecer si los trabajadores que participan en la ejecución de las actividades que forman parte de estas transacciones son trabajadores autónomos y por cuenta propia o dependientes y por cuenta ajena o si nos encontramos ante una nueva categoría de trabajadores.

Las plataformas digitales tienen objetivos distintos en el mercado, que van desde ser simples intermediadores entre oferta y demanda sin buscar un fin lucrativo y los que buscan obtener una ventaja económica. También se distinguen por la realización de la prestación de un servicio, que puede ser de manera virtual desde

cualquier parte del mundo o física en determinada localidad, o por el nivel de calificación que necesitan los trabajadores de la plataforma para realizar el servicio encargado, entre otros aspectos.

Según la clasificación que realiza (Codagnone, C. Y Martens, B. 2016) existen 03 modelos de organización a través de las plataformas digitales:

1. Modelo peer-to-peer (P2P) llamados también (C2C): Los bienes o servicios son compartidos entre particulares y la empresa actúa simplemente como intermediario entre la oferta o la demanda. Este servicio puede o no ser gratuito para los usuarios.
2. Modelo business-to-consumer (B2C): la empresa proporciona la plataforma de intermediación y, además, suministra el bien o servicio. Difiere de los modelos de negocio tradicionales en que las interacciones se basan en las TIC.
3. Modelo business-to-business (B2B): puede tomar la forma de cualquiera de los dos modelos anteriores donde las partes que intervienen son organizaciones empresariales.

Asimismo, Madariaga. J, Buenadicha. C, Molina. E, y Ernst. C. (2019) clasifican a las plataformas digitales en función a su finalidad, intensidad del factor productivo y según tipo de servicios y nivel de calificación:

Según su finalidad:

- i) Modelo bajo demanda: Aprovecha los bienes y recursos existentes infrautilizados con un fin lucrativo.
- ii) Modelo colaborativo: Aprovecha los bienes y recursos existentes infrautilizados

Según la intensidad del factor productivo: de trabajo y capital

- i) Capital intensivo
- ii) Trabajo – Intensivo.

Según tipo de servicios y nivel de calificación:

- i) Servicios virtuales: ejecución del trabajo en cualquier parte del mundo y
- ii) Servicios físicos: trabajadores que realizan el trabajo en la localidad donde se encuentran y deben desplazarse físicamente. En relación a la capacidad y complejidad se clasifica en servicios virtuales de baja y alta capacidad, y servicios físicos de complejidad media alta y servicios físicos de complejidad baja. Dentro de esta última clasificación se encuentran los servicios de delivery o transporte de pasajeros.

A continuación, analizaremos la diferencia existente entre una plataforma digital que tiene por finalidad generar un beneficio económico y aquellas que no, a efectos de sumergirnos en su análisis en tanto en el primero de ellos es donde se establecerán las relaciones jurídicas entre el titular de la plataforma y el trabajador que prestará un determinado servicio.

2.1.2 Economía colaborativa y economía bajo demanda

La denominación de economía colaborativa proviene de la expresión inglesa “Sharing Economy” (Gansky 2010) y es atribuida a Lisa Gansky y Rachel Botsman, siendo que esta última la definió como “una economía basada en redes difusas de individuos y comunidades conectadas frente a instituciones centralizadas, transformando la manera en la que podemos producir, consumir, financiarnos y aprender” (Sanchez Pag. 71).

Lisa Gansky en su libro “The Mesh Why the Future of Business is Sharing” hace referencia en la introducción del mismo al caso de Scott Martin quien publicó a través de la web el alquiler de árboles de navidad, en el contexto de fiestas navideñas en los EEUU, estos eran de diversos tamaños y precios, e incluían la entrega y recojo luego de ser utilizados, a donde el consumidor indicara a través de su web. Señala que Scott había descubierto la manera inteligente de compartir el

árbol de navidad y ganar dinero haciéndolo. En lugar de comprar, poseer y tirar árboles. Sus clientes tenían acceso a sus árboles precisamente cuando los querían. Agrega que como en el negocio de Scott algunas cosas son mejores si las compartimos. Lisa sostiene que a través de la red se permite compartir un producto con los consumidores y venderlo varias veces, rentar, lo que multiplica las ganancias y contacto con ellos. Las empresas utilizan intensamente internet, redes sociales, geolocalización, y los teléfonos móviles para compartir a través de las plataformas digitales productos y servicios en beneficio de los consumidores. Las empresas se encuentran con los consumidores a través de las plataformas, se mueven en conjunto, y se basan en el tratamiento de información de aquellos para satisfacer sus necesidades, así como en la confianza que generan a través de las transacciones.

Como se advierte de la definición de economía colaborativa tuvo por objeto contactar a través de las plataformas a personas con necesidades específicas a fin que éstas puedan satisfacer aquellas colaborando mutuamente con tal objetivo. Estas transacciones se pueden realizar sin fines de lucro o buscan generar un beneficio económico.

Para la Asociación Española de Economía Digital, la plataforma virtual es la intermediaria entre oferta y demanda, por sí sola no constituye economía colaborativa. La actividad subyacente es la que constituye la economía colaborativa y tiene que ver con los usuarios que intercambian “conocimiento o bienes infrautilizados a cambio de una contribución a los gastos” o “prestan servicio de que se trate y se pagan el precio convenido, más propio de la economía bajo demanda” (Adagi). Adagi la Define así a:

“Economía colaborativa: La economía colaborativa la conforman aquellos modelos de producción, consumo o financiación que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada en relaciones entre iguales (P2P o B2B) o de particular a profesional a través de plataformas digitales que no prestan el servicio

subyacente, generando un aprovechamiento eficiente y sostenible de los bienes y recursos ya existentes e infrautilizados, permitiendo utilizar, compartir, intercambiar o invertir los recursos o bienes, pudiendo existir o no una contraprestación entre los usuarios”.

“Economía bajo demanda: Dentro de la economía bajo demanda, encontramos aquellos modelos de consumo y provisión de servicios que se basan en la intermediación entre la oferta y la demanda generada habitualmente de profesional a consumidor (B2C) a través de plataformas digitales que no prestan el servicio subyacente y cuya prestación se origina en base a las necesidades del usuario que demanda y se adapta a sus preferencias, prestándose normalmente a cambio de una contraprestación y habitualmente con ánimo de lucro”.

Así tendremos que la real economía colaborativa es aquella donde se encuentran a través de las plataformas digitales un usuario que demanda un bien o servicio y un oferente que satisface esta demanda a través de sus bienes infrautilizados con la finalidad que ambos colaboren con ello, sin buscar un fin lucrativo o relación comercial. El típico ejemplo de un bien infrautilizado es el taladro comprado por una persona para satisfacer una necesidad, el que utiliza en pocas o sólo en una oportunidad, y decide rentarlo a través de su ofrecimiento de una plataforma digital para que otros que necesiten de esta herramienta la puedan alquilar.

Así la economía colaborativa se basa “en crear espacios de encuentro normalmente digitales, donde gente con intereses comunes o necesidades complementarias realiza intercambio de valor o colabora para un objetivo común (comunidades)” (Plaza. J, Rodríguez. D, Gómez Álvarez. R, p.44)

En este intercambio de valor participan tres agentes: i) los consumidores, ii) los oferentes de productos o servicios y iii) los intermediarios que viene a ser las

plataformas digitales que interconectan a los dos primeros, que se puede realizar con o sin un fin lucrativo.

En la “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones Una Agenda Europea para la economía colaborativa de 02 de junio de 2016” haciendo referencia a los fines de dicho documento señala que:

“el término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. La economía colaborativa implica a tres categorías de agentes i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”.

Por su parte El Dictamen del Comité de las Regiones Europeo de 10 de febrero de 2016 sostiene la “necesidad de distinguir entre las diferentes modalidades de la economía colaborativa. Todas utilizan el mismo paradigma social: el acto de compartir, colaborar y cooperar. Sin embargo, son muy diferentes” en atención a si son con fines lucrativos o no.

Asimismo, considera categorías de economía colaborativa “cuatro modalidades diferentes de economía colaborativa: la economía colaborativa en sentido estricto o economía a la carta: la «economía de acceso» (access economy), para aquellas iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización del acceso a bienes y servicios, no su tenencia. Se trata de un alquiler temporal en vez de una venta

definitiva. La «economía de los trabajos ocasionales» (gig economy), para iniciativas basadas en trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital. Economía de puesta en común: la «economía inter pares» (collaborative economy), es decir, iniciativas que fomentan un enfoque inter pares, implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad, la «economía de puesta en común».

Igualmente, se tienen plataformas virtuales que además de ser intermediarias entre los agentes o partes que ofrecen un servicio o producto y los que los requieren establecen las condiciones de uso de éstas y generan un ingreso económico, “intervienen activamente en la definición de las condiciones de uso de la plataforma y obtienen importantes beneficios económicos”. Denominado “servicio subyacente” cuando se realiza la prestación de un servicio a un sector del mercado (Beltrán de Heredia, 2018 p. 6 citando a SERRANO OLIVARES).

Ahora bien, como vemos la economía colaborativa es aquella que tiene por objeto satisfacer necesidades de las partes, normalmente pares o particulares, que intervienen en ella mayormente sin buscar un fin lucrativo. En el desarrollo del presente trabajo se entenderá a la economía colaborativa a las transacciones que se realizan en la búsqueda de la colaboración mutua y que no denote el establecimiento de un ánimo de lucro y si uno de compartir gastos para cubrir en conjunto los gastos del bien infrutilizado por su utilización. Entenderemos economía bajo demanda a aquella que si tenga un fin lucrativo a partir de la prestación de un servicio subyacente.

Por ejemplo, clara muestra de una verdadera economía colaborativa será BlaBlaCar, que es una plataforma online que conecta a usuarios sobre la base de la confianza, para compartir los espacios disponibles de un vehículo de un punto a otro. De un lado los conductores no profesionales, y de otro pasajero, que van a realizar un viaje al mismo destino y el vehículo cuenta con asientos disponibles y comparten los gastos del trayecto no lucrando con ello. Según ADAGI BlaBlaCar “es hoy la comunidad de compartición de coche de larga distancia más grande del

mundo y uno de los claros exponentes de la conocida Economía Colaborativa, con más de 30 millones de miembros en 22 países, 10 millones de viajeros por trimestre con una distancia media recorrida por cada viajero de 330 km”.

No seguirá la misma clasificación Uber, sino será clasificada como economía bajo demanda, pues los conductores y esta plataforma que presta el servicio subyacente de transporte busca lucrar con ello y no compartir gastos. El mismo destino tendrá Glovo o Rappi.

2.2 Las plataformas virtuales de trabajo - Gig Economy: *Crowdworky Work on demand via apps*

Las plataformas digitales o virtuales de trabajo son aquellas que buscan generar un beneficio económico a través de las transacciones que se realizan mediante la plataforma, donde los usuarios requieren un servicio o bien por el que realizan un pago, y es ejecutado por los trabajadores de la plataforma de manera presencial o remota.

En función al trabajo desarrollado a través de las plataformas, plataformas de trabajo, encontramos denominaciones como: *Gig Economy*: Trabajo a demanda desarrollado por un profesional que pone medios y las capacidades a cambio de una contraprestación y con la ayuda de una plataforma de intermediación digital. También definido por (Sánchez Ocaña) como “economía consistente en iniciativas basadas en trabajos esporádicos u ocasionales cuya transacción se hace a través del mercado digital”; *Crowdworking*: Prestación de Servicios haciendo uso de plataformas digitales a partir de un modelo de economía bajo demanda (Sánchez Ocaña).

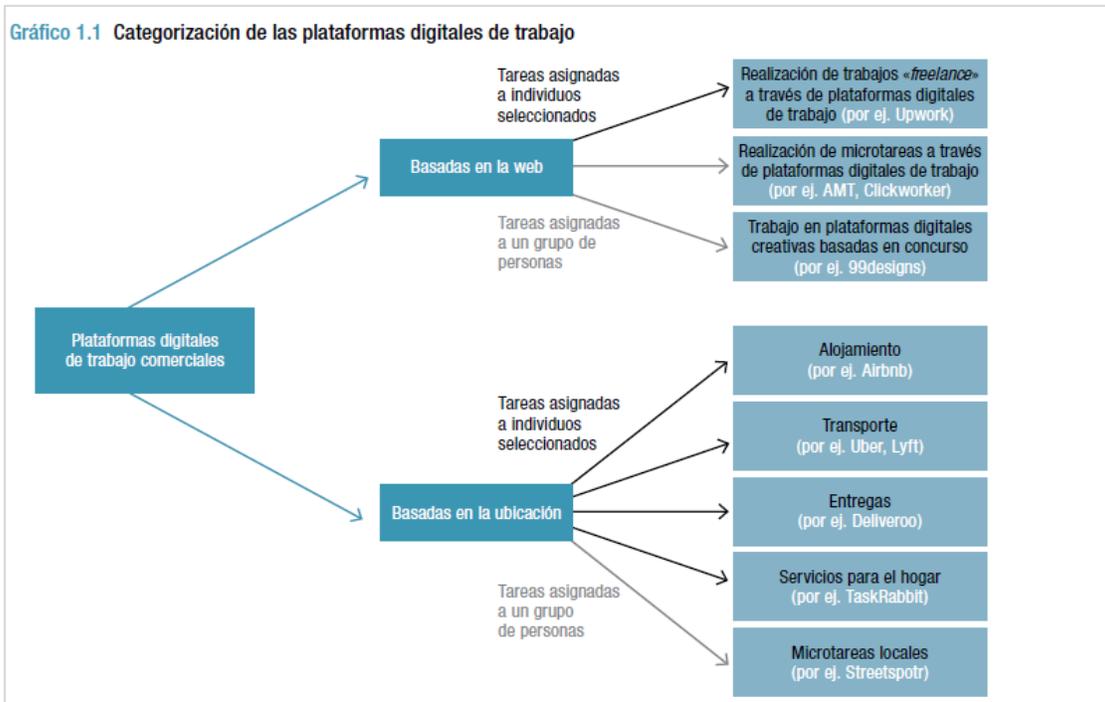
Desde la perspectiva del trabajo la Gig Economy, principalmente incluye dos formas de realizar trabajo: i) “Crowdwork” y ii) “Work on demand via apps”. La primera de ellas consiste en la realización de tareas o microtareas “task” “Microtask” monótonas y simples realizadas por trabajadores que se conectan desde cualquier parte del

mundo con clientes a través de las plataformas “online platforms”, tales como llenar encuestas, etiquetar fotos, así como en menor medida, tareas más complejas, como la creación de un logo o el desarrollar una campaña de marketing (Valerio De Stefano).

En relación a la segunda, llamada “trabajo a pedido mediante aplicaciones”, Valerio de Stefano entiende que es la modalidad de trabajo ejecutada de manera tradicional como la entrega de mandados o recados, limpieza o transporte son ofrecidos y asignados a través de las aplicaciones móviles. Las empresas propietarias de estas plataformas establecen las características mínimas de la calidad del servicio, así como en el reclutamiento y gestión de los trabajadores. A diferencia con la primera la plataforma es utilizada sólo para la conexión de los trabajadores con los clientes pues la ejecución de la actividad se realiza localmente, en el lugar geográfico donde ambas partes se encuentren.

En esa misma línea, según la (OIT, 2019) en “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital” “Existen dos tipos de plataformas: las plataformas en línea, en las cuales el trabajo se terceriza mediante convocatorias abiertas a una audiencia geográficamente dispersa (una modalidad también conocida como *crowdwork*), y las aplicaciones (o apps) móviles con geolocalización, en las que el trabajo se asigna a individuos situados en zonas geográficas específicas”. Las plataformas digitales que asignan microtareas – *microtask*- “implica la subdivisión de tareas en pequeñas unidades, por cada una de las cuales se abona una muy pequeña cantidad de dinero, y el trabajo se reparte entre el grupo de personas a través de plataformas digitales de trabajo en línea” (OIT, 2019, p.14).

Así podemos resumir en el gráfico de abajo las clasificaciones de las plataformas digitales de trabajo basadas en la web - *Crowdwork*” y basadas en la ubicación - *Work on demand via apps*:-



Fuente: *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital* Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019 p.5

En relación al Crowdsourcing, empresas como Amazon Mechanical Turk (AMT), CrowdFlower, Clickworker, Microworkers y Prolific realizan estas actividades. La (OIT 2019, p. 3) sostiene:

“Tal como sugiere la combinación de las palabras crowd (grupo de personas) y outsourcing (externalización), el origen de la palabra se refiere directamente a las motivaciones económicas de las empresas que recurren a la externalización de tareas (mano de obra más barata, a pedido). Los grupos de trabajadores que cubren múltiples usos horarios ofrecen a las empresas la posibilidad de realizar proyectos a cualquier hora del día o de la noche, y cuando son muchos los trabajadores, eso significa que las tareas se pueden hacer rápidamente. Al aprovechar el potencial de un “grupo de personas”, una empresa puede acceder a miles de trabajadores que son capaces de, por ejemplo, procesar grandes series de datos en relativamente poco tiempo sin que la empresa tenga ninguna otra obligación con esos trabajadores”

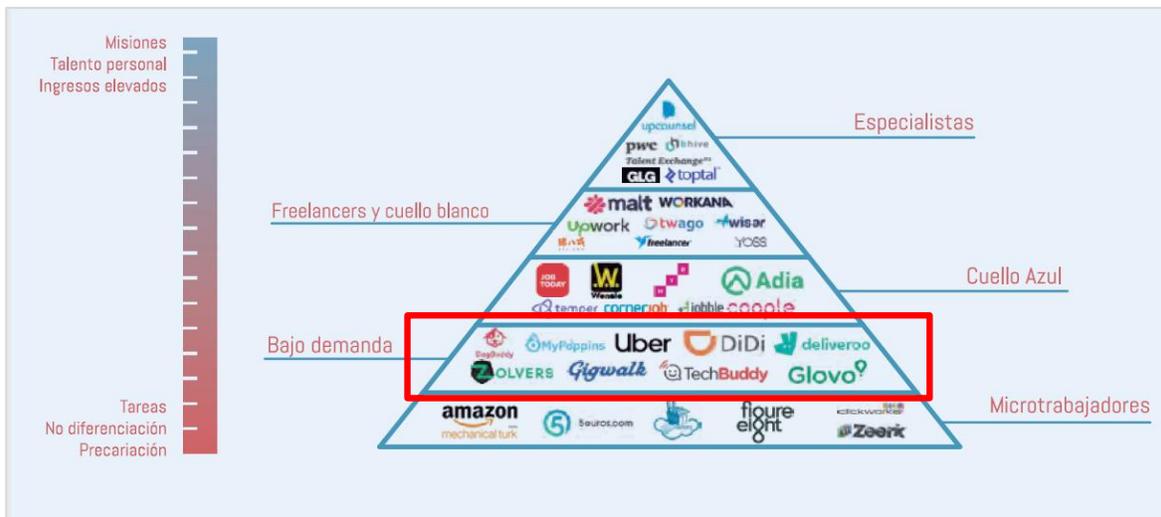
La OIT (2019) en esa línea, señala que a estas plataformas de microtareas se las entiende como “mercado de trabajo para pequeñas tareas de información”:

“Estas tareas de “información” van desde la identificación de imágenes, pasando por la moderación de contenido, a la transcripción de voces, pero todas tienen en cola capacidad de realizar trabajos en forma remota y mediante el uso de una computadora. Clientes o solicitantes del servicio usan la plataforma para publicar tareas masivas por realizar, que pueden ser una encuesta para la que se piden miles de respuestas, o un conjunto de cientos o miles de fotos de imágenes de calles en las cuales los trabajadores deben identificar y marcar determinadas características (tales como franjas centrales, líneas centrales, peatones y autos). Los trabajadores usan la plataforma para ubicar tareas para las cuales están calificados, y se les paga por cada tarea o trabajo individual terminados, por ejemplo, cada respuesta en una encuesta o cada foto etiquetada. Hay tareas, como las encuestas, que solo pueden ser completadas una vez por cada trabajador. Sin embargo, en el caso de las tareas masivas, como el etiquetado de fotos, el trabajador puede elegir realizar una gran cantidad de casos individuales de la tarea publicada”.

Elas surgen como respuesta al fracaso de la inteligencia artificial³ para realizar tareas simples para la inteligencia humana que la inteligencia artificial no pudo realizar. “Hoy, una gran variedad de tareas que actualmente no pueden ser automatizadas informáticamente, tal como etiquetar todos los gatos en una serie de fotografías, puede llevarse a cabo en cuestión de minutos utilizando “mano de obra mundial, a pedido, las 24 horas del día los 365 días del año” (OIT, 2019 p.9).

En conclusión, de lo antes expuesto, realizaremos el presente trabajo a partir de las plataformas de trabajo sustentadas en la economía bajo demanda - basadas en la ubicación -*Work on demand via apps*- y que se realicen de manera física, *offline*, en una ubicación geográfica determinada, además de requerir una baja calificación para desarrollar la actividad.

³ *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital* Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019 p.39 “Las plataformas de asignación de microtareas surgieron inicialmente debido a la necesidad de contar con inteligencia humana. Tal como lo explica Irani (2015a), las plataformas de asignación de microtareas tales como AMT “surgieron por el fracaso de la inteligencia artificial en satisfacer las necesidades de las compañías de Internet que procuraban ampliar el campo de los datos que podían almacenar, clasificar y proporcionar en forma digital” (p. 225). La inteligencia artificial no pudo “clasificar los matices de las imágenes, los sonidos y los textos que llenaron la Web 2.0” (ibid.); por lo tanto, hacían falta personas y no algoritmos para zanjear la brecha. En consecuencia, los seres humanos se han convertido en una parte esencial de la provisión de servicios comúnmente identificados o descriptos como “inteligencia artificial” (ver, por ejemplo, Nakashima, 2018; Newman, 2017; Davies, 2017; Alba, 2017)



Fuente: Memoria del Resahping Work Regional Barcelona 2019, Futuro, trabajo y un nuevo contrato social.

2.2.1 Características de las plataformas digitales de trabajo

Las plataformas digitales de trabajo tienen las siguientes características: i) Es un grupo cerrado integrado por quienes la administran, quienes prestan servicios y usuarios que demandan estos ii) es instrumental al ser el intermediario entre la oferta y la demanda iii) obtienen un beneficio al administrar la red haciendo más eficiente las interacciones entre oferta y demanda iv) la flexibilidad que permite a los trabajadores que prestan el servicio al permitirles organizar su tiempo v) el método y monto de pago que organiza y administra la plataforma, vi) utilización de las tecnologías de la información y comunicación donde los agentes involucradas navegan a través de la internet para satisfacer sus necesidades sobre la base de la prestación de servicios digitales de las plataformas que cuentan con protocolos y algoritmos vii) el sistema de reputación como mecanismo de regulación de la propia plataforma, donde por una lado el usuario califica el servicio prestado por el trabajador y por otro la plataforma contará con información para verificar que el trabajador cumple con las instrucciones de calidad de servicio establecida por aquella (Todoli Signes, A., Sanchez Ocaña, J.M., Kruijthof Ausina A., 2019, p. 45).

Así también se tiene que las características del trabajo en la plataforma son las siguientes: i) no se retribuye el tiempo de trabajo sino el trabajo a destajo o por acción realizada, ii) trabajo impredecible iii) flexibilidad horaria iv) escasa protección social iv) falta de asociación y negociación colectiva.

Todoli (2017) enumera una lista de características del modelo de negocio de las plataformas digitales de trabajo, las cuales señalamos a continuación:

- 1) Menor dependencia: No hay mandos medios que controlen el cumplimiento del tiempo y calidad del producto, las empresas a través de las tecnologías y en base a las calificaciones que realicen sus clientes tomarán decisiones para contratar y despedir a trabajadores. Con este nuevo modelo se establece una menor subordinación y mayor libertad, pese a que la plataforma virtual ostenta el mayor control sobre el trabajador y modo de prestación de servicio, en tanto una adecuada prestación del servicio impacta en la marca distintiva y reputación corporativa.
- 2) Economías de escala o necesidad de una masa crítica: En este modelo de negocio se encuentran una gran cantidad de trabajadores y usuarios lo que conlleva a que las empresas no opten por establecer horarios o jornadas de trabajo, pues siempre habrá un trabajador disponible para atender los requerimientos de los usuarios.
- 3) Negocio global: La expansión de las plataformas y la marca que las representa a nivel mundial tiene un costo ínfimo, razón por la que estas compañías tienden a su expansión mundial a fin de aprovechar la economía de escala, generar confianza en los clientes para hacer posible llegar a obtener la masa crítica necesaria.
- 4) Algo más que una base de datos: No sólo es una base de datos, sino una empresa que presta determinado servicio dependiendo del sector donde se desenvuelva. Ello se debe a que la plataforma es la que establece requisitos para la prestación del servicio y controla gran parte de éste. No es otra la finalidad de lo anterior que cuidar la reputación corporativa y la adecuada prestación del servicio.

2.2.2 Ventajas y desventajas de las plataformas digitales de trabajo

2.2.2.1 Ventajas de las plataformas digitales de trabajo

El nuevo modelo de organización centrado en las plataformas digitales de trabajo reduce los costos de transacción haciendo más eficientes el intercambio de productos y servicios que se realizaban previamente sin la intermediación de ésta. Se adapta a las necesidades y demandas específicas sin contar con trabajadores a tiempo indefinido y durante las 24 horas del día, ello es posible debido a que cuenta con un enorme elenco de trabajadores.

Es una modalidad de generar empleo e ingresos con sólo contar con una computadora o Smartphone e internet y medio de transporte, así como también para generar ingresos secundarios. Genera el acceso al mercado laboral de grupos específicos, como los jóvenes u otros colectivos. También beneficio a aquellos

trabajadores que buscan flexibilidad en relación al tiempo y lugar o cantidad de trabajo.

El trabajador tiene la libertad para determinar cuándo y en qué momento trabaja, así como para aceptar un trabajo o rechazarlo.

Permite el trabajo de personas que residen en zonas rurales o alejadas, así como de personas con discapacidad. Igualmente, personas que tienen bajo su cuidado a familiares o terceros.

Según Mankiya. Lund, Robinson, Valentino y Dobbs (2015) para el año 2025 las plataformas digitales podrían impactar de forma positiva en 540 millones de personas alrededor del mundo, así como generar ingresos en 2.7 billones de dólares americanos.

Para el Banco Interamericano de Desarrollo las plataformas digitales generan la expectativa de “mayor participación laboral, más trabajo a medio tiempo y menos desempleo, así como ganancias en eficiencia y productividad. Plataformas como Uber y Cabify son algunos de los ejemplos que ya han transformado la movilidad de las ciudades, también en América Latina y el Caribe, haciendo el transporte más accesible, seguro, flexible y, sobre todo, más eficiente. La flexibilidad laboral también facilita la conciliación de la vida laboral con la personal, permitiendo adaptar la jornada laboral o el lugar de trabajo para responder a necesidades familiares”. (2019, p.5).

Todoli (2017) señala que “las nuevas tecnologías están permitiendo una disminución de los costes de transacción inimaginable hasta hace unos pocos años. Los costes de transacción son la principal razón por la que las empresas prefieren realizar el trabajo por sí mismas, dentro de una organización preparada para prestar servicios al mercado.”. En efecto, manifiesta que en los siglos anteriores las empresas preferían contratar trabajadores subordinados debido a que resultaba más eficiente en términos económicos y de tiempo la transmisión de la información a ellos que a los trabajadores independientes, capacitarlos y controlar la jornada laboral y calidad del producto final, pasando a ahora a ser los costos de transacción casi nulos con las nuevas tecnologías donde los empleadores se convierten en intermediarios entre el que demanda el servicio con el proveedor de aquel. Así la “descentralización se lleva a su extremo: a la atomización del mercado (...) la figura del trabajador dependiente creada en los albores de la revolución industrial parece estar acercándose a su fin” (p.13).

El caso Glovo, ventajas desde la mirada de su fundador y CEO, Oscar Pierre en la presentación que realizó en el “Reshaping Work Regional – Barcelona 2019 – Glovo: del comercio local al repartidor” a partir de las encuestas realizadas a sus trabajadores:

- 7 de cada 10 trabajadores están satisfechos con la solución de Glovo
- Glovo cuenta con aproximadamente 36 mil “partners” o trabajadores a nivel mundial a septiembre de 2019
- 34% de los trabajadores a nivel mundial estaban desempleados antes de ingresar a Glovo.
- Encuestas internas como externas les muestran que la flexibilidad es la ventaja más importante, trabajan cuando quieren, cuando pueden, hasta donde quieren, sin que exista penalización alguna: 90 % de sus trabajadores señala su satisfacción con la flexibilidad.
- Plataforma ofrece seguro privado en caso de accidentes.
- No existe exclusividad, pudiendo trabajar para otras plataformas. La mayoría de los trabajadores laboran para otras plataformas.
- En España se paga por pedido. 5 euros por pedido en una media de 26 minutos. Los mensajeros sacan en promedio entre 8 y 10 euros por hora – en función al promedio de minuto u hora trabajada debido a que no se paga por hora-. Con 40 horas semanales los trabajadores obtienen 1360 euros, de este monto deberán pagar otros gastos como autónomos, gasolina o moto. Por encima del salario mínimo interprofesional de España, denominado en nuestro país remuneración mínima vital.
- En España, la mayoría trabaja en bicicleta 52%, en motocicletas 30% y coches o patines 18%.
- Casi el 70% trabajan menos de 40 horas, 40 % menos de 15 horas.
- Diversidad de grupos de trabajadores en España:
 - Perfil del estudiante: 2 o 3 horas al día, sobre todo fines de semana
 - Los que tienen trabajo principal y utilizan Glovo como ingreso secundario.
 - Los que vienen de desempleo o inmigrantes que su primer trabajo son los que trabajan jornadas más prolongadas.
- Finalmente, cuestionó la regulación actual y cree que lo ideal sería una nueva regulación para los repartidores.

A continuación, las capturas de pantalla de la referida presentación donde se podrá apreciar la información antes referida:

Reshaping Work Regional - Barcelona 2019 - Glovo: del comercio local al repartidor - Oscar Pierre

COURIERS

+36.000 Active couriers

7/10 Of couriers are satisfied

90% Decide to collaborate due to **flexibility and easiness of earn extra income**

34% Of couriers worldwide **were unemployed** before collaborating with Glovo



12:45 / 19:27

Reshaping Work Regional - Barcelona 2019 - Glovo: del comercio local al repartidor - Oscar Pierre

COURIERS IN SPAIN

MODE OF TRANSPORT	
1 Bicycle	52%
2 Motorbike	30%
3 Other	18%

WEEKLY HOURS	
1 15 or Less	40%
2 20-30	22%
3 35-40	7%

REASON FOR JOINING	
1 Money	62%
2 Flexibility	30%
3 Good Word	3%
4 Other	5%

26 Min
AVERAGE DELIVERY TIME

14:13 / 19:27

Fuente: https://www.youtube.com/watch?v=m_IFILB12AE

Como vemos, entre las principales ventajas se encuentra, la mayor flexibilidad de los horarios de los trabajadores que permite conciliación entre la vida laboral y familiar. Rápida inserción al mercado laboral, incluso sin previa capacitación o experiencia, así como es un medio para generar ingresos personales primarios o secundarios.

2.2.2.2 Desventajas de las plataformas digitales de trabajo

Los trabajadores de las plataformas digitales se encuentran extramuros de la regulación laboral, fiscal, social y de seguridad y salud en el trabajo, lo cual materializa una precarización del empleo. Trabajan por que lo necesitan. Jornadas de trabajo excesivamente largas que superan los máximos legales. No se garantiza su seguridad y salud en el trabajo. Se someten a las condiciones establecidas por las plataformas que pueden variar las mismas durante la ejecución de los servicios, tal como la tarifa de pago por entrega.

Genera una competencia desleal frente a compañías que si cumplen con la normativa laboral, fiscal, administrativa y social. En efecto, con este modelo organizativo se genera una distorsión en el mercado teniendo como base una competencia desleal, pues las empresas titulares de las plataformas digitales de trabajo no cumplen con las normativa laboral, social, previsional y tributaria a diferencia de las empresas tradicionales que si lo hacen.

Entre las principales desventajas que trae consigo el modelo de organización de las plataformas de trabajo se encuentran la dificultad de acceso al mercado a prestar estos servicios debido al posicionamiento de la marca, plataforma, almacenamiento de datos reduce la competencia en el mercado, los trabajadores no tienen la poder de negociación frente a las condiciones establecidas por los titulares de las plataformas, ni individual ni colectivamente, se encuentran fuera del alcance de la aplicación de la legislación laboral como resultado de la falta de un contrato laboral entre las partes, por lo que no tienen protección social, previsional ni de seguridad y salud en el trabajo (Todoli Signes, A., Sanchez Ocaña , J.M., Kruifhof Ausina A., (2019).

Lo anterior genera que los ingresos generados a partir de esta actividad resulten insuficientes para cubrir sus necesidades básicas, dificultad para poderse asociar considerando la individualización de las labores y la vinculación directa con la compañía a través de la plataforma difuminando el contacto físico entre trabajadores y la competitividad que se genera entre aquellos, falta de capacitación, al igual que canales de defensa frente a las calificaciones negativas o desactivaciones por parte de los usuarios y plataforma. Inseguridad de la duración de la relación contractual.

Según el Banco Interamericano de Desarrollo:

“El mundo de las plataformas no solo trae oportunidades, sino también grandes riesgos, como la posibilidad de que sus trabajadores no tengan acceso a derechos y garantías fundamentales en el mundo laboral (...) A diferencia de la situación en países desarrollados, es probable que muchos de estos trabajadores ya se encuentren trabajando en empleos informales o precarios, lo que hace aún más importante que las nuevas tecnologías no perpetúen este viejo problema. En estos casos, la ventaja competitiva no se da por una mayor productividad, sino evadiendo la legislación laboral y la seguridad social, lo que merma el bienestar de la sociedad” (2019, p.5).

Una vez más ponemos como ejemplo a Glovo, ahora para mostrar un aspecto de desventaja de las plataformas virtuales de trabajo a demanda: la reducción unilateral del pago por servicio realizado a sus trabajadores en un 50%, lo que implica que deberán realizar más repartos para percibir la misma ganancia que antes de dicha modificación. En efecto según el diario ABC Economía de España (2020) “Los «riders» que colaboran con la plataforma pasan de recibir 2,5 euros por recogida a 1,25 en ciudades como Sevilla y Málaga. La compañía defiende que estos trabajadores recibirán la misma prestación porque amplía los extras”. El diario recoge la declaración de la organización Free Riders quienes sostiene que “Ahora para ganar un sueldo base de 900 euros tienen que estar hasta 12 horas al día en la bici”, lo cual también nos muestra otra desventaja de las plataformas virtuales de trabajo que no es otra que la inexistencia de jornada laboral máxima y con ello el cuidado y prevención de la seguridad y salud de los trabajadores.

2.3. La dificultad del encaje del trabajador de las plataformas de trabajo en la configuración del contrato de trabajo

La doctrina laboral internacional muestra posiciones encontradas sobre la calificación jurídica de la relación contractual entre la plataforma digital de trabajo y el trabajador. Esta nueva modalidad de producción y organización frente a los clásicos elementos del contrato de trabajo genera tensiones que “amenazan con hacer saltar las costuras de ese marco jurídico y que derivan de una triple circunstancia: una intensa flexibilidad, una marcada individualización de las relaciones con la plataforma y unas borrosas fronteras de ésta como posible empleador” (Borja Suarez, p.45).

Así podemos encontrar entre las más resaltantes:

2.3.1 Es trabajador subordinado a la luz de la legislación

Se consideran a los trabajadores de las plataformas virtuales de trabajo dependientes y por cuenta ajena y como consecuencia de ello se configura el contrato de trabajo y se les debe aplicar el bloque normativo laboral.

Anna Ginès i Fabrellas, Sergi Gálvez Duran (2016, p.36) sostienen:

“En este sentido, tras el estudio del funcionamiento de la plataforma virtual Uber y la forma específica de prestación de servicios es evidente la relación laboral existente entre Uber y sus conductores, por encontrarse presentes las notas de ajenidad y subordinación y dependencia jurídica. La prestación de servicios en el marco de la organización empresarial Uber, la ausencia de una auténtica organización empresarial propia y autónoma y la ajenidad en

los beneficios y riesgos de la actividad productiva confirman la existencia de una relación laboral, sin que la propiedad del vehículo o la libertad en la determinación del tiempo de trabajo y horario puedan apreciarse como relevantes para descartar la concurrencia de las notas de ajenidad y dependencia jurídica”.

Por su parte, Francisco Trillo Párraga, considera que nos encontramos ante un trabajador subordinado en tanto los trabajadores de Uber, son dependientes jurídicamente de dicha compañía, en tanto tiene como objetivo prestar el servicio de transporte urbano de personas y selecciona conductores quienes con su propio vehículo realizarán la prestación del servicio, a través de la plataforma. Ello no sería posible sin la intermediación empresarial de Uber, entre los conductores y usuarios de esta compañía. No obstante, ello, el criterio de dependencia jurídica podría no ser completamente satisfactorio, razón por la cual se podría acudir a la configuración jurídica del contrato de trabajo sobre la base de la ajenidad del mercado. (Todoli et al. 2018, p.223-243).

En esa línea, para Marialaura Birguillito sostiene son trabajadores subordinados sobre la base de los elementos clásicos constitutivos del contrato de trabajo – se hace referencia a la dirección y control, así como a la unilateralidad en la definición de las condiciones laborales por parte de las empresas titulares de las plataformas, pues las relaciones entre trabajador y empresa titular de la plataforma no difieren a las relaciones tradicionales de producción sustentadas en la “explotación del trabajador”. Por ello concluye, que los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo deben ser calificados como subordinados sobre la aplicación de las normas del derecho del trabajo tradicional y con ello aplicarles el bloque normativo laboral de protección en su conjunto. (Todoli et al. 2018, p.223-243).

Raquel Serrano Olivares argumenta que los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo son trabajadores dependientes y por cuenta ajena y por ello no deben ser clasificados como una relación laboral especial aplicándoseles el bloque de protección del ordenamiento jurídico laboral en su integridad, precisando que la nota que determine esta calificación no debiera ser la dependencia sino el de ajenidad en el mercado. Ello se debe a la dificultad que tiene en este modelo organizativo para calificar por dependencia al trabajador para su configuración jurídica como tal en cuanto puede libremente escoger el momento en el que se conecta a la plataforma o rechazar ofertas de pedidos. Mientras que en el caso de la ajenidad del mercado el trabajador es ajeno al mercado y el lucro o utilidad del trabajo realizado recae en la plataforma. (Miguel Rodríguez Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano, 2017).

2.3.2. Nueva categoría jurídica con asignación selectiva del bloque normativo laboral.

Debido a que la regulación del Derecho del Trabajo clásico no sería compatible con la naturaleza del modelo organizativo de las plataformas virtuales de trabajo, en tanto a diferencia del modelo industrial donde se establece una jornada y horario laboral, este se encuentra marcado por una gran flexibilidad y autodeterminación del trabajador, además de la dificultad del encaje de estas actividades para con la subordinación como elemento configurador del contrato de trabajo.

Se plantea como primera opción crear una nueva categoría jurídica singular que considere trabajador subordinado a aquel que presta servicios en la plataforma digital de trabajo y le genere protección considerando las características de la actividad. No obstante, realiza dos anotaciones: i) habrá flexibilidad con el consiguiente costo de menores derechos laborales apegándose a la solución del Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente y ii) esta regulación podría tener efectos nocivos a largo plazo al ordenamiento jurídico laboral que debilite sus garantías frente al crecimiento de este modelo de negocio. Por lo anterior, se decanta por aplicar el ordenamiento jurídico laboral ordinario adaptándolo a la actividad del entorno productivo de las plataformas, tal como el caso de la regulación del trabajo a distancia español. (Borja p.53).

Así se puede advertir que existen voces que manifiestan que la normativa laboral no es satisfactoria para regular el entorno productivo de las plataformas virtuales de trabajo, así como aquellas que sostienen que ésta evita la desprotección de los trabajadores de plataforma.

2.3.3 Los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo no se encuentran subordinados

Finalmente, según Molina (2015) los repartidores de las plataformas digitales no son trabajadores subordinados:

“Desde un punto de vista estrictamente laboral, nos encontramos con una plataforma digital que se presenta como simple intermediario que redirige a potenciales trabajadores por cuenta ajena a la posición de proveedores autónomos de servicios condicionados a la demanda de los clientes. (...) Su carácter transnacional, el debilitamiento de las notas clásicas de laboralidad, la velocidad de las transacciones, su difícil control, entre otras características, acabarán no encontrando en el ordenamiento jurídico laboral vigente –ni comunitario ni español– una respuesta completa al conflicto de intereses en juego. Sin duda, todo un reto para nuestro tiempo”.

Así se establece que, al no concurrir los elementos característicos del contrato de trabajo en la relación jurídica entre dichas partes, la regulación de las condiciones entre ambos se deja a la autonomía de las partes. Por tanto, no corresponde aplicar el bloque normativo laboral.

2.4 El caso UBER

A nivel doctrinal, jurisprudencial y administrativo, aún no se logra un consenso en relación a que los trabajadores de la plataforma Uber son autónomos o dependientes y por cuenta ajena, o debería construirse una nueva categoría jurídica a la medida para regular la relación jurídica entre plataforma y trabajador. No obstante, ello, en su mayoría la doctrina laboral se inclina por considerar a los trabajadores de Uber como dependientes y por cuenta ajena.

Anna Ginès i Fabrellas y Sergi Gálvez Duran (2016), mayormente sobre la base de los hechos probados en el Informe de la Autoridad Administrativa de Barcelona de 9 de marzo de 2015 -Expediente 8/0025767/14- que analizó la relación jurídica entre Uber y sus trabajadores y consideraciones de la California Labor Commission de 6 de junio de 2015 en el caso Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies, Inc. - Case no. 11-46739 EK (2015), concluyen que a la luz de la normativa laboral española, Estatuto de los Trabajadores, los trabajadores de Uber se encuentran subordinados, al ejecutar sus actividades con las siguientes características:

a) Ausencia de una auténtica organización empresarial propia y autónoma: El trabajador pese a establecer cuándo y en qué horas ejecuta su labor, así como tener libertad de rechazar viajes encargados, Uber establece la posibilidad de extinguir la relación contractual con el trabajador en caso de rechazar demasiados viajes o permanecer un tiempo prolongado sin realizar servicios, establece incentivos para aquellos que se conecten una vez por semana o aquellos que realicen la prestación por determinada zona de la ciudad. A lo anterior se suma que estos trabajadores no cuentan con una propia y autónoma organización empresarial, pues no pueden prestar servicios fuera de la plataforma a los usuarios de Uber o localidad donde prestan sus servicios.

A continuación, transcribo las citas que realizan dichos autores:

“Según el informe de la Inspecció de Treball de Catalunya se establece un sistema de incentivos de 100€ por 15 horas de conexión semanal (independientemente del número de servicios realizados) y 100€ por un mínimo de 10 viajes completados de domingo a domingo (p. 31).

“¡Hola! ¡Recuerda que cada viaje completado te pagamos €15 adicionales! Aprovechate de la demanda del sábado noche y domingo todo el día.

UberON!!”, “¡¡Hoy alta ocupación durante todo el día con UBERONBCN!!” o “Utilización del 100% en toda la ciudad. Un buen momento para conectarse.” (Informe Inspección de Treball de Catalunya, p. 29). (p.19).

Así se manifiesta en un mensaje enviado por Uber a uno de sus conductores: para poder optar a los incentivos se requiere “conectarse como mínimo 2h el viernes y 2h el sábado durante las franjas horarias mencionadas (19:00 pm – 02:00am). Además, tu ratio de aceptación de viajes deberá ser superior al 80 de los que se te sean asignados” o “para poder optar al bonus como al incentivo de las horas es necesario... estar conectado en el área de Barcelona que se muestra a continuación...” (p. 25).

A modo de ejemplo: “[e]sta semana habrá mucho movimiento en Barcelona porque llega el PRIMAVERA SOUND. El jueves, viernes y sábado, el festival alcanzará su punto álgido y uberPOP no puede faltar. Recuerda que por cada viaje realizado e (sic.) recompensamos con €15 adicionales. ¡Aprovechalo!” (página 29 informe). (p.20)

b) La flexibilidad en el tiempo de trabajo no impide una clara sujeción a la dirección, instrucciones y control de la empresa: El control y dirección del trabajador por parte de Uber se verifica desde el proceso de selección, donde aquél debe acreditar una antigüedad no mayor de 10 años del vehículo, seguro del mismo, licencia de conducir por más de 03 años, examen de conocimiento de geográfico de la ciudad y entrevista personal con un miembro de Uber. La prestación es personalísima, así sólo el trabajador puede ingresar a la plataforma y no puede ser sustituido por otro conductor. Uber establece el precio del servicio, comisión del trabajador, estando facultado a modificar las condiciones del servicio. También se encuentran sometidos a control de la prestación del servicio por parte de los usuarios, quienes califican al trabajador y en base al cual pueden extinguir la relación jurídica, desactivar, u otorgar incentivos al trabajador. Las instrucciones se materializan de la siguiente manera:

A continuación, transcribo las citas que realizan dichos autores del Informe de la Autoridad Administrativa Laboral de Barcelona (p. 27-28), los que al no observarse pueden detonar calificaciones negativas o extinción del vínculo contractual respecto del trabajador de la referida plataforma:

“CONSEJOS: 1. Llega a la dirección indicada rápidamente espera ahí al usuario. Al recibir una solicitud de servicio dirígete de forma rápida y directa a recoger al usuario. Al llegar, detén el vehículo lo más cerca posible de la dirección indicada. Si no se puede aparcar, sitúate lo más cerca posible de la dirección en un sitio donde se pueda detener el vehículo (es importante DETENER el vehículo para que el usuario pueda acercarse andando en el caso de que fuese necesario). Si el usuario no está, espera 6 minutos antes de llamarle. Si no se presenta y no responde al teléfono puedes cancelar el trayecto indicando: “el cliente no se ha presentado”. 2. Actitud agradable y distendida. Los usuarios uberPOP se distinguen, en general, por ser gente

amable y simpática. Puedes ofrecerle conversación, pero ten en cuenta que hay veces que no quieren ser molestados. Puedes preguntar si desean escuchar algo en particular o si quieren reducir el volumen de la radio. 3. Coche limpio y en buenas condiciones. Intenta mantener siempre tu vehículo en condiciones de limpieza excelente, tanto por dentro como por fuera. Ten en cuenta qué desperfectos en el vehículo pueden ser motivo de malas valoraciones por el usuario.”

Así establecen que, si bien no se verifica la emisión de instrucción expresas para la realización de la actividad, la dependencia jurídica se materializa con “la integración de los trabajadores en la organización empresarial; en este caso, la integración en la organización derivada del funcionamiento de la plataforma virtual” Anna Ginès i Fabrellas, Sergi Gálvez Duran (2016 p.25).

c) El desplazamiento de mayor riesgo a los conductores no conlleva la asunción del riesgo y ventura de la actividad productiva: El trabajador aporta el vehículo con el cual realiza la prestación de servicios y asume el costo que ello irroga; no obstante, al ser el valor de ellos ínfimo frente a “los verdaderos medios de producción de la actividad económica” (Anna Ginès i Fabrellas, Sergi Gálvez Duran (2016 p.25) la plataforma tecnológica, la aplicación móvil y la intervención humana. Además, que Uber es quien cuenta con la base de datos de sus usuarios, se beneficia de parte de los resultados de la producción de los trabajadores a partir del sistema de retribución implementado, pasando por establecer el precio del servicio, el modo de pago, y porcentaje que corresponde al conductor además de la interacción directa de Uber con sus usuarios. Lo anterior hace arribar a dichos autores a la conclusión de que el trabajo realizado es por cuenta ajena y que los elementos que aporta importan mayor riesgo que una relación laboral clásica, las herramientas e intervención de Uber configuran que sea quien asuma el riesgo de la actividad económica.

En relación a establecer si Uber es una base de datos que tiene por finalidad conectar a oferentes del servicio y demandantes de éste, en la sentencia O’connor contra Uber Technologies, Inc., N° C-13-3826 EMC, 2015, se estableció que Uber se dedica a prestar servicios de transporte y no sólo se constituye como una intermediaria entre oferta y demanda.

2.5 Nuevos indicios de laboralidad en las relaciones de las plataformas virtuales de trabajo

Para delimitar si los trabajadores de las plataformas son autónomos o subordinados por cuenta ajena se debe verificar si se encuentran dentro del ámbito de dirección y control de la compañía o por el contrario si son independientes en atención a la

libertad que tienen en esta nueva modelo de organización del trabajo. Adrián Todoli (2017) señala que la doctrina americana mayoritaria considera que estos trabajadores realizan la prestación de sus servicios por cuenta ajena sobre la base de los siguientes argumentos:

- 1) Nuevas formas de control: El control que inicialmente ejercía el empleador sobre el trabajador ahora es descentralizado a los clientes o usuarios quienes califican la prestación de servicio del trabajador y sobre el que el empleador toma decisiones respecto a aquellos.
- 2) El control necesario: Las empresas pueden modificar las “recomendaciones” que imparten para la prestación del servicio. “La empresa podría en cualquier momento dictar nuevas instrucciones y los trabajadores debería obedecer, por ello, que la empresa decida no ejercer ese poder de dirección no va querer decir que no lo posea” (pag 49)
- 3) Desequilibrio de poder negociador
- 4) Integración en organización ajena: La dependencia no se encuentra en función a la subordinación si no en base a la integración a la estructura organizativa del empresario o en la falta de una estructura organizativa del trabajador.
- 5) Falta de oportunidades empresariales: Los trabajadores de las plataformas prestan sus servicios sin que tengan la posibilidad de generar un desarrollo empresarial
- 6) Irrelevancia de ciertas características de la prestación a la hora de calificar contrato de trabajo: Las herramientas de trabajo proporcionadas por los trabajadores tiene un ínfimo valor frente a la herramienta tecnológica, la plataforma de la empresa.
- 7) La prestación de servicios bajo una marca ajena como criterio delimitador del contrato de trabajo: Los trabajadores al ejecutar la prestación de los servicios en el mercado bajo una marca siguen las pautas, recomendaciones o instructivos del titular de este, lo cual configura la dependencia de ellos hacia la empresa, así como al ser el titular de la marca la empresa también se configura como la ajenedad, como elemento característico de una relación laboral.

Así en resumen tenemos que los nuevos indicios de laboralidad en las relaciones de las plataformas digitales de trabajo son las siguientes:

- Proyección de la marca de la plataforma digital de trabajo en la ejecución del servicio.
- Plataforma – algoritmo, el que establece el precio del servicio, contacta a las partes intervinientes, dirige de forma indirecta la ejecución del servicio y entrega el control o verificación de la calidad del servicio recibido al cliente.
- Herramientas de trabajo: Principales y secundarias: Plataforma digital vs Auto u otro vehículo y Smartphone

- Organización del servicio y formar parte de la estructura organizativa de la plataforma digital.

La doctrina plantea indicios de laboralidad a partir de los que es posible llegar a establecer si nos encontramos ante una plataforma que intermedia entre la oferta y la demanda o que controla y organiza el proceso productivo de los trabajadores integrados a su estructura. Así los indicios de laboralidad para determinar si los trabajadores de las plataformas se encuentran subordinados, sujetos a dependencia y por cuenta ajena, en este modelo de organización son los siguientes (Todoli, 2017, p. 56):

1. La plataforma provee de formación, adiestramiento, guía, entrenamiento a los trabajadores respecto al servicio que prestan
2. La plataforma dicta instrucciones (directas) o recomendaciones (indirectas) a los proveedores de servicios sobre cómo realizar la prestación del servicio.
3. La plataforma transmite información o datos al proveedor del servicio para mejorar su trabajo.
4. La plataforma elige o limita el precio que el prestador del servicio puede percibir.
5. La plataforma realiza funciones de inventario o logística en beneficio del proveedor de servicios.
6. La plataforma ofrece servicio de atención al cliente respecto a la prestación de servicios.
7. La plataforma recoge información sobre la prestación de servicios para mejorar el servicio prestado por otros prestadores de servicios.
8. La plataforma establece controles de entrada en la plataforma (exigencia de requisitos mínimos o procesos de selección).
9. La plataforma desactiva a los prestadores de servicios por razones de rendimiento o disciplinarias.
10. La plataforma establece posibilidades de evaluar al prestador de servicios.
11. La plataforma no permite que el prestador de servicios comparta su reputación online en otras plataformas.
12. La plataforma limita las posibilidades de los proveedores de servicio de elegir a sus clientes.
13. La plataforma entrega al proveedor de servicios algún elemento productivo necesario para realizar la labor.
14. El pago de servicio se realiza a través de una plataforma de pago ofrecida por la empresa de economía colaborativa.
15. La plataforma exige exclusividad al prestador de servicios.
16. La plataforma provee de financiación para adquirir los elementos productivos necesarios o “recomendables” para prestar los servicios en la plataforma
17. La plataforma provee de seguro o cualquier otro elemento que reduzca el riesgo al prestador de servicios.
18. La plataforma gestiona los impuestos en nombre del prestador de servicios.

Los indicios son circunstancias o señales que permiten, una vez valoradas o apreciadas en su conjunto, tomar conocimiento de hechos desconocidos de forma directa. Así al concurrir una serie de indicios en la ejecución de labores de los repartidores de las plataformas de trabajo es posible arribar a la conclusión de su configuración como trabajadores subordinados o trabajadores autónomos. Recordemos que en el entorno productivo de las plataformas digitales de trabajo la ejecución actividades de reparto del trabajador encuentra un alto contenido de flexibilidad en la organización de la prestación de su servicio, esto es determina cuándo, cómo y en qué momentos realiza su trabajo, además de poder rechazar un pedido concreto de un cliente. Como se podrá advertir los elementos esenciales para la configuración del contrato de trabajo, e incluso los indicios de la organización del trabajo productivo de la etapa industrial no son suficientes para desentrañar la dependencia o independencia de la prestación de los servicios del repartidor. Resulta evidente que, de aplicar estos elementos esenciales tal como la subordinación y sus manifestaciones en el modelo industrial, se concluiría que los repartidores son independientes, en tanto, no cuentan con un centro de trabajo, no tienen una jornada ni horario de trabajo, ni mucho menos un supervisor o trabajador jerárquicamente superior que verifique la adecuada prestación de sus servicios y corrija o sancione sus incumplimientos, ni se les otorga herramientas de trabajo entre otros.

Vemos que la respuesta de la legislación laboral actual y jurisprudencia del país emanada de las relaciones encubiertas que formalmente aparentaban ser de carácter civil o comercial que desentrañaron verdaderas relaciones laborales aún no responden con suficiencia a la organización del modelo productivo de las plataformas digitales de trabajo.

Es así que, a partir de la doctrina americana y europea, como de la jurisprudencia como veremos en el siguiente capítulo, se empiezan a incorporar nuevos indicios de laboralidad propios del trabajo que se sustenta en el uso intensivo de las tecnologías de la información y comunicaciones.

Los indicios antes reseñados nos permiten tener herramientas propias del trabajo actual donde las notas características de la relación de trabajo clásico se han difuminado por el uso de la tecnología, y con ello contar con estos para analizar caso por caso y verificar ante qué tipo de relación jurídica nos encontramos.

Lo anterior nos permitirá superar el primer problema que plantea el presente trabajo: ¿el repartidor de las plataformas virtuales de trabajo se encuentra subordinado?; no obstante, lo dicho, surge la irremediable pregunta: de ser el caso, ¿al ser trabajador subordinado le corresponde la aplicación del bloque normativo laboral? Estas interrogantes irán siendo abordadas en los siguientes acápite. Cabe señalar que la actual legislación laboral no sería compatible con el trabajo sustentado en las

tecnologías debido a que como se refirió estuvo pensada en la organización productiva del trabajo industrial el que difiere a la de la organización de las plataformas de trabajo. Independientemente de lo mencionado no parece haber duda independientemente de la calificación del repartidor de las plataformas que deben tener protección a través de disposiciones laborales selectivas.

CAPITULO III

EL PROBLEMA DE LAS FUENTES DEL DERECHO DEL TRABAJO EN LA ETAPA DE LAS RELACIONES LABORALES VINCULADAS A LAS PLATAFORMAS DIGITALES DE TRABAJO

En España, Italia y Alemania se ha regulado una categoría jurídica intermedia entre el trabajador dependiente por cuenta ajena y el trabajador autónomo por cuenta propia. Categoría que tiene como rasgo fundamental la dependencia económica respecto a un único empresario o en su mayor porcentaje, más no concurre una dependencia funcional, esto es dirección de este último sobre el primero. Eduardo Puebla (2012, p. 60) señala “la dependencia económica es, pues, el rasgo tipológico fundamental, el elemento sobre el que se forja un tipo jurídico específico dentro del universo del trabajo autónomo con el objeto de proporcionarle una tutela jurídica adecuada”.

Dependiendo de la regulación nacional que recoja dicha categoría jurídica, es denominada trabajador autónomo económicamente dependiente, semiautónomo o parasubordinado. El único objeto de estas regulaciones es la aplicación de manera parcial y selectiva de derechos del bloque normativo laboral destinados a proteger al trabajador subordinado. Ello atendiendo a la orfandad normativa de corte laboral que regule las relaciones contractuales entre el autónomo y el empresario, la desigualdad económica entre ambos, donde el primero dependa de los ingresos que genere del segundo, la actividad desplegada y el tiempo de duración de la prestación.

Las transformaciones tecnológicas, cambios económicos e institucionales de las compañías, así como la competencia en un mundo globalizado de mercados abiertos y consumo exige una mayor diversidad de productos y calidad de estos, sumado a la mayor calificación y competencia de los trabajadores repercute en la mayor autonomía de los trabajadores que generan demandas a las empresas de mayor flexibilidad de la normativa laboral que reduzca su costo. Es así que pierde fuerza el trabajo típico, a plazo indeterminado y jornada completa, para pasar a ser fragmentado dando paso al trabajo atípico, a tiempo determinado y temporal. A ello se suma la descentralización productiva que da paso del trabajo subordinado a la contratación de empresas para la realización de labores periféricas, auxiliares o especializadas. Eduardo Puebla (2012) agrega:

“El trabajo autónomo, que fue cediendo terreno de manera constante durante todo el siglo XX en beneficio del trabajo subordinado, recupera cierto protagonismo y visibilidad social como consecuencia de los cambios productivos y organizativos (...) La externalización de muchas actividades productivas terminaba en ocasiones en un trabajador autónomo en el extremo de una cadenas de contratas y subcontratas, de ahí el florecimiento

del trabajo autónomo en el sector de servicios a las empresas, sensible a la influencia creciente de la nueva economía y las nuevas tecnologías” (p.24).

Es así que, en las relaciones contractuales del trabajador autónomo, donde presta servicios a una empresa de la que depende económicamente y resulta ser la parte débil de esta relación contractual debido a que al ser parte del proceso productivo o de servicios en el que se inserta encuentra condicionado el modo de su prestación, por lo que requiere de protección.

Puebla (2012) sostiene que “se difumina de cierta forma la autonomía organizativa y ejecutiva del trabajador, en la práctica está muy condicionado por los requisitos técnicos del proceso productivo en el que se inserta la obra o los servicios que se ha comprometido a realizar o prestar. De forma adicional, el aislamiento en el que se encuentra respecto al mercado por la ausencia o insignificancia de otros clientes refuerza la dimensión personal de su trabajo, originando una necesidad de protección similar o próxima a la de los trabajadores. (...) la dependencia económica (...) merece una regulación específica, adaptada a la diversificación de las formas de trabajo que caracteriza a la sociedad contemporánea” (p.28).

En Italia el trabajo parasubordinado con la ausencia de subordinación “se caracteriza por las notas de continuidad, coordinación y naturaleza predominantemente personal” (Eduardo Puebla 2012, p.34). Este autor considera que la continuidad se refiere a la duración prolongada del contrato que tiene por objeto satisfacer la necesidad del cliente empresario. La coordinación se refiere al cumplimiento del “programa negocial en el que se inserta la prestación del trabajador” en la ejecución de las actividades del trabajador parasubordinado dentro de la organización empresarial. El carácter predominantemente personal del trabajo que resulta el “elemento decisivo en la definición de la figura” donde tiene preponderancia la prestación personal del trabajador sobre los recursos que emplea para cumplir la actividad encargada. Sostiene que estos rasgos “colocan al trabajador económicamente dependiente en una posición de debilidad estructural haciéndole merecedor de la protección prevista para el trabajador subordinado en determinados ámbitos, tanto en lo que respecta a la relación de empleo - irrenunciabilidad de derechos y cauce procesal de reclamación, como en lo relativo a protección social – contingencias profesionales, pensiones, maternidad” (p. 35).

Por su parte en Alemania, la configuración del trabajador económicamente dependiente, el que “es considerado trabajador autónomo, no una categoría intermedia entre éste y el trabajador subordinado” se presente cuando “la actividad desarrollada es de modo personal y por medio de una organización simple dirigida principalmente a un único cliente del que reciben al menos la mitad de sus ingresos” (p.41).

En el Reino Unido no existe la denominación legal de trabajador económicamente dependiente, no obstante, se introduce el término “worker” que representa una categoría intermedia entre trabajador subordinado y autónomo, y le asiste derechos de no discriminación, remuneración mínima, jornada laboral y trabajo a tiempo parcial. “La ley lo define como persona que en virtud de un contrato ejecuta personalmente un trabajo por cuenta de otra y que no actúa como un profesional o como el titular de un negocio o empresa. Ello permite englobar en el concepto a un importante colectivo de trabajadores autónomos que se encuentran de hecho de una situación de dependencia económica de una empresa cliente” (Puebla 2012). La regulación del trabajador económicamente dependiente de un empresario “debería atender a las necesidades de individualización de las relaciones laborales de esta franja de profesionales con un mínimo aparato de tutela estatal que impusiera condiciones mínimas en aspectos cruciales –derechos fundamentales, prevención de riesgos laborales, jornada de trabajo y garantías retributivas” (Puebla 2012).

El trabajo que genera una dependencia económica de quien lo presta respecto del beneficiario de aquel, el que se configura a partir del 50 por ciento de ingresos en adelante como en la legislación alemana o 75 por ciento en la española, genera derechos que lo protegen independientemente de estar considerado como una relación civil o comercial o punto medio entre estas y la relación laboral. Esta protección jurídica emanada de la legislación asegura derechos fundamentales laborales a pesar que la propia normativa laboral desde el ámbito subjetivo no le otorga la calidad de trabajador a este prestador de servicios.

Un elemento trascendental para configuración de esta clasificación serán los ingresos y el porcentaje que se generen, además de otros adicionales según la legislación como veremos a continuación como no contar con dependientes o una estructura organizativa a su cargo o si participa con sus propias herramientas, entre otras, independientemente del aspecto funcional. Ello detonará una serie de beneficios selectivos laborales en favor del prestador de servicios con independencia de que no se configure una relación laboral por imperio de la ley.

En esa línea, veremos que las diferentes legislaciones han ido abordando la problemática del trabajo de las plataformas digitales de manera directa o indirecta. Así en el primer grupo tendremos a la legislación francesa, americana –específicamente del Estado de California-, así como la de la Unión Europea. En este punto realizaremos un breve análisis de cada una de ellas, destacando sus fortalezas y debilidades de cara a regular el trabajo de las plataformas digitales, observando las distintas tendencias para su regulación: clasificándolos como trabajadores y otorgándoles el bloque de derechos laborales sobre la base de un presunción de laboralidad, como es el caso de la legislación de California; calificando la relación como civil y comercial regulando de manera dispositiva a través de cartas de responsabilidad social la asignación de derechos como es el

caso de la legislación francesa; siendo parte del segundo grupo la regulación española sobre el trabajo económicamente dependiente.

Estas opciones de regulación servirán como base para proponer una regulación a la medida del modelo organizativo y productivo de las plataformas digitales de trabajo y que otorgue derechos laborales fundamentales a sus trabajadores sin perder de vista la flexibilidad que requieren, así como el desarrollo de las mismas.

3.1 El trabajador autónomo económicamente dependiente (TRADE) en la legislación de España

El trabajador autónomo económicamente dependiente en España se encuentra regulado por el Estatuto del Trabajador Autónomo aprobado por la Ley 20/2007 de 11 de junio de 2017 y tiene como notas características que sus ingresos dependen en más del 75% de un cliente empresario, no se encuentra inserto dentro de la estructura organizativa de aquel, por tanto no está sujeto a subordinación por disposición de dicha norma, así como al ejecutar la actividad con sus propios materiales la realiza personalmente y no cuenta con una estructura organizativa ni con dependientes.

Así el Capítulo III del indicado cuerpo normativo regula las condiciones, derechos y obligaciones de lo que denomina “Régimen profesional del trabajador autónomo económicamente dependiente”. Y son los TRADE que “realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él, al menos, el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”.

Para su configuración se requiere la concurrencia simultánea de las siguientes condiciones:

“a) No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, tanto respecto de la actividad contratada con el cliente del que depende económicamente como de las actividades que pudiera contratar con otros clientes (...).

“b) No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.

c) Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

- d) Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
- e) Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquélla”.

Asimismo, se establece que para el reconocimiento de tal condición:

“El trabajador autónomo que reúna las condiciones establecidas en el artículo anterior podrá solicitar a su cliente la formalización de un contrato de trabajador autónomo económicamente dependiente a través de una comunicación fehaciente. En el caso de que el cliente se niegue a la formalización del contrato o cuando transcurrido un mes desde la comunicación no se haya formalizado dicho contrato, el trabajador autónomo podrá solicitar el reconocimiento de la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente ante los órganos jurisdiccionales del orden social”.

También se establece como formalidad que el contrato para la realización de la actividad profesional del TRADE debe ser formalizada por escrito y se debe registrar en la oficina pública correspondiente. En caso no se realice un contrato escrito se presume que es a tiempo indefinido. Se prevé la posibilidad que el aludido trabajador pueda prestar servicios a otras empresas siempre que continúe reuniendo las antes enumeradas condiciones a efectos de no perder tal condición.

En relación a la jornada laboral se establecerá en el contrato de común acuerdo con la compañía a la que preste servicios, así como el TRADE tiene como piso mínimo 18 días de descanso retribuido al año, pudiendo mejorar las partes este periodo de tiempo al igual que los días de descanso semanal y feriados mediante el contrato. El horario de trabajo deberá adaptarse al equilibrio entre la vida personal y familiar del trabajador.

Igualmente se regula los mecanismos mediante los cuales se extingue el vínculo contractual, tales como: mutuos disenso, causas válidas previstas en el contrato, jubilación o muerte, voluntad del cliente o trabajador, entre otra. En caso de incumplimiento contractual que derive en la resolución del contrato la parte afectada podrá percibir una indemnización por daños y perjuicios ocasionados. Esta indemnización se fijará en el contrato, de no ser así el numeral 4 del artículo 15 de la Ley 20/2007 precisa que “a los efectos de determinar su cuantía se tomarán en consideración, entre otros factores, el tiempo restante previsto de duración del contrato, la gravedad del incumplimiento del cliente, las inversiones y gastos anticipados por el trabajador autónomo económicamente dependiente vinculados a la ejecución de la actividad profesional contratada y el plazo de preaviso otorgado por el cliente sobre la fecha de extinción del contrato”.

Los TRADE tienen derecho a la negociación colectiva, a afiliarse a un sindicato y constituirlo. También tienen derecho a la seguridad social, siendo obligatorio la contribución para esta cobertura a cargo del TRADE. Lo que incluye prestaciones de salud por enfermedad común o profesional, maternidad y accidentes sean o no producto del trabajo; prestaciones económicas por incapacidad temporal o permanente, muerte y cobertura por accidentes de trabajo y enfermedades profesionales, entre otras.

Como se nota es la propia legislación la que le asigna derechos laborales de manera selectiva al TRADE y a su vez le niega la calidad de trabajador subordinado.

El TRADE a la luz del modelo organizativo de las plataformas digitales de trabajo, es una alternativa a efectos de establecer derechos fundamentales laborales que protejan a los repartidores con independencia de su calificación. No obstante, la aplicación de encaje del trabajador de la plataforma como TRADE tiene detractores tales como Borja (2018, p. 48) que sostiene que desde la vigencia de esta norma ésta ha sido un fracaso ya que sólo se registraron en el Ministerio de Empleo y Seguridad Social al 2018, 10,099 TRADES que representa un 0.5 % del total de trabajadores. Añade que se encuentra frente al riesgo de evadir el cumplimiento de la normativa laboral encubriendo una verdadera relación laboral.

Plataformas como Globo, Uber y Deliveroo públicamente han manifestado su intención de que el entorno productivo de las plataformas digitales se regule de esta manera con un matiz distinto tal como la regulación de la “Ley sobre Movilidad Francesa” que desarrollaremos en seguida.

Así en la nota “Dialoguemos para innovar en la digitalización del ‘delivery’” del diario El País, Marta Anadón, directora general de Uber Eats en España, Gustavo García, director general de Deliveroo en España, David Guasches director general de Stuart en España y Diego Nouet, director general de Glovo para Iberia saludan la ley francesa y señalan que España debería seguir la regulación contenida en la misma en atención a que:

"respetar la flexibilidad que requiere la economía bajo demanda y garantiza la protección de los trabajadores autónomos. De esta forma, no solo beneficia a los trabajadores de plataforma, sino que también permite seguir desarrollando un sector que tiene impacto sobre la economía y la sociedad y que está actuando como motor de dinamización del pequeño comercio y de uno de los pilares de nuestro país: el ecosistema gastronómico, que según un estudio de KPMG equivale a un 33% del PIB" además de evitar la judicialización de casos a efectos de determinar la naturaleza jurídica de la relación mantenida entre ambas partes, plataforma y trabajadores. "La Ley

de Movilidad francesa es el ejemplo a seguir para evitar la judicialización y proteger los derechos de los trabajadores” (El País, 2019).

Por otro lado, a diferencia del TRADE de España la regulación de Panamá incluye a esta figura jurídica dentro de su ordenamiento laboral y le asigna la calidad de relación laboral y por tanto de trabajador dependiente a quien presta servicios siempre que exista dependencia económica:

“Panamá – El Código del Trabajo, artículo 65, establece que: «Existe dependencia económica en cualquiera de los siguientes casos: 1) Cuando las sumas que percibe la persona natural que preste el servicio o ejecute la obra constituyen la única o principal fuente de sus ingresos. 2) Cuando las sumas a que se refiere el ordinal anterior provienen directa o indirectamente de una persona o empresa, o como consecuencia de su actividad. 3) Cuando la persona natural que presta el servicio o ejecuta la obra no goza de autonomía económica, y se encuentra vinculada económicamente al giro de actividad que desarrolla la persona o empresa que pueda considerarse como empleador. En caso de duda sobre la existencia de una relación de trabajo, la prueba de la dependencia económica determina que se califique como tal la relación existente».4

3.2 Francia: La Ley sobre Orientación de Movilidad

Mediante la publicación el 26 de diciembre de 2019 en el Diario Oficial de Francia de la Ley 1428-2019 sobre orientación de movilidad, se realiza una serie de modificaciones al Código de Trabajo de dicho país, entre otros, con la finalidad de regular la relación jurídica entre los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo y los titulares de éstas. Principalmente, busca establecer la responsabilidad social que deben tener las plataformas sobre los trabajadores de ellas.

Así Eduardo Rojo (2019) precisa que la normativa contenida en dicha ley no es nueva y tiene antecedentes en la Ley 2016-1088:

“(…) la regulación no es nueva en absoluto, ya que estaba contenida con anterioridad en la Ley núm. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, sobre el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales, con las modificaciones incorporadas por la Ley nº 2018-771 de 5 de septiembre de 2018, para la libertad de elegir el futuro profesional. (...) en donde ya apunté que la normativa apuntaba “a una relación contractual no asalariada”. Dado que gran parte de la “nueva” normativa mantiene idéntica redacción”

⁴https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf

Teniendo como antecedentes lo anterior, mediante el artículo 44° de la Ley 1428-2019 sobre orientación de movilidad, el cual resume a continuación, se establecen las obligaciones y derechos de la plataforma y sus trabajadores, excluyendo esta relación jurídica del ámbito laboral y otorgando preponderancia a la responsabilidad social que debe tener la plataforma en esta relación.

Como se advierte del artículo 44 de la Ley sobre Movilidad Francesa se sitúa la relación jurídica entre la plataforma y los trabajadores dentro del ámbito comercial excluyéndola así del ordenamiento jurídico laboral (Legifrance, 2019) y regula lo siguiente:

- La obligación de transparencia de la información de la plataforma a los trabajadores: Beneficios y pago neto después de descuentos y comisiones como contraprestación por los servicios prestados. “Debe publicar en su sitio web, de manera justa, clara y transparente, los indicadores relacionados con la duración de la actividad y los ingresos de actividad para actividades de trabajadores vinculados a la plataforma, durante el año calendario anterior”
- Exclusividad: El trabajador puede prestar servicios en otras plataformas
- Rechazo de pedidos u oferta de servicios no acarrea el despido o desactivación: El trabajador tiene el derecho de rechazar propuestas de servicio sin que ello genere causa justa de extinción de la relación jurídica.
- Flexibilidad: Los trabajadores establecen las horas de trabajo, conexión, desconexión y duración de la prestación del servicio.
- La plataforma asume los costos de soporte y paga una compensación al trabajador de acuerdo a los criterios que se establezcan por decreto.
- La plataforma complementa la cuenta de capacitación del trabajador cuando supera determinado umbral como consecuencia de la prestación de sus servicios de acuerdo a la actividad desarrollada.
- Contribución social: En función al volumen de negocio alcanzado por el trabajador en la plataforma se determina la contribución de esta para la cobertura de accidentes de trabajo y la contribución a la formación profesional.
- Carta de Responsabilidad Social: La plataforma puede establecer en esta carta las condiciones, derechos y obligaciones de ésta y las de los trabajadores con los que mantiene una relación jurídica. Entre ellas puede regular sobre:
 - Normas para el desarrollo de la actividad del trabajador, así como mecanismos de comunicación con el cliente.
 - Modalidades para obtener un precio decente por la prestación del servicio.
 - Los procedimientos para desarrollar habilidades profesionales y asegurar carreras profesionales.
 - Medidas destinadas a mejorar las condiciones de trabajo, así como a evitar los riesgos laborales a los que los trabajadores pueden estar expuestos como resultado de su actividad, al igual que daños causados a terceros.
 - Los métodos para compartir información y diálogo entre la plataforma y los trabajadores sobre las condiciones para ejercer su actividad profesional.

- Los métodos según los cuales los trabajadores son informados de cualquier cambio relacionado con las condiciones de ejercicio de su actividad profesional.
- La calidad de servicio esperada, los métodos de control por la plataforma de la actividad y su realización.
- Garantías adicionales de protección social negociadas por la plataforma de la cual los trabajadores pueden beneficiarse.

La plataforma transmite la carta a la autoridad administrativa para su aprobación. Una vez aprobada las condiciones establecidas no pueden caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación entre la plataforma y los trabajadores.

Se verifica que la norma acentúa los derechos y obligaciones de la plataforma y trabajadores como una disposición de responsabilidad social, donde señala que las plataformas deben establecer determinadas condiciones en una carta de responsabilidad social que pasará a ser parte integrante del instrumento jurídico que vincula a dichos agentes del mercado. Estas condiciones según se lee de la regulación antes resumida no puede caracterizar un vínculo de subordinación jurídica de los trabajadores hacia la plataforma. Una norma *soft law*, donde el legislador deja amplitud para la regulación de las condiciones de la relación jurídica a la plataforma frente al trabajador. Materializa una presunción de no laboralidad.

Así se establece respecto del ámbito de aplicación subjetiva de esta ley a los conductores de vehículos de transporte, así como la entrega de mercancía mediante vehículos sean motorizados o no.

Esta norma ha tenido cuestionamientos, desde el hecho de limitar la tutela jurisdiccional efectiva al negar el carácter laboral de la relación jurídica a los tribunales, la carta es facultativa y su confección es incierta, no se establece con suficiencia los derechos sociales mínimos que deben incluirse en la carta, se vulneraría el derecho a la igualdad ante la ley en tanto los trabajadores de una plataforma que redacte la carta frente a aquellos trabajadores que no cuente con la carta tendrían una diferencia de trato injustificada, además de vulnerar el derecho de participación de los trabajadores al redactar la empresa la carta de manera unilateral en la determinación de las condiciones de trabajo (Eduardo Rojo Torrecilla 2019).

Así tenemos entre lo más resaltante que “Los procedimientos para desarrollar habilidades profesionales y asegurar carreras profesionales”, “Los métodos para compartir información y diálogo entre la plataforma y los trabajadores sobre las condiciones para ejercer su actividad profesional”, “Los métodos según los cuales los trabajadores son informados de cualquier cambio relacionado con las

condiciones de ejercicio de su actividad profesional”, “La calidad de servicio esperada, los métodos de control por la plataforma de la actividad y su realización” no pueden ser considerados elementos e indicios de laboralidad. De lo referido se verifica que la legislación francesa impone dos obligaciones empresariales, la de contratar un seguro contra accidentes de trabajo y la obligación de cotizar a la seguridad social para la formación del trabajador de la plataforma, siempre que supere un determinado umbral de producción fijado por decreto. (Miguel Rodríguez Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano, 2017, p.36)

La regulación francesa de las relaciones jurídicas entre las plataformas virtuales de trabajo y sus trabajadores se encuentra al margen del ordenamiento jurídico laboral, quedando obligada el titular de la plataforma a contratar un seguro contra accidentes y contribuir a la seguridad social a favor de sus trabajadores siempre y cuando supere un porcentaje fijado por ley, así como la carta de responsabilidad social no es obligatoria, además de que se presume la relación jurídica de carácter comercial y los indicios más resaltantes de configuración de relación laboral presentes en esta relación por propio imperio de la ley no pueden ser considerados a nivel judicial para la determinación de ello.

Lo anterior evidencia que esta ley no protege mínimamente a los trabajadores de las plataformas virtuales de trabajo, en tanto contiene una disposición dispositiva respecto a regular derechos fundamentales laborales. Lo destacable de este cuerpo normativo es el hecho que en función a la envergadura del trabajo ejecutado a través de la plataforma se genera la obligación del titular de ella de cubrir el pago de un seguro contra accidentes al igual que la aportación a la seguridad social. En conclusión, desde la perspectiva de progresividad de los derechos sociales resulta acertada la regulación dotando con un especial tratamiento a los trabajadores de las plataformas, no obstante, parece insuficiente a fin de buscar su protección y asegurar un trabajo decente.

3.3 La Ley del Estado de California de los Estados Unidos de Norte América

La ley AB5 del Estado de California que entro en vigencia el 01 de enero de 2020, agrega al Código Laboral de dicho estado la presunción de laboralidad, se consideran trabajadores subordinados, a los trabajadores independientes denominados contratistas “freelance”, que presten servicios para una empresa a cambio de una retribución. Así se le reconoce como trabajador subordinado y con ello los beneficios sociales y laborales, tales como una remuneración mínima, prestaciones económicas por incapacidad producto de accidente de trabajo, seguro de desempleo, licencia por enfermedad remunerada y licencia familiar remunerada, entre otros. El empresario deberá acreditar que el contratista demandante es independiente en la ejecución de sus actividades para destruir dicha presunción. Pare ello deberá demostrar que: a) no se encuentra sometido al control y dirección

de la empresa a la que presta servicio, b) el contratista independiente realiza una actividad fuera del curso habitual de la empresa contratante y c) que el contratista independiente habitualmente se dedica a un comercio, ocupación o negocio independientemente. Dichos literales son conocidos como la prueba o test "ABC". Los requisitos que recoge dicha norma se sustentan en la jurisprudencia doctrinal del Tribunal Supremo de California, que en especial recoge lo resuelto en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Tribunal Superior de Los Ángeles* (2018) 4 Cal.5th 903 (Dynamex), donde se estableció que el empresario demandado no superó la prueba "ABC", por tanto, se consideró a los contratistas independiente como trabajadores subordinados.

Así se establece en la ley AB5 que se agregue al Código Laboral de California:

“una persona que proporcione mano de obra o servicios a cambio de remuneración se considerará un empleado en lugar de un contratista independiente a menos que la entidad contratante demuestra que se cumplen todas las siguientes condiciones:

(A) La persona está libre del control y la dirección de la entidad contratante en relación con el desempeño del trabajo, tanto bajo el contrato para el desempeño del trabajo como, de hecho.

(B) La persona realiza un trabajo que está fuera del curso habitual de los negocios de la entidad contratante.

(C) La persona se dedica habitualmente a un comercio, ocupación o negocio independientemente establecido de la misma naturaleza que el que está involucrado en el trabajo realizado”.

La regulación antes aludida establece que cualquier persona que realice trabajo a favor de una compañía se considerará trabajador y con ello la aplicación en bloque del ordenamiento laboral. Esto quiere decir que independientemente de la relación entre las plataformas y sus trabajadores, sino entre los trabajadores y cualquier empleador se aplicará esta presunción de laboralidad, donde la carga de la prueba de quebrar la misma recae en el empleador evidenciando que no concurren en conjunto dichos supuestos. Vemos que la subordinación, control y dirección, en sentido negativo, no se debe presentar, se ve ampliada a dos supuestos para la configuración del contrato del trabajo, esto es que el trabajador ejecute actividades que difieran a que realiza la compañía que lo contrata, además que se dedica continuamente a realizar ellas.

Es decir, de cara a nuestra legislación advertimos nuevos indicios de laboralidad para la configuración del contrato de trabajo, si ejecuta las actividades a las que habitualmente se dedica la empresa que lo contrata o el trabajador no presta estas actividades a otras empresas se considerará trabajador dependiente.

Con este instrumento la valla para encubrir relaciones laborales bajo el manto de contratos civiles se eleva exponencialmente y dificultará la simulación relativa a niveles ínfimos para el decantamiento de la verdadera naturaleza jurídica entre las partes y con ello la aplicación del Derecho del Trabajo.

Por otro lado, en el marco de la promulgación de la ley AB5 en California el Director Tony West, Director Jurídico de Uber5, realizó un comunicado, que por la importancia que considero tiene transcribiremos a continuación:

“(…) Nuestra oferta actual representa un nuevo marco progresivo que incluye:

Establecer, por primera vez, un estándar de ganancias mínimas garantizadas que brinde estabilidad a los conductores al tiempo que les permita la flexibilidad de ganar más y trabajar cuando, donde y para quien elijan; Brindar a los conductores acceso a robustos beneficios portátiles como licencia por enfermedad y protección contra lesiones; y negociación sectorial real, dando a los conductores una voz en las decisiones que afectan sus medios de vida, y que creemos que sería la primera vez para la economía moderna.

Como puede ver, no estamos discutiendo por el statu quo. Nuestra propuesta evita el daño potencial de obligar a los conductores a ser empleados, lo quieran o no, y la gran mayoría nos dice que no quieren serlo. Y crearía seguridad jurídica en torno al estado de clasificación de los conductores. Así que estamos decepcionados porque no pudimos llegar a un compromiso.

(…) Lo que hace AB5 es bastante sencillo: inserta en el código laboral de California una nueva prueba legal que debe usarse al determinar si un trabajador está clasificado como un contratista independiente o un empleado. Y esa prueba legal ya es la ley del estado desde que la Corte Suprema de California dictó su decisión en Dynamex hace más de un año. Esa prueba legal, llamada "prueba ABC", ciertamente establece una barra más alta para que las compañías demuestren que los trabajadores independientes son realmente independientes. Según esa prueba de tres partes, podría decirse que la barra más alta es que una empresa debe demostrar que los contratistas están haciendo un trabajo "fuera del curso habitual" de su negocio. (...)

Esperamos que sigamos respondiendo a las reclamaciones de clasificación errónea en el arbitraje y en los tribunales según sea necesario, tal como lo hacemos ahora. Pero también seguiremos abogando por la independencia y la elección que los conductores nos dicen una y otra vez en encuestas, encuestas, grupos focales y conversaciones personales que más valoran.

⁵ <https://www.uber.com/newsroom/ab5-update/>

Hoy, los conductores tienen control sobre cuándo, dónde y cómo funcionan. Pueden elegir trabajar para cualquiera de nuestros competidores al mismo tiempo, y muchos lo hacen. En los Estados Unidos, el 92% de los conductores manejan menos de 40 horas por semana, y el 45% de los conductores manejan menos de 10 horas por semana. Todo esto cambiaría dramáticamente si fueran empleados. Continuaremos defendiendo la innovación que hace que ese tipo de elección, flexibilidad e independencia sea una realidad para más de 200,000 conductores en California.

(...)

En Uber aceptamos el desafío de mejorar el trabajo para los conductores. Pero continuaremos defendiendo nuestra capacidad para permitir el trabajo independiente bajo demanda. Continuamos manteniendo la esperanza de que los legisladores de California aprovechen la oportunidad histórica ante ellos para mejorar dramáticamente la calidad y la seguridad del trabajo independiente; fortalecer el movimiento laboral del siglo XXI; y proteger la economía de innovación de California”.

De lo anterior podemos observar que, frente a la regulación laboral del Estado de California aplicable a los trabajadores de las plataformas, el representante de Uber plantea una solución interesante que otorga derechos mínimos a los conductores de esta plataforma, tal como: remuneración mínima, no exclusividad, libertad sindical, licencias por enfermedad y protección contra accidentes que originen incapacidad para el trabajo manteniendo la flexibilidad del trabajo a demanda.

3.4 Directiva de la Unión Europea 2019/1152

La Directiva de la Unión Europea 2019/1152 del Parlamento Europeo y de su Consejo de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, establece en su artículo 11 el contrato a demanda, que posibilita la contratación de personal por recado o ejecución cuando el empleador tiene demanda. Así el trabajador no tiene horario ni jornada laboral y puede rechazar un trabajo en concreto. Igualmente, se precisa que se podrán establecer limitaciones para su uso, además de horas para la utilización de estos contratos, así como presunciones de laboralidad.

Se advierte como cuarto considerando de esta regulación que:

“los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, que han conducido a la creación de nuevas formas de empleo, que, a su vez, han fomentado la innovación, la creación de empleo y el crecimiento del mercado laboral. Algunas formas nuevas de empleo pueden divergir

significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afectados. En este entorno laboral cambiante, existe por tanto una creciente necesidad de que los trabajadores dispongan de información completa respecto de sus condiciones de trabajo esenciales, información que debe facilitarse a su debido tiempo y por escrito de una forma fácil acceso. A fin de enmarcar adecuadamente el desarrollo de nuevas formas de empleo, también deben otorgarse a los trabajadores de la Unión ciertos derechos mínimos nuevos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales”

Por su parte, el considerando octavo precisa que:

“En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador (5). La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. Siempre que cumplan esos criterios, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas en línea, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación”.

Para así establecer entre otras disposiciones en su artículo 11 lo siguiente:

“Artículo 11

Medidas complementarias para los contratos a demanda

Si los Estados miembros autorizan el uso de contratos de trabajo a demanda o similares, adoptarán una o varias de las siguientes medidas para evitar prácticas abusivas:

- a) limitaciones en el uso y la duración de los contratos a demanda o contratos laborales similares;
- b) una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con una cantidad mínima de horas pagadas sobre la base de la media de horas trabajadas durante un período determinado;
- c) otras medidas equivalentes que garanticen una prevención eficaz de las prácticas abusivas. Los Estados miembros informarán a la Comisión acerca de dichas medidas”.

Esta modalidad de relación laboral especial podría ser una solución a la problemática que surge en este modelo de organización del trabajo sustentado en las nuevas tecnologías.

Lo anterior se prevé en el considerando 12 que precisa que “Los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, incluidos los que tienen contratos de cero horas y algunos contratos a demanda, se encuentran en una situación especialmente vulnerable. Por consiguiente, las disposiciones de la presente Directiva deben aplicarse a estos trabajadores, independientemente del número de horas que trabajen realmente”.

3.5 Jurisprudencia comparada sobre plataformas digitales de trabajo a demanda

A nivel mundial se iniciaron diversas acciones judiciales por parte de los trabajadores de las plataformas virtuales de trabajo contra las empresas titulares de ellas con el objeto que el órgano jurisdiccional declare la existencia de una relación jurídica laboral entre ambas partes, y con ello la aplicación de todo el bloque normativo laboral al trabajador. A continuación, analizaremos los pronunciamientos más destacados de los órganos jurisdiccionales de España, Francia, Argentina y Uruguay sobre el particular.

Al respecto, cabe destacar que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea sostiene:

“El TJUE señaló que «la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución» (...) La cuestión de si existe una relación de empleo o no debe determinarse en función de cada caso, considerando los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente, y la realización de las tareas en cuestión, basándose acumulativamente en particular en los tres criterios esenciales

siguientes: - la existencia de un vínculo de subordinación; - la naturaleza del trabajo; y - la existencia de una remuneración”⁶

Antes de resumir algunas de los pronunciamientos judiciales realizamos un breve recuento de los principales argumentos de los trabajadores que se consideran subordinados y de las plataformas que los consideran independientes:

Argumentos de las plataformas sobre los cuales consideran independiente al trabajador:

- Se suscribe voluntariamente un contrato de TRADE pues asume por cuenta y riesgo la ejecución de los encargos y herramientas para su ejecución (Auto, moto, y/o móvil) que son de su propiedad
- Cuenta con libertad para organizar el modo y forma de prestación de servicios
- Realiza la ejecución del servicio por cuenta del usuario y resulta un mandatario del mismo.

Argumentos sobre los cuales se considera a los trabajadores subordinados:

- La plataforma es la principal herramienta de producción y el soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo, además de la explotación de la marca que se publicita a través de redes sociales.
- La plataforma presta el servicio subyacente y organiza el mismo.
- Los repartidores en función al ranking de mejores repartidores basado en criterio establecidos por la empresa escogen las franjas horarias en las que previsiblemente hay más demanda, a fin de tener mayores ingresos.
- Quien fija las reglas de juego y el condicionamiento de la relación es la plataforma, quien también gestiona y se relaciona con los consumidores.
- Plataforma delega en clientes la evaluación del desempeño del trabajador. De tener bajas calificaciones se asigna menores pedidos o despide al trabajador.
- La plataforma es la que fija los precios y elige clientes
- De no existir la plataforma el trabajador no podría llevar a cabo la actividad.

3.5.1 España

Al 03 de diciembre de 2019, se emitieron 11 sentencias que declaran la existencia de una relación laboral contra otras ocho que establecen que la relación entre

⁶ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones *Una Agenda Europea para la economía colaborativa de 02 de junio de 2016*” P. 13 y 14

trabajador y plataforma es civil comercial sobre la base de los argumentos antes señalados.

La autoridad inspectiva de trabajo, por su parte, no tiene duda de que la relación jurídica entre trabajador y plataforma es laboral, en tanto en las actas emitidas por esta institución en Barcelona, Madrid, Valencia o Granada se estableció ello además de ordenar el pago a las plataformas por un monto promedio de 12 millones de euros por concepto de cuotas no pagadas a la Seguridad Social.

Sentencia 1155/19 de 27 de noviembre de 2019, del Tribunal Superior de Justicia de Madrid Sala de lo Social en Pleno, integrado por 17 jueces superiores ha establecido:

Que los “riders” que prestan servicios a Glovo son trabajadores debido a que se presentan las notas características del contrato de trabajo, subordinación y ajenidad en los frutos:

Se hace referencia a una sentencia de 1986 de la Cuarta Sala del Tribunal Supremo de 26 de febrero de 1986, que establece que existe relación laboral entre mensajeros y la empresa que les pagaba en base a cada entrega pese a que las partes suscribieron un contrato civil, precisando que en el caso de análisis es similar a este cambiando el medio de comunicación, la plataforma digital.

“(…) Para efectuar materialmente dicho transporte la empresa se vale de los llamados mensajeros, entre ellos los demandantes, que efectúan el servicio en vehículos de su propiedad, en este caso motocicletas, de las que abonan los gastos de mantenimiento, combustible y amortización, percibiendo un tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que es fijado por la empresa y clientes sin intervención de los mensajeros, que sólo son responsables del deterioro o de la pérdida, cuando proceda de su negligencia; (….) Para la realización de este servicio los demandantes han firmado un contrato que se denominó de transporte, en el que se estableció, entre otras disposiciones, que el mensajero no queda comprometido con la empresa en exclusiva, no está sometido a horario ni dependencia y que puede realizar el servicio por sí mismo personalmente, o por medio de otras personas por él retribuidas, reconociéndose como trabajador autónomo con obligación de abonar los impuestos y seguros que le corresponden.(…) 1. El carácter voluntario y retribuido del servicio no ofrece duda. El que la retribución se mida, no por tiempo, sino por unidad de servicio, es algo normal en el contrato de trabajo; la circunstancia de que parte de la compensación que recibe el trabajador no constituya específica contraprestación del trabajo personal por destinarse a gastos de mantenimiento y amortización del vehículo, no tiene otra consecuencia que no se considere tal parte de la compensación como salario, sino como gasto de la empresa suplido por el trabajador, (….) 2. La ajenidad es también patente, el trabajador no asume los

riesgos ni los beneficios del contrato de transporte existente entre la empresa y el cliente, no interviene en la fijación del precio del mismo, ni su retribución depende de su resultado; se limita fundamentalmente a aportar su actividad y a percibir la retribución que por ella le corresponde, que devenga por el hecho de realizarla. El que responda, no de los riesgos del transporte, sino de los perjuicios causados por su negligencia, no es más que una consecuencia del incumplimiento del deber que impone el artículo 5.a) del Estatuto de los Trabajadores; deriva de las normas generales del derecho de obligaciones, artículo 1.101 del Código Civil. 3. La dependencia, aparte de su exteriorización en ese llevar en la ropa y en el vehículo el nombre de la empresa, se manifiesta también, en la necesidad de llamar diariamente a la misma, bajo penalización de no hacerlo, para recibir las órdenes de trabajo del día, respecto de las que asume la obligación de realizarlas sin demora ni entorpecimiento alguno; no tiene trascendencia a estos efectos el que el trabajador no esté sometido a un régimen de jornada y horario riguroso”.

Los frutos de la prestación de servicio realizada por la demandante resulta en beneficio de Glovo, quien establece el costo del servicio incluido el costo adicional por tiempo de espera y kilometraje, negocia con los establecimientos a los que presta el servicio, sin la intervención del primero.

La ajenidad en los medios, se materializa con la propiedad de la plataforma digital de Glovo, como herramienta fundamental para la prestación del servicio por su importancia económica como por su representación de imagen corporativa, marca. Mientras el “rider” aporta “escasos elementos materiales” como el móvil y motocicleta. Sin la plataforma el demandante no podría realizar la prestación de reparto debido a que no contaría con la información que le es proporcionada para la programación de los servicios mediante algoritmos. Abona, el hecho que el “rider” proyecte a través de la caja en la que transporta los bienes objeto de recado la marca de la plataforma que contribuye a aumentar la reputación digital de la plataforma.

Respecto a la ajenidad en los riesgos, se señala que el hecho de no recibir el pago por la falta de entrega del bien, no es más que la materialización de la falta de presupuesto para el pago, pues la retribución por el servicio establecido entre las partes se genera como consecuencia del servicio concluido conforme a lo pactado, lo que no supone asumir el riesgo de lo anterior.

En relación a la dependencia se concluye que el “rider” realizó la prestación de sus servicios dentro de la organización y bajo la dirección de Glovo, titular de la plataforma digital a través de la cual se gestiona todo el proceso de prestación de

servicios del demandante, quien es retribuido por cada recado no interviniendo en el establecimiento del mismo ni el establecimiento del precio del servicio que se cobra al usuario en función al tiempo, demanda, feriado, hora, distancia, entre otros. Glovo es quien establece de qué manera realizar la prestación del servicio, pues se acreditó que debía realizar este en el lapso de una hora como máximo. Además, que a través del sistema de geolocalización con el que cuenta Glovo realiza un control de la ejecución del servicio del “rider”, sumado a la evaluación diaria a la que se somete el mismo a través de la calificación que realizan los usuarios.

En consecuencia, a partir de lo anterior se determina que no existe una “auto-organización” sino una prestación de servicios “hetero-organizados y dirigidos por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos”. Finalmente desestima los argumentos de Glovo sobre la base de la siguiente fundamentación:

“Por ello, afirmaciones tales como que el recurrente goza de libertad de horario e, incluso, puede rechazar libremente un encargo que le haya sido asignado por la aplicación informática, han de valorarse desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa le impone para su prestación de servicios como repartidor. Es ella quien decide cuándo abre la aplicación en función de la demanda prevista y, por supuesto, según lo que el algoritmo haya establecido, y la alegada libertad de elegir determinada franja horaria queda notablemente matizada por el hecho de que sólo puede hacerlo dentro de aquéllas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada. De igual modo, el rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, más sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración –excelencia- disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar”.

Sentencia de STSJ AS 1607/2019, emitida por el Tribunal Superior de Justicia de Asturias el 25 de julio de 2019, en la demanda interpuesta por Borja Vega Peón contra Glovo sobre despido, utilizó la doctrina jurisprudencial del Tribunal de Justicia de la Unión Europea –TJUE- para resolver el caso de Uber de 20 de diciembre de 2017, para establecer la existencia de una relación laboral:

Creación de la oferta, regulación de sus características esenciales y organización del funcionamiento del servicio son los puntos clave que se traducen en el control de todos los aspectos pertinentes de un servicio. "El prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas (...) y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano" (apdo. 38 de la sentencia).

Como elementos en los que se basa el control, la sentencia (apdo. 39) recoge los tres siguientes: 1. La plataforma es un servicio de intermediación imprescindible para conectar a conductores y clientes en el que hay una selección de los conductores. 2. Es la empresa la que proporciona a aquellos una aplicación sin la cual (...) estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte (...) y las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. 3. La plataforma ejerce una influencia decisiva sobre el servicio off line, sobre los factores de organización y ejecución del servicio. En este sentido el TJUE aprecia que, al menos, UBER i) establece "el precio máximo de la carrera... y recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor..."; y ii) "ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos".

Se destaca que existe un control, soft control, a través de la plataforma:

“Es decir, existe un control interno como factor clave del funcionamiento del servicio, este "cierto control" del que habla el TJUE es lo que la doctrina ha venido calificando como control indirecto o "soft control", es decir, realizado a través de un programa informático, que permite vigilancia constante del conductor, aunque no haya órdenes personales dirigidas al mismo, de suerte que los primeros en el ranking son los que tienen derecho a escoger se entiende que aquellas franjas horarias más convenientes y en las que existe una mayor demanda. En éste contexto las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial, puesto que, en última instancia, es GLOVOAPP23 la que decide finalmente los días, zonas y horario de trabajo de los glovers y, además, cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado. Como ya señalara la sentencia del Employment Tribunal of London de 26 de octubre de 2016, Aslam v. Uber "La noción de que Uber en Londres es un mosaico de 30.000 pequeños negocios ligados por una plataforma común es absolutamente ridícula para nuestras mentes".

Asimismo, que Glovo es quien establece las directrices para mantener el control del proceso productivo:

“En este sistema, como también se ha dicho, la empresa confía en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos "estándares altos de prestación de servicios", de modo que, "en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes". Pero es que, en el supuesto de autos, la empresa sí dicta las instrucciones necesarias y suficientes

para mantener el control sobre el proceso productivo; así tal como se expresa en el ordinal séptimo, para ingresar en la empresa, el repartidor (el profesional independiente en la terminología del contrato) ha de superar dos exámenes o entrevistas, en el curso de las cuales se le imparten instrucciones sobre la mecánica y forma de ejecutar su trabajo y, en todo caso, como requisito necesario para poder comenzar a prestar sus servicios debe integrarse en la plataforma, instalando en su móvil la aplicación, a través de la cual va a recibir las instrucciones concretas sobre la forma de prestar el servicio. Una vez incorporado a la empresa, en la ejecución de los encargos o microtarefas, es la plataforma la que decide el restaurante o proveedor al que hay que acudir, los pedidos que hay que atender y, a través de los algoritmos de la aplicación, el repartidor, de entre los disponibles, que ha de dar cumplimiento, de suerte que el repartidor se limita a recibir las órdenes de la empresa para recoger el pedido en un concreto restaurante y llevarlo a un concreto cliente y en el desempeño de tal cometido la empresa ha establecido unas reglas precisas para su realización, imponiendo al repartidor un determinado comportamiento con el protocolo a seguir por el repartidor cuando entre en el restaurante o acuda a un domicilio, así como las medidas de seguridad e higiene que han de respetar en la manipulación de los alimentos transportados; en palabras del juzgador a quo "existen órdenes de trabajo y procesos estandarizados de llevar a cabo el mismo que suponen que el trabajador no cuenta con la libertad propia del trabajador autónomo". Además, la aplicación es capaz de informar en todo momento a clientes y proveedores dónde se encuentra el repartidor.

Respecto a que el trabajador realiza sus labores por cuenta ajena se sostiene que las herramientas de trabajo que utiliza, vehículo, móvil e internet, son elementos auxiliares constituyendo el medio trascendental es la plataforma digital y la marca, la ajenidad de los frutos y el establecimiento de las políticas de mercado al ser Glovo quien establece el precio y a qué clientes prestar servicio:

“En el supuesto debatido, se insiste, el medio esencial de producción, sobre el que se construye la entera actividad de la plataforma digital, es la instalación técnica que emplea para su desarrollo y la explotación de la marca, que se publicita en redes sociales y en cuya solvencia y eficacia confían restaurantes y clientes. En definitiva, se aprecia la ajenidad de los frutos, pues es la plataforma la que percibe la contraprestación del servicio de los restaurantes y establecimientos adheridos o girando las correspondientes comisiones a los usuarios finales, haciendo suyo de esta forma el resultado de la actividad del repartidor. Existe ajenidad del mercado, pues es la plataforma la que fija los precios y elige a los clientes, constituyéndose en un intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final”.

Concluye:

“En resumen, concurrentes las notas de voluntariedad y prestación de servicios "intuitu personae" por parte del demandante, y presentes también las de dependencia y ajenidad que caracterizan la relación laboral, (...), dado que el trabajo del demandante se incardina dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa demandada, debe concluirse la existencia de una relación laboral entre las partes como lo ha declarado la sentencia de instancia, y, consiguientemente el motivo y el recurso han de ser desestimados”.

Sentencia del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero de 2019. Entre los principales argumentos se tiene:

Las tecnologías de la información inciden en el trabajo, “entendida como toda actividad humana realizada por el ser humano a cambio de una contraprestación”, así como impacta en el lugar y tiempo de trabajo.

Se señala que:

“El trabajo tradicional acotado a su realización en un centro físico concreto, la fábrica o la oficina, y en un periodo de tiempo preestablecido por un horario fijo, está dando paso a nuevas formas de trabajar en la que son distintas las dimensiones espacio-temporales. El centro de trabajo potencialmente es ahora todo aquel que pueda ser objeto de geolocalización y el tiempo de trabajo también puede ser potencialmente todo aquel en el que la actividad pueda prestarse empleando las TIC”.

Para establecer si existe una relación de trabajo en el sentido estrictamente jurídico se debe analizar si el trabajo es por cuenta ajena y dependencia considerando dichos aspectos que inciden en la evaluación y remuneración del trabajador.

Así las cosas, se señala en el fundamento jurídico sexto que se tiene como acreditado los siguientes hechos, los que la empresa GLOVO considera como indicativos de inexistencia de ajenidad y dependencia respecto al trabajador:

- El repartidor es libre para decidir los días que trabaja y los que no.
- Es libre para decidir la franja horaria en la que trabaja.
- Es libre incluso para rechazar dentro de esa franja pedidos asignados e incluso cancelar otros pedidos previamente por él seleccionados.
- Es libre para elegir periodos de descanso y vacaciones.
- Es libre para organizarse en la prestación del servicio: medios de transporte, rutas etc.

- Emplea para prestar el servicio medios propios, de transporte y de comunicación, cuyos costes asume.
- Deposita una fianza de 30 euros para recibir otros accesorios que le entrega GLOVOAPP23 SL
- No tiene exclusividad”

Como contra peso de ello, se tiene que, con los siguientes hechos también acreditados, indicios de que la relación en cuestión es laboral:

El repartidor no participa en la elaboración del contrato, lo cual evidencia su posición de desigualdad frente a Glovo. El contrato muestra una serie de aspectos demostrativos de subordinación del repartidor a las directrices de Glovo:

- Duración de la jornada en 40 horas.
- Criterios a seguir para la compra de productos y relaciones con el cliente final.
- Límite de 40 minutos en la realización de un encargo (en la cláusula 3ª se habla de 60 minutos).
- Prohibición de uso de distintivos corporativos propios o diferentes de los de GLOVOAPP23 SL.
- Prohibición de uso de la imagen corporativa de GLOVOAPP23 SL en sus perfiles de redes sociales.
- Debe cuidar sus comentarios en redes
- Deberá comunicarse con GLOVOAPP23 SL preferentemente por correo electrónico
- Se establecen en el contrato las interrupciones de la actividad que se consideran justificadas, obligación de preaviso por cese y causas de extinción.
- Se lista un total de trece causas justificadas de resolución del contrato por parte de GLOVOAPP23 SL relacionadas con incumplimientos contractuales del repartido.
- Prohibición durante y después del contrato de revelar secretos comerciales o información confidencial con la consiguiente indemnización por daños en caso de incumplimiento.
- Se autoriza el acceso de terceros a los datos personales del repartidor.
- Glovo establece la contraprestación en base a sus parámetros sin la intervención del repartidor.
- Glovo es quien establece el precio final del servicio y retribuye al repartidor, más no el cliente.
- Glovo tiene la facultad de designar al repartidor en base algoritmo de menor coste en atención a diversos parámetros, tales como “el mejor perfil de los repartidores potenciales elaborado a través de criterios de eficacia, pedidos atendidos en ocasiones anteriores y valoración entre los clientes y proveedores”.

Luego de ello se ensaya un argumento sobre el que sostiene que el modo de organización de trabajo de las plataformas difiera al establecido en el siglo XX, en

tanto que el primero se encuentra conectado a la plataforma a la espera de la asignación de un pedido para su ejecución donde se remunera por el cumplimiento del encargo y no por el tiempo que se encuentra a su disposición; mientras que en el segundo se remunera por el tiempo de trabajo en función a las instrucciones del empleador independientemente de los tiempos muertos durante la jornada de trabajo. Este tipo de contratación de prestación de servicio mediante el cual el trabajador se encuentra conectado y a la espera de la asignación de un pedido para su asignación es denominado:

“contratación a demanda” y que consiste en que un empresario necesita que se lleve a cabo de forma inmediata una concreta actividad de escasa duración y cuando surge la necesidad la oferta fijando un precio concreto a través de la plataforma para que la reciban los potenciales prestatarios, uno de los cuales es seleccionado mediante criterios preestablecidos a través de un algoritmo creado por el empresario. Este proceso se repite tantas veces lo requiera el mercado que controla el empresario”.

Es así que el juzgador llega a la conclusión de que:

“la valoración como indicios de no laboralidad de las parcelas de libertad de las que dispone el repartidor, referidas en el precedente FJ 6º, no puede realizarse con la vista puesta en el trabajo del siglo XX, sino atendiendo a cómo ahora con las plataformas digitales y demás herramientas diseñadas por las TIC se trabaja en el siglo XXI. Y en éste marco el peso indiciario de esas parcelas de libertad pierde valor definitorio del vínculo más si todo ello lo ponemos en relación con otros indicios en pro de la laboralidad”.

Es así que sobre la base de los siguientes argumentos se llega a la conclusión que nos encontramos frente a una relación jurídica de corte laboral:

- “En éste contexto las parcelas de libertad para decidir días y horas de trabajo y aceptación de servicios concretos no le proporcionan ninguna facultad o poder que pueda condicionar el desarrollo de la actividad empresarial ya que GLOVOAPP23 SL cuenta con tan amplio elenco de repartidores dispuestos a trabajar que la ausencia de unos es suplida automáticamente con la presencia de otros y también cuando el repartidor rehúsa atender algún servicio asignado”.
- “el repartidor nunca podría realizar su tarea desvinculado de la plataforma digital en la que se integra: es impensable que con su vehículo y su móvil pudiera transportar mercancías entre proveedores y clientes”. Ello se debe a que si el trabajador fuera realmente un autónomo y realizaría esta actividad por su cuenta y riesgo estaría destinado al fracaso debido a que esta actividad se sustenta en el uso intensivo de las tecnologías de la comunicación y en el

uso de la marca del aplicativo, en quien confían los usuarios cuando requieren de estos servicios.

- El escaso valor que tienen las herramientas de trabajo del trabajador, móvil y vehículo frente a las de Glovo: aplicación y marca.
- La ajenidad se presenta desde el momento en el que el trabajador se integra en la estructura organizativa de Glovo, quien es el que responde frente a los clientes.
- “Glovo es quien factura por los servicios a los proveedores y clientes, integrando dentro de la estructura de costo el pago del trabajador.
- La ajenidad en los frutos es evidente porque la demandada hace suyo el resultado de la actividad del repartidor, desplazándose también a GLOVOAPP23 SL los riesgos del trabajo prestado. Y también aparece la ajenidad en el mercado por cuanto la demandada se constituye como intermediario imprescindible entre la tarea del repartidor y su destinatario final”.

3.5.2 Estado Unidos de Norte América– Estado de California

La Suprema Corte de California en la sentencia recaída el 30 de abril de 2018 en el caso Dynamex Operations West, Inc, utilizó el estándar ABC para determinar si los trabajadores que prestaban servicios para esta empresa son autónomos o contratistas independientes o por el contrario trabajadores subordinados, concluyendo que son trabajadores subordinados.

Entre los hechos del caso se tiene que Dynamex antes de 2014 contaba con trabajadores subordinados y luego de esa fecha paso a contratar trabajadores en calidad de contratistas independientes para realizar las mismas actividades, reparto de bienes a sus clientes, recogida y entrega.

Al analizar el caso y para determinar si los demandantes son trabajadores dependientes o contratistas independientes utilizó el estándar ABC que traslada la carga de la prueba al empresario a fin que acredite:

“(A) que el trabajador está libre del control y la dirección de la entidad contratante en relación con el desempeño del trabajo, tanto bajo el contrato para el desempeño del trabajo como, de hecho

(B) que el trabajador realiza un trabajo que está fuera del curso habitual de la empresa de la entidad contratante, y

(C) que el trabajador se dedica habitualmente a un comercio, ocupación o negocio establecido independientemente, el trabajador debe considerarse un empleado”

En relación a la parte B de la prueba ABC, razonan de la siguiente manera:

“todo el negocio de Dynamex es el de un servicio de entrega. A diferencia de otros tipos de negocios en los que la entrega de un producto puede verse o no dentro del curso habitual del negocio de la compañía contratante, aquí la entidad contratante es una compañía de entrega y la pregunta de si el trabajo realizado por los conductores de entrega dentro la clase certificada está fuera del curso habitual de su negocio es claramente susceptible de determinación en una clase. En general, Dynamex obtiene a los clientes para sus entregas, establece la tarifa que se les cobrará a los clientes, notifica a los conductores dónde recoger y entregar los paquetes, rastrea los paquetes, y requiere que los conductores utilicen su sistema de seguimiento y mantenimiento de registros. Como tal, existe un interés común suficiente con respecto a si el trabajo realizado por la clase certificada de conductores que recogen y entregan paquetes y documentos de y para los clientes de Dynamex de manera continua está fuera del curso habitual del negocio de Dynamex para permitir esa pregunta”.

Respecto a la parte C de la prueba ABC, señalan que el trabajo realizado por los conductores es habitual y en el caso en particular aquellos sólo realizaron esta actividad a favor de Dynamex.

“Queda igualmente claro que existe un interés común suficiente en cuanto a si los conductores en la clase certificada están habitualmente involucrados en un comercio, ocupación o negocio establecido independientemente permitir la resolución de ese problema en una clase como se discutió anteriormente, antes de 2004 Dynamex clasificó a los conductores que recogieron y entregaron los paquetes y documentos de los clientes de Dynamex como empleados en lugar de contratistas independientes. En 2004, Dynamex adoptó una nueva estructura comercial en virtud de la cual exigía que todos sus conductores firmasen un acuerdo contractual que especificara el estado del conductor como contratista independiente”.

En atención al test antes indicado se consideró que los conductores son trabajadores dependientes y no contratistas independientes.

Es importante señalar que en la demanda sólo intervinieron aquellos conductores que realizaban actividades sólo para Dynamex, y no formaron parte del análisis aquellos que realizaron servicios de entrega para otro servicio de entrega o para los clientes personales del conductor o los que tuvieron empleados propios.

3.5.3 Francia

La Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia mediante Sentencia de N° 374 FP-P+B+R+I de 04 de marzo de 2020⁷ en el proceso iniciado por un conductor de la plataforma Uber, en adelante “el conductor” contra Uber Francia y Uber BV de los Países Bajos, validó la sentencia de segunda instancia que declaró la naturaleza laboral de la relación jurídica de las indicadas partes.

Hechos acreditados

- El conductor inicio su vinculación con Uber en 12 de octubre de 2016, luego de alquilar un vehículo para dicho fin y registrar como autónomo en el marco de transporte de pasajeros de taxi.
- Uber desactivo al conductor a partir de abril de 2017

Argumentos principales de la apelación de Uber contra la sentencia de segunda instancia emitida por el Tribunal de Apelación que declara fundada la demanda sosteniendo que no se tomaron en cuenta los siguientes aspectos:

Para la configuración de un contrato de trabajo se requiere la prestación personal y subordinada del conductor a Uber. Lo cual no ocurre en el presente caso, en tanto el instrumento jurídico que vincula a las partes es un contrato de colaboración, donde Uber facilita la plataforma al conductor para que pueda acceder a la misma y prestar servicios a los usuarios que requieran el servicio y no implica obligación alguna de trabajar ni de estar a su disposición.

El conductor tiene completa libertad para conectarse a la plataforma, o desconectarse de ella, decidiendo en que momento o cuánto tiempo realiza ello. Puede rechazar los pedidos de servicio de los usuarios y que si bien el algoritmo de la plataforma los desconecta por varios rechazos puede volver a conectar y no afecta la relación contractual de ambos.

No existe exclusividad y Uber cobra un porcentaje mediante la aplicación por cada viaje realizado por el conductor.

Los conductores no reciben órdenes ni instrucciones personalizadas, y que las "reglas básicas" resultantes de los documentos contractuales constituyen requisitos básicos de cortesía y buenos modales, cumplimiento de los reglamentos y

⁷ https://www.courdecassation.fr/IMG/20200304_arret_UBER_espanol.pdf

seguridad personal, que son inherentes a la actividad de un conductor. Y que el incumplimiento de estas condiciones que faculta a Uber a extinguir el contrato no puede entenderse como la ejecución de una facultad disciplinaria sino como la aplicación de un derecho establecido en el contrato de colaboración.

La privación al conductor de ponerse en contacto con el usuario luego de un viaje impide que el conductor pueda prestar sus servicios directamente sin la intervención de la plataforma. No está prohibido que el conductor pueda contactar con el cliente luego de un viaje si éste le da su aprobación o el conductor brinda sus datos de contacto.

Que el conductor no conozca el lugar de destino frente a una solicitud de viaje no priva de libertad o de elegir libremente realizar el viaje como un conductor autónomo, cuando las disposiciones de Código de Consumidor prohíben a los conductores rechazar un viaje.

El sistema de geolocalización no puede entenderse como un mecanismo de control en tanto tiene por objeto conectar a los conductores con los clientes más cercanos y garantizar la seguridad de éstos, así como para determinar el precio.

Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia:

Existe una relación laboral cuando se presenta un vínculo de subordinación.

Según la jurisprudencia de la Sala de lo Social del Tribunal de Casación se configura una relación laboral cuando el empleador dirige, controla y sanciona la prestación de servicios del trabajador. Asimismo, es un indicio de subordinación “el trabajo en un servicio organizado (...) cuando el empleador determina unilateralmente las condiciones de ejecución”.

Como sostuvo el Tribunal de Apelación el conductor se ha integrado al servicio organizado por Uber a través de su plataforma, quien cuenta con usuarios, fija las tarifas y establece otras condiciones, sin que permita ello organizar el trabajo por sí mismo al conductor, tal como elegir a proveedores, clientes o condiciones de su servicio. Agregó que el hecho de que el conductor pueda conectarse libremente cuándo él lo desee no implica que no se encuentre sujeto a subordinación, pues cuando se conecta a Uber lo hace a un servicio organizado por esta plataforma. Respecto a la tarifa indicó que “se fijan contractualmente mediante los algoritmos de la plataforma Uber por medio de un mecanismo de predicción, imponiendo al conductor una ruta determinada que no es libre de elegir, ya que el contrato prevé

en su artículo 4.3 una posibilidad de ajuste de la tarifa por parte de Uber”. Adicionó que Uber ejerce un control sobre la aceptación de los viajes, debido a que si el conductor no acepta realizar tres ofertas de servicio se le invita a desconectarse, así como Uber puede desconectarlo conforme lo estipulado en el contrato suscrito entre ambos, el cual tiene por finalidad alentar la continuidad de la conexión de los conductores a la plataforma con el objeto que estén a disposición de esta, sin que tengan libertad como lo haría un real autónomo de elegir el viaje que le resulte más conveniente.

Finalmente, respecto a la facultad sancionadora de Uber, independientemente de las desconexiones temporales sobre la base de tres negativas a realizar un viaje y las correcciones tarifarias aplicadas si el conductor eligió una "ruta ineficiente", el Tribunal de Apelación sostuvo “que la fijación por parte de Uber BV de una tasa de cancelación de pedidos, que puede variar en "cada ciudad" según el Reglamento de la Comunidad Uber, puede dar lugar a la pérdida de acceso a la cuenta en cuestión, así como a la pérdida permanente de acceso a la aplicación Uber en caso de denuncias de "comportamiento problemático" de los usuarios” supuesto que Uber aplicó al conductor independientemente de la razonabilidad y proporcionalidad de la sanción frente a la falta cometida.

Es en base a estos argumentos la Sala de lo Social del Tribunal de Casación de Francia declara rechazar la apelación de Uber, y que la decisión del Tribunal de Apelación justificó legalmente su decisión al establecer que la condición de trabajador autónomo del conductor era ficticia sobre la base de que Uber le dio instrucciones, controló su cumplimiento y ejerció la facultad disciplinaria al imponer sanciones a aquel.

3.5.4 Argentina

Sentencia de 19 de marzo de 2019 recaída en el Expediente N° 46618/2018 del Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo del Trabajo N° 37 de la ciudad de Buenos Aires, Argentina, donde admite una medida cautelar innovativa solicitada por tres “riders” debido a que fueron bloqueados por la plataforma “Rappi ARG SAS” al formar un Sindicato. Los argumentos que sostuvieron esta decisión fueron:

El 1/10/18 tuvo lugar la asamblea fundacional del sindicato que emergió bajo la denominación de Asociación de Personal de Plataformas (“APP”). La constitución del sindicato como la identidad de sus miembros fue comunicada fehacientemente a Rappi el 3/10/2018. Luego de ello fueron bloqueados y no pudieron ingresar a la plataforma.

Se hace referencia a la normativa sectorial de transporte de mercancías, alimentos, y que actualmente la empresa antes referida no viene cumpliendo dicha normativa respecto a la seguridad de los riders:

“Código de Tránsito y Transporte por la ley 5.226, cuerpo normativo que consagra una regulación específica para los servicios de mensajería urbana y de reparto a domicilio de sustancias alimenticias, a los que define taxativamente, en el primer caso como aquél que “comprende el retiro y entrega de elementos varios de pequeña y mediana paquetería y/o la realización de gestiones desde su solicitud y hasta el o los domicilios que sean indicados, son tratamiento o procesamiento, utilizando como medio de transporte en motovehículo o ciclomotor en un plazo menor a las 24 horas y en un ámbito urbano acotado” y en el segundo como el que “abarca el transporte de sustancias alimenticias desde el domicilio de su proveedor hasta su entrega en el domicilio que el cliente indique, utilizando como medio de transporte un motovehículo o ciclomotor (...) Dicha norma se trata de una norma de orden público que dispone que la actividad de los servicios de mensajería urbana y de reparto a domicilio de sustancias alimenticias se encuentra sujeta al control de la Secretaría de Transportes de la Subsecretaría de Trabajo (...) la norma también aborda cuestiones relativas al derecho del trabajo, al disponer que deberán encontrarse en calidad de conductores en el régimen del trabajador en relación de dependencia del prestador, cumpliendo con la legislación laboral y previsional vigente (art. 13.3.2 del Código de Tránsito y Transporte) ... Por otra parte, los conductores que ejecuten el servicio en cuestión deben utilizar: a) casco homologado para la categoría según se trate del vehículo, b) indumentaria con bandas reflectivas conforme la reglamentación que establezca la Autoridad de Aplicación, c) indumentaria apropiada para utilizar días de lluvia y en época invernal, conforme lo establezca la Autoridad de Aplicación (art. 13.3.5 del CCT) (...) En nuestro país, puntualmente, las empresas Rapi Arg SAS y Kadabra SAS (Glovo) evidenciaron en los últimos meses un crecimiento exponencial en la oferta del servicio de mensajería y de reparto a domicilio de alimentos –a través de los nombres de fantasía Rappi y Glovo, respectivamente-, tal como lo muestran los anuncios publicitarios en la vía pública y en los medios de comunicación, así como la proliferación de jóvenes en bicicleta por las calles llevando las cajas portadoras de objetos (...) sin perjuicio de que la calificación jurídica del vínculo entre la empresa que se dice “intermediaria” y el mensajero excede el marco cognoscitivo de esta etapa cautelar, lo cierto es que la actividad de mensajería y reparto de alimentos a domicilio se realiza actualmente en la Ciudad de Buenos Aires, en franca violación a la legislación vigente. Y con la total inacción de las autoridades que tienen a su cargo el ejercicio del poder de policía (...)”.

Asimismo, sobre la constitución del sindicato señala:

“a través del Expte. Administrativo identificado bajo el rótulo “EX-2018-49795046— DGDMT=MPYT” del registro de la actual Secretaría de Trabajo, Empleo y Seguridad Social de la Nación, trámite mediante el cual se solicitó la inscripción gremial de la Asociación de Personal de Plataformas (“APP”, fundada con fecha 1/10/18 cfr. Acta de Asamblea y Estatuto que lucen agregados), con la designación del aquí actor Roger Miguel Rojas Luis en calidad de Secretario General”.

Además de hacer referencia a la Comunicación haciendo saber a Rappi la constitución del sindicato y cargo de secretario general del mismo de uno de los demandantes.

Sumado a que “el bloqueo que habría efectivizado la demandada a los actores, impidiéndoles el acceso a la aplicación informática y móvil (Soy Rappi) a través de sus respectivas identidades digitales (ID), y –por tanto- continuar prestando servicios de reparto en las mismas condiciones que lo venían haciendo hasta el 9/11/18, se hallaría en franca transgresión a la garantía de libertad sindical”.

Por esas consideraciones otorga la “la medida innovativa interpuesta y, sin que ello importe pronunciamiento sobre la cuestión de fondo, ordeno a la demandada RAPPI ARG S.A.S. (CUIT 30-71580389-1) que cese, en forma urgente, con la conducta antisindical desplegada y proceda inmediatamente a desbloquear el acceso a su aplicación informática y móvil (“Soy Rappi”), mediante sus respectivas identidades digitales (“ID”), de los actores”.

3.5.5 Uruguay

Sentencia N^o 77 de 11 de noviembre de 2019 del Sexto Juzgado Letrado de Trabajo de Turno de Montevideo:

En la demanda presentada por un conductor de Uber contra Uber Technologies Uruguay S.A. los principales argumentos de defensa de Uber frente a la tesis de laboralidad y verdadera relación jurídica planteada fueron:

- No existió subordinación al ser el vínculo que mantuvo el demandante con Uber sino uno de carácter comercial conforme a los “términos y condiciones” del contrato de servicios suscrito entre las partes. Uber es una empresa de tecnología y no de transporte que pone a disposición del conductor, denominado “socio conductor” en su condición prestador de servicio

independiente de transporte, la plataforma “uber app” para que aquel lo use en las oportunidades que lo considere a cambio de una comisión por cada transacción realizada.

- Emiten sugerencias a los conductores que pueden aplicar o no en busca de mejorar los servicios que prestan a los pasajeros, quien finalmente es el que evalúa el servicio prestado, no existiendo exclusividad en la contratación entre las partes.
- El vínculo no es personalísimo debido a que el vehículo con el que presta el servicio de transporte el conductor es utilizado por otros conductores, y los abonos que se les realiza por el servicio de transporte brindado se efectúa en la misma cuenta bancaria. Ello evidencia que el conductor tiene autonomía para organizarse y establecer su estrategia de negocio.
- El conductor utiliza sus propias herramientas de trabajo, corriendo con los gastos de mantenimiento de ellos. Lo que evidencia que realiza las actividades de transporte por su cuenta y riesgo.
- No existe remuneración, sino la gestión encargada a Uber por el conductor del cobro de los servicios de transporte que brinda éste conforme a lo establecido en los “términos y condiciones” del contrato de servicios de cuyo monto descuenta la comisión por el uso de “uber app” por transacción antes de su abono a su cuenta bancaria.

Argumentos del Sexto Juzgado Letrado de Trabajo de Turno de Montevideo para determinar la existencia de una relación laboral entre uber y el conductor demandante:

Sobre la base de las testimoniales de choferes de Uber, los criterios contenidos en la Recomendación 98 de la OIT que si bien no constituye un convenio se utiliza como herramienta de interpretación para determinar si la relación jurídica entre las partes procesales es de carácter laboral, así como aplica el principio de primacía de la realidad, entendido a aquel como la prevalencia de lo que ocurre en la realidad sobre lo pactado en el instrumento jurídico entre las partes contratantes, concluye que el demandante se encuentra integrado a la organización de Uber y es un trabajador subordinado:

- El conductor realizó actividades que se insertan dentro de la organización y estructura de Uber independientemente del grado de intensidad en la dirección y organización de esta sobre el conductor.
- Uber imparte instrucciones “Actuando como una verdadera empresa organiza el trabajo, establece tarifas dinámicas e incentiva a los conductores a tener un mejor salario, dándoles incentivos propios de una relación de trabajo dependiente, premiando la productividad de aquellos que aceptan realizar más viajes”: El conductor recibe indicaciones de cómo

prestar el servicio, el protocolo de atención al pasajero, limpieza de vehículo, qué aplicaciones usar.

- Uber premia y sanciona al conductor: Premia la productividad otorgando mayor número de viajes y los sanciona con el bloqueo al conductor del uso de la aplicación ante incumplimientos materializándose el poder disciplinario.
- Uber establece el origen, destino y precio de cada viaje.
- El conductor presta el servicio bajo la marca registrada "UBER"
- Existe dependencia económica del conductor respecto de Uber.
- El conductor no podría desarrollar la actividad por su cuenta sin la plataforma.
- Uber tiene la potestad de extinguir el vínculo ante la baja calificación del conductor pues pone en riesgo su reputación corporativa.
- Uber mediante algoritmos centraliza los requerimientos de los usuarios y los asigna a los conductores, establece el precio del servicio, además de la ruta a seguir.
- Uber proporciona la herramienta tecnológica para la prestación del servicio de transporte.
- El conductor presta los servicios de manera personal y recibe a cambio una remuneración.
- La actividad principal de Uber es el transporte, que depende de sus conductores, y no de una compañía que exclusivamente de desarrollo de software y vincula a terceros ajenos a su estructura.

Esta sentencia fue apelada por Uber y confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Trabajo de Primer Turno de Montevideo mediante sentencia de 04 de junio de 2019, sobre la base de los mismos argumentos de la sentencia de primera instancia que declara fundada la demanda.

CAPITULO IV

LA NECESIDAD DE UN NUEVO STATUS: EL TRABAJADOR CON AUTODETERMINACIÓN RESTRINGIDA Y SU REGULACIÓN LABORAL

La evolución del Derecho del Trabajo ha tenido como acompañante a las transformaciones empresariales, fragmentación productiva, globalización, crisis económicas y qué duda cabe a las innovaciones y revolución tecnológica. El Derecho del Trabajo desde su origen reguló el trabajo subordinado con el objetivo de dotar de derechos mínimos irrenunciables al trabajador en busca de su protección debido a la asimetría económica y de condicionamiento de la relación jurídica en la que se encontraba frente al empleador. Así es que esta regulación fue modificándose a la par de los fenómenos económicos, sociales y tecnológicos que impactaron en el modo de producción de los bienes y servicios, flexibilizando sus normas, volviendo las disposiciones imperativas en dispositivas u otorgando mayor margen de negociación a las partes contratantes. Al punto de llegar a la no regulación del trabajo humano como consecuencia de la composición de las características para la configuración del contrato de trabajo del Derecho del Trabajo clásico emanada en el siglo XIX en el marco de la industrialización de la producción, el cual actualmente no alcanza a regular al trabajo dependiente como resultado del proceso sustentado en las tecnologías de la información y comunicación debido a que este modelo difiere del industrial, tal como sucede en el caso de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo a demanda.

Es así que el Derecho del Trabajo no debe ser ajeno al escenario señalado como protector del trabajador y compañero regulador de la relación de trabajo que tuvo origen a los cambios descritos, y debe seguir cumpliendo la finalidad y su razón de existir como disciplina jurídica autónoma, proteger al trabajador dotándoles un paraguas de derechos constitucionales fundamentales, equilibrar la relación jurídica entre el que presta el trabajo y el titular de los medios de producción quien condiciona la prestación de servicio, además de evitar o disminuir los conflictos sociales que pueda genera esta relación en nuestro medio, tal como viene presentándose en otros países como España, Italia, Francia, EEUU, Argentina o Uruguay, entre otros.

Así el Derecho del Trabajo es el que debe establecer qué derechos y obligaciones son los que deben regular la relación jurídica de los agentes intervinientes del entorno productivo organizado de las plataformas digitales de trabajo, atendiendo a la forma de desenvolvimiento de las operaciones que se configuran sobre ellas.

Esta regulación debe enarbolar la flexibilidad como condición y derecho del trabajador de este modelo organizativo, dotándolo de derechos fundamentales

laborales que lo protejan frente a la plataforma digital respecto de la cual no se encuentra en la posibilidad económica y jurídica de negociar condiciones que le resulten favorables. Ello representa una respuesta intermedia de protección entre la configuración del contrato de trabajo y la aplicación del bloque de derechos que emanan como resultado de ello y la asignación de derechos selectivos a quien no cuenta con protección, evitando distorsionar e impactar económicamente en el modelo de negocio para su desarrollo y mantenimiento de costos asumidos por el consumidor final de estos servicios. Además de tener en cuenta la realidad de la economía formal e informal de nuestro país. Así con esta solución se busca llegar a asegurar trabajo decente para este colectivo en busca de su incorporación a la economía formal.

El trabajador de las plataformas digitales de trabajo es de autoderminación restringida debido a que la autonomía que ostenta para establecer el modo y forma de ejecución del trabajo no es absoluta, tal como ocurre en el caso de un locador de servicios quien es realmente independiente en la prestación de sus servicios siempre que no media una simulación relativa y se oculte la verdadera relación jurídica, se encuentra restringida no sólo al condicionamiento integral de la relación establecida en el contrato diseñado unilateralmente por la plataforma que los vincula, el control que ejerce, la organización que realiza, los parámetros de producción o realización del servicio establecido por la misma, sino que también la flexibilidad con la que cuenta para la ejecución de labores tiene límites, tal como el hecho de rechazar pedidos, entre otros como veremos más adelante.

Ahora bien, el marco jurídico laboral peruano construido sobre la base de los derechos constitucionales laborales, los convenios y tratados internacionales, la legislación laboral, jurisprudencia y doctrina comportan un sistema de fuentes que no pueden ser soslayados para el análisis de la regulación especial para este modelo de negocio, al igual que el mercado del trabajo.

En función a este análisis, se determinará qué derechos y obligaciones para las partes contratantes deben confluir a fin de regular esta relación jurídica laboral especial.

No cabe duda que es un generador de empleo, sobre todo en los jóvenes. Los repartidores de aplicativos de delivery sólo en Rappi a abril de 2020 son 10000⁸ y

⁸ <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/coronavirus-rappi-seguiremos-insistiendo-en-que-somos-una-operacion-segura-para-el-delivery-en-peru-podemos-demostrarlo-rappi-delivery-produce-noticia/>

en Glovo en promedio 5000⁹ a setiembre de 2019. Si verificamos en la información pública de la SUNAT se apreciará que Rappi tiene cerca de 101 locadores de servicios y 40 trabajadores. Suma muchísimo menor al número de repartidores con los que cuenta Rappi. Si no son locadores de servicios y no son trabajadores de acuerdo a la legislación nacional, código civil. Entonces no se tarda en preguntar: ¿Qué son, ¿cuál es su calificación jurídica? Para dar respuesta a dicha interrogante tendremos que recurrir al instrumento jurídico que vincula a ambas partes y analizarla. Por ello se realiza un análisis al contrato entre Rappi y repartidor y de acuerdo al contenido la relación es comercial y no existe relación alguna entre el trabajador y la plataforma.

Por otro lado, si bien es una fuente de trabajo trascendental e importante actor en el mercado de servicios de reparto. También lo es, que la prestación de servicios de uno al otro es precaria y se encuentra al margen de la legislación laboral y social.

A efectos de esbozar una regulación que proteja a los trabajadores de las plataformas, en este capítulo se revisará el estado de la cuestión mediante el cual se observará los intentos de regulación laboral que quedaron en proyecto de ley, los cuales reconocen a los repartidores como trabajadores y les otorga ciertos derechos laborales. No obstante, en el marco de la pandemia del Covid-19 el Ministerio de la Producción emitió el protocolo para que las empresas de delivery puedan operar y realizar repartos, la cual los califica como independientes y también les asigna derechos de corte laboral. Igualmente, el informe final de la comisión para evaluar el trabajo de las plataformas digitales de trabajo del Ministerio de Trabajo en sus recomendaciones, determinan la asignación de derechos laborales y tímidamente los clasifican como trabajadores.

Se analiza el ordenamiento jurídico laboral peruano y el internacional, los pronunciamientos más importantes de los tribunales peruanos.

Se revisa el contrato entre Rappi y los trabajadores, y se determina que a la luz de la regulación laboral ordinaria y jurisprudencia de nuestros tribunales configuran una relación jurídica laboral y con ello la aplicación de los derechos.

⁹ <https://www.infocapitalhumano.pe/recursos-humanos/noticias-y-movidas/glovo-estudio-revela-que-repartidores-alcanzan-ingresos-en-un-40-por-encima-del-sueldo-minimo/>

Finalmente, se realiza las consideraciones a tener en cuenta en la regulación de esta nueva categoría de empleo.

4.1 Estado de la cuestión

Como se podrá verificar a continuación existen intentos de regular legislativamente el trabajo de las plataformas digitales de trabajo, recomendaciones y legislación que aborda esta problemática. Si bien es cierto los dos proyectos de ley que se revisarán no resultan adecuados para regular la mencionada forma de trabajo al menos nos muestra cuáles son los aspectos que se pretendía normar. La resolución ministerial que aprueba el protocolo para delivery como respuesta a la crisis económica y de salud que aqueja al país producto del Covid-19 es adecuada en el sentido que marca una pauta inicial de salvaguarda para este segmento de trabajadores, independientemente que califique a los repartidores como independientes, pues la data de derechos de seguridad y salud en el trabajo y cobertura mínima contra accidentes, enfermedad y muerte. Es un paso adecuado para continuar con una regulación con miras a establecer un trabajo decente respecto a este grupo de trabajadores. En esa misma línea se encuentran las recomendaciones del grupo de expertos para creado por el Ministerio de Trabajo para tal efecto.

4.1.1 Propuestas legislativas

4.1.1.1 Proyecto de Ley 4144/2018

El Proyecto de Ley es denominado “Ley que regula la labor del trabajador por plataforma digital” y establece que la relación jurídica entre el trabajador y la compañía titular de la plataforma denominada empresa digital es dependiente y otorga a ésta la calidad de relación laboral especial estableciendo los siguientes derechos y obligaciones de las partes contratantes aludidas:

- La empresa digital asume responsabilidad frente al cliente.
- Los costos de los cursos o capacitaciones organizados por la empresa digital son asumidos por esta.
- La comisión que percibe el trabajador deberá ser abonada quincenal o semanalmente.
- Los trabajadores pueden renunciar con un preaviso de quince días el cual puede ser exonerado por la empresa digital, la que puede despedir al trabajador sin causa con quince días de anticipación, de no cumplir el plazo señalado deberá pagar una indemnización equivalente a quince días de trabajo. Ambas partes pueden poner fin a la relación de mutuo acuerdo o extinguirse por falta grave.
- El trabajador no podrá iniciar la prestación de sus servicios sin contar con afiliación a la seguridad social, esto es un seguro de salud y afiliación a un fondo de pensiones. Ambas partes de manera

equivalente asumen el costo de cotización de dichos seguros. En caso la empresa digital permita la ejecución de labores del trabajador sin contar con su afiliación a la seguridad social será sancionada.

- Los trabajadores deben contar con un seguro de responsabilidad civil contra terceros, cuyo costo es asumido por ambas partes.
- La empresa digital debe asumir el costo de una póliza de seguro a los trabajadores que realizan el transporte de mercancías o personas que durante la ejecución de sus servicios que cubre su muerte o incapacidad total y permanente por un accidente de tránsito o hurto.
- Asimismo, los trabajadores podrán formar un gremio.

Este proyecto de ley otorga la calidad de trabajador subordinado al repartidor asignado derechos laborales de manera selectiva. Se pretende asignar cobertura de la salud, asumido por el repartidor, seguro contra daños a terceros asumido por ambas partes, cobertura con una póliza en caso de muerte o accidente que corre a cuenta de la empresa, y finalmente el derecho a la libertad sindical. La facultad de extinguir el contrato de manera unilateral sin causa alguna.

Es una iniciativa que tuvo por objeto regular la relación jurídica entre ambas partes, lo cual es adecuado no obstante el contenido insuficiente.

No se establece limitación a la jornada laboral, se omite regulación sobre la seguridad y salud para la ejecución de las labores, así como el alcance de las coberturas de salud y accidentes. Es una iniciativa adecuada que podría mejorar considerando la flexibilidad como derecho del repartidor, la posibilidad de desarrollar actividades en otras plataformas, el uso de sus calificaciones y la posibilidad de cuestionar las que considere injustas. La participación de las herramientas de trabajo asignando la responsabilidad de la titularidad y mantenimiento de estas.

4.1.1.2 Proyecto de Ley 4243/2018

El Proyecto de Ley es denominado “Ley de empleo digno que regula a los trabajadores de las plataformas digitales” y también califica como laboral la relación entre la titular de la plataforma y el trabajador precisando que este último percibe una remuneración por la prestación de sus servicios. Se establecen los siguientes derechos y obligaciones:

- Se debe suscribir un contrato escrito el cual debe registrarse ante el Ministerio de Trabajo. Entre otros criterios, se debe establecer la duración de la jornada laboral.

- Los trabajadores tienen libertad de escoger el día y duración de la ejecución de sus labores. No podrán trabajar más de 12 horas diarias ni 48 semanales.
- El empleador deberá cubrir el costo de un seguro que cubra los daños que sufran las herramientas de trabajo de propiedad del trabajador que realice actividad de reparto o transporte de personas.
- Los costos de la afiliación al sistema de seguridad social de salud y pensiones son asumidos de acuerdo a ley.
- La remuneración no será menor a la remuneración mínima vital, así como se considera como tiempo de trabajo efectivo, la disposición del trabajador, esto es la conexión a la plataforma así no se encuentre ejecutando un servicio.
- El despido debe ser notificado con 30 días de anticipación. En caso de despido arbitrario le corresponderá una indemnización. El trabajador tiene derecho a la compensación por tiempo de servicio y otros derechos.
- Los trabajadores tienen derecho a constituir un sindicato.

El modelo de trabajo a demanda se sustenta en el pago por trabajo efectivo realizado o trabajo a destajo, donde se realiza el pago por tarea realizada. Asegurar una remuneración mínima en este modelo es desconocer la forma de organización del mismo. Igualmente, considerar como tiempo de trabajo sujeto a retribución el periodo en el que se encuentre el repartidor conectado a la plataforma o a disposición de esta refuerza lo anterior, pues es un periodo de inactividad. Así se pretende regular la contraprestación sobre la base del tiempo de trabajo como en el caso del modelo industrial y no sobre el trabajo efectivo propio del modelo de trabajo a demanda.

Es adecuado limitar la jornada máxima laboral, independientemente de que los repartidores no sean sujetos a fiscalización en cuanto al tiempo de trabajo de conexión o reparto. Cabe precisar que limitar el tiempo de trabajo es adecuado. Qué tiempo es el que se considera para la jornada máxima, el tiempo de conexión a la plataforma o el tiempo de ejecución del reparto. Me inclinaría al tiempo de reparto que es cuando se produce el trabajo efectivo en tanto el de conexión sin realizar servicio es uno de inactividad.

Igualmente, que el empleador asuma las aportaciones a la seguridad social y el repartidor los descuentos para el previsional, no resulta adecuado para esta nueva organización del trabajo. Ello importa que independientemente de las horas o ingresos del repartidor la plataforma contribuirá como mínimo con el 9% de la remuneración mínima vital a Essalud. Al igual que al repartidor, se le descontará en promedio 13% de sus ingresos. Ello podría limitar la

formalización por parte de ambos, pues se regula con mayores costos asociados.

Una compensación por tiempo de servicios como seguro de desempleo sería lo óptimo, sin embargo, ello genera mayor costo para la plataforma. Más adecuado sería otorgar vacaciones anuales pagadas, partiendo de 06 días conforme a la normativa de la OIT.

En resumen, esta norma no ha considerado las características de las relaciones jurídicas que se generan alrededor de las plataformas digitales de trabajo.

4.1.2 Resolución Ministerial N° 163-2020-PRODUCE publicado en el Diario Oficial El Peruano el de 23 de mayo de 2020

Mediante la Resolución Ministerial N° 163-2020-PRODUCE se aprueba “el Protocolo Sanitario de Operación ante el COVID-19 del Sector Producción para el inicio gradual e incremental de actividades, de la Fase 1 de la “Reanudación de Actividades”, en materia de servicio de entrega a domicilio (delivery) por terceros para las actividades: i) “Restaurantes y afines autorizados para entrega a domicilio y/o recojo en local”, y ii) “Comercio electrónico de bienes para el hogar y afines”, que como “anexo forma parte de la presente Resolución Ministerial”. En adelante Protocolo de Delivery.

Esta norma se emite en el marco de la Emergencia Sanitaria a nivel nacional establecida por el Decreto Supremo N° 008-2020-SA de 11 de marzo de 2020 por un plazo de 90 días calendario, mediante la cual se establecieron medidas para la prevención y control para evitar la propagación del COVID-19, así como la del Estado de Emergencia Nacional declarado mediante Decreto Supremo N° 044-2020-PCM el 15 de marzo de 2020 y prórrogas.

Así el referido Protocolo de Delivery de aplicativos (Rappi, Glovo y otros) para restaurantes y comercio electrónico que se encontrará vigente mientras las referidas normas también lo estén. Abona a esta conclusión los objetivos que establece el Protocolo de Delivery:

“3.1 OBJETIVO GENERAL

Establecer lineamientos y directivas con enfoque preventivo a fin de proteger la salud de todas las personas vinculadas en la cadena productiva del sector frente al riesgo de contagio del COVID-19 proporcionando de esta forma, los medios para la continuidad de las operaciones. (...).

3.2 OBJETIVOS ESPECIFICOS

Fortalecer los sistemas de vigilancia, contención y respuesta frente a la propagación del COVID-19 que las autoridades recomienden o establezcan”.

En relación a la calificación jurídica que se establece respecto a los repartidores, éstos son considerados independientes o autónomos y no trabajadores. En efecto en las definiciones precisa:

“Repartidores Independientes: Personas Naturales afiliadas a un Aplicativo de Delivery que prestan el servicio de delivery” haciendo una clara diferencia de un “Trabajador: Persona que tiene vínculo laboral con el empleador; y a toda persona que presta servicios dentro del centro de trabajo, cualquier sea la modalidad contractual; incluyendo al personal de contrata, subcontrata, tercerización de servicios, entre otras”.

Sin embargo, se exige a la plataforma digital como obligación previa para operar contar con el correspondiente Plan para la Vigilancia, Control y Prevención del Covid 19 donde no sólo deben considerar a los Trabajadores sino también a los Repartidores Independientes, y con ello otorgando derechos de corte laboral, de manera selectiva, a los repartidores que los protejan frente al Covid-19:

i) La entrega de EPPs a los repartidores es de cargo de las plataformas.

“Reparto de Material de Protección: Cada Aplicativo realizará la entrega de Kits de Protección a los Repartidores Independientes que se conectarán al Aplicativo y se realizará la reposición de este Kit según lo vayan necesitando.

- El Kit de Protección contará con los siguientes materiales:
- Mascarillas comunitarias
- Guantes de Nitrilo
- Alcohol Isopropílico
- Protector para el cabello (*en caso requerido por las Autoridades)
- Alcohol Gel
- Lentes protectores”

ii) Capacitación y sensibilización frente al Covid-19 sobre Seguridad y Salud en el Trabajo:

iii) Seguro privado contra Covid con cobertura por 90 días, que incluye hospitalización hasta por 60 días, orientación médica las 24 horas, e indemnización por alta y fallecimiento.

iv) Fondo económico para repartidores con diagnóstico de Covid: otorga una suma de dinero mientras se encuentren con Covid y se recuperen.

v) Los aplicativos contarán con supervisores de campo para velar por el cumplimiento por los repartidores del Protocolo y uso de EPPs.

La norma es producto del entendimiento del gobierno y plataformas digitales de reparto. Es similar a la legislación francesa, ley sobre movilidad. Es un gran avance en la protección de los repartidores y desarrollo de este modelo organizativo, que además brinda a ambas partes seguridad jurídica.

Estas disposiciones se tomarán como base para la construcción de los derechos laborales con los que deberían contar los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo, independientemente del contexto del Covid-19.

4.1.3 Informe Final del Grupo de Trabajo de Naturaleza Temporal que analiza la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales y plantea recomendaciones

Mediante Resolución Ministerial N° 272-2019-TR el Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo creo el grupo de Trabajo de naturaleza temporal con el objeto de analizar la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en plataformas digitales y plantear recomendaciones sobre la misma. Así este grupo, mediante el indicado informe final, luego de recoger las declaraciones de los repartidores que prestan servicios a las plataformas digitales, los representantes de las plataformas y otros colectivos realizaron las siguientes recomendaciones:

- Facilitar el registro de organizaciones sindicales de los prestadores de servicios de las plataformas digitales, independientemente de la calificación jurídica de aquellos.
- Que las plataformas digitales cuenten con un sistema de quejas, donde los prestadores de servicios puedan recurrir contra clientes.
- Establecer límite máximo de jornada semanal y diaria.
- Que los titulares de las plataformas digitales entreguen equipos de protección personal a los prestadores de servicios.
- Obligación de los titulares de las plataformas digitales de contratar un seguro contra accidentes en favor de los prestadores de servicios de éstas.
- Canal de comunicación y articulación entre ambas partes ante la modificación del precio base por reparto.
- Obligación de que los prestadores de servicios cuenten con afiliación a un sistema de salud, financiada por el estado o por la plataforma digital.
- Se recomienda que SUNAFIL elabore un protocolo para la fiscalización de la prestación de servicios a través de las plataformas digitales que cuente con

los nuevos indicios de laboralidad propios de este modelo organizativo sustentando en las tecnologías de la información.

4.2 El ordenamiento jurídico laboral peruano

4.2.1 Los derechos del trabajo en la Constitución Política de Perú

La Constitución Política del Perú establece derechos laborales dentro de Título I “De la Persona y la Sociedad” Capítulo II “De los derechos sociales y económicos” entre sus artículos 21 y 29. La constitucionalización de estos derechos laborales implica dotarlos de la máxima jerarquía normativa y darles la categoría de derechos fundamentales, sobre los cuales se construirán y desarrollarán legislativamente los derechos conexos de los trabajadores dentro de la relación de trabajo, e incluso de las relaciones jurídicas no sujetas a subordinación donde exista prestación personal.

Alonso Olea señala que “La Constitución, además de configurar formalmente el sistema de fuentes, se erige a sí propia en ocasiones en fuente directa del Derecho, bien prefigurando mediante el contenido material de las normas que deben o pueden emanar del nuevo sistema de producción, bien normando inmediatamente para ciudadanos y jueces, prescindiendo de desarrollos ulteriores que estima innecesarios ante lo claro y preciso de su propio mandato” (Alonso Olea, 1990, p.20).

Así el artículo 22 de la carta magna precisa que “El trabajo es un deber y un derecho. Es base del bienestar social y un medio de realización de la persona” por su parte el artículo 23 “El trabajo, en sus diversas modalidades, es objeto de atención prioritaria del Estado, (...). El Estado promueve condiciones para el progreso social y económico, en especial mediante políticas de fomento del empleo productivo y de educación para el trabajo. Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador. (...)”. El artículo 24 “El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. (...). Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado (...)”. El artículo 25 señala “La jornada ordinaria de trabajo es de ocho horas diarias o cuarenta y ocho horas semanales, como máximo. (...). Los trabajadores tienen derecho a descanso semanal y anual remunerados. Su disfrute y su compensación se regulan por ley o por convenio”. Por su parte el artículo 27 establece que “La ley otorga al trabajador adecuada protección contra el despido arbitrario” mientras que el artículo 28 reconoce el “Derecho de sindicación, negociación colectiva y derecho de huelga”.

El artículo 23 referido lleva implícito el “principio protector” o “principio tuitivo” que no es otro según Palomeque que la “función esencial que cumple el ordenamiento jurídico laboral y que se manifiesta, precisamente, en un desigual tratamiento normativo de los sujetos de la relación de trabajo asalariado que regula, en favor o beneficio del trabajador” (Palomeque, 2003, p.17).

En relación a lo anterior, el Tribunal Constitucional sostiene en el fundamento 7 de la Sentencia N° 1124-2001- PA/TC:

“En la relación laboral se configura una situación de disparidad donde el empleador asume un status particular de preeminencia ante el cual el derecho y, en particular, el derecho constitucional, se proyecta en sentido tuitivo hacia el trabajador. Desde tal perspectiva, las atribuciones o facultades que la ley reconoce al empleador no pueden vaciar de contenido los derechos del trabajador; dicho de otro modo, no pueden devenir en una forma de ejercicio irrazonable. Es por esto que la Constitución precisa que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales ni desconocer o disminuir la dignidad del trabajador (art. 23º, segundo párrafo). Es a partir de esta premisa impuesta por la Constitución que debe abordarse toda controversia surgida en las relaciones jurídicas entre empleador y trabajador, en todo momento: al inicio, durante y al concluir el vínculo laboral”

Por su parte Blancas señala que es “el Estado, en su dimensión de legislador (...) quien debe aplicar el “principio protector” estableciendo aquellas normas que garanticen la tutela efectiva del trabajador en el conjunto de sus relaciones con el empleador a quien presta sus servicios. La aplicación de este principio no comporta sin embargo la vulneración del principio de igualdad ante la ley, pues obedece a una finalidad compensadora de la desigualdad real existente” (Blancas, 2011, p.316).

En esa línea, Blancas sostiene que este principio no sólo irradia su protección al trabajador clásico, subordinado, sino también a relaciones jurídicas de prestación personal donde no concurren sus elementos esenciales, esto es, dirección, fiscalización y sanción. Así el principio protector también otorga ciertos derechos laborales aplicados de manera selectiva a estas relaciones que se sustentan entre otros en la dependencia económica de los trabajadores autónomos hacia las compañías que los contratan, donde “radica el desequilibrio del poder contractual” o en función a la naturaleza de la continuidad de la prestación del servicio y por cuenta ajena. Así en la legislación peruana claro ejemplo de este tipo de regulación con “normas de protección e incluso de carácter laboral” son las “normas del trabajador ambulante, de los lustrabotas de calzado, de los estibadores terrestres y de del porteador”. (Blancas 2011).

Por su parte, Arce precisa que podemos distinguir dos niveles de protección a los trabajadores autónomos: una general aplicado a aquellos trabajadores autónomos empresarios que comprende cuatro derechos fundamentales: i) no discriminación, ii) protección de la seguridad y salud laboral, iii) tutela de sus intereses colectivos y iv) garantía de cobro de retribución; y otra específica, a aquellos trabajadores autónomos por cuenta ajena con vínculo permanente con más matices de trabajadores subordinados sin que se llegue a materializar esta configuración, se les reconoce derechos laborales como jornada laboral, descanso, extinción de la relación jurídica, retribución entre otros. (citado por Blancas 2011, p. 324).

Así se tiene que el principio protector establecido en el artículo 23 de la Constitución irradia su fuerza normativa protectora sustentada en desequilibrio contractual de las partes contratantes de la relación laboral no sólo a las relaciones jurídicas laborales sino también a aquellas prestaciones de servicio personal donde sin que se configure el contrato de trabajo exista desigualdad económica o contractual entre las partes contratantes, no obstante ello para su aplicación en este último caso se requiere de la intervención legislativa en tanto jurídicamente quien presta servicio no tienen la calidad de trabajador dependiente.

En esa línea, cuando el artículo en comentario hace referencia a que ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador, busca delimitar las facultades del empleador dentro de la relación laboral a efectos de materializar la interdicción de la arbitrariedad de aquel sobre la base de los derechos constitucionales fundamentales del trabajador o derechos “inespecíficos”, que no es más que la horizontalidad de los derechos constitucionales dentro de la relación laboral en su calidad de particulares. Con estos límites a las facultades del empleador desde la constitución se asegura proteger la dignidad del trabajador como persona humana dentro de la relación de trabajo, como fin principal de nuestra constitución conforme a su artículo 1 que establece “la defensa de la persona humana y el respeto de su dignidad son el fin supremo de la sociedad y del estado”.

Siendo los derechos fundamentales más relevantes para con la relación laboral el de igualdad y no discriminación, intimidad, al secreto de las comunicaciones, a la libertad de asociación, opinión o expresión, religión, al honor sobre los cuales el Tribunal Constitucional ha tenido oportunidad de pronunciarse y serán desarrollados más adelante.

Así Blancas considera que “la función de esta cláusula constitucional consiste en reconocer la eficacia de los derechos fundamentales de la persona en el ámbito de las relaciones laborales; a través de ella se produce la irradiación de estos derechos

al campo del contrato de trabajo y de la relación jurídica que nace de él, tornándolos exigibles frente al empleador” (Blancas, 2011, p.356). A ello denomina “la garantía de indemnidad de los derechos de la persona del trabajador”.

En esa línea, el Tribunal Constitucional ha precisa que en el fundamento 6 de la Sentencia N° 1124-2001- PAVTC que:

“La Constitución es la norma de máxima supremacía en el ordenamiento jurídico y, como tal, vincula al Estado y la sociedad en general. De conformidad con el artículo 38° de la Constitución, "Todos los peruanos tienen el deber (...) de respetar, cumplir (...) la Constitución (...)". Esta norma establece que la vinculatoriedad de la Constitución se proyecta *erga omnes*, no sólo al ámbito de las relaciones entre los particulares y el Estado, sino también a aquéllas establecidas entre particulares. Ello quiere decir que la fuerza normativa de la Constitución, su fuerza activa y pasiva, así como su fuerza regulatoria de relaciones jurídicas se proyecta también a las establecidas entre particulares, aspecto denominado como la eficacia *inter privatos* o eficacia frente a terceros de los derechos fundamentales”.

Como hemos visto el carácter tuitivo del Derecho de Trabajo, incide en las relaciones jurídicas de trabajo, por lo cual debe ser aplicable a las relaciones jurídicas emanadas del entorno productivo de las plataformas digitales de trabajo con el fin de dotar de protección al trabajador. Ello supone como hemos visto la calificación jurídica de trabajador dependiente de quien realiza actividades en dicho entorno productivo.

El artículo 24 regula el derecho a la remuneración equitativa y suficiente que permita al trabajador no sólo satisfacer sus necesidades, sino que le procure bienestar material y espiritual. Así la noción de remuneración que adopta nuestra Constitución es desde la perspectiva “político social” que “concibe al salario como medio de sustento y de satisfacción de las necesidades personales y familiares del trabajador”, alejándose así a las perspectivas “económicas” que implican al salario como un costo o “jurídica” donde el salario es la contraprestación del trabajador por la prestación de sus servicios. Así la naturaleza suficiente de la remuneración se debe entender como aquella que satisfaga las necesidades del trabajador y su familia desde un ámbito personal o subjetivo y que ésta sea suficiente para satisfacer sus necesidades materiales, alimento, vivienda, vestido, etc, sino también espirituales como, educación de los hijos, cultura, esparcimiento, y otros. La naturaleza equitativa tiene que ver con la capacidad del empleador para sumir el costo del salario, calidad y cantidad de trabajo, el salario de una compañía en función al sector ubicación geográfica frente a otros salarios del país y su relación con los niveles de empleo, el cual a la luz del salario mínimo no debe perturbar la naturaleza de suficiencia de este en tanto aquel busca según la doctrina mayoritaria

del país a satisfacer las necesidades más elementales del trabajador y su familia apegándose a la naturaleza de subsistencia y como piso mínimo para proteger a los trabajadores más débiles por su falta de capacitación u organización a través de una norma imperativa (Blancas 2011).

El derecho a la jornada máxima, el descanso semanal y anual regulado en el artículo 25 buscan establecer la duración de prestación de los servicios con limitaciones de su duración diaria y semanal, así como el derecho al descanso semanal y anual cuya regulación se remite a la ley. A la intervención estatal estableciendo limitaciones a través de la producción de normas de la máxima jerarquía jurídica como es la constitucional respecto a dichos derechos se sustenta en criterios que Blancas resume como: a) relativos a la salud: la duración excesiva de la jornada laboral produce daños a la salud del trabajador, b) de orden social: que implica la participación del trabajador en actividades sociales y cumplir con sus deberes familiares, c) de orden económico: vinculado al rendimiento del trabajador, en el entendido que a más horas de trabajo el rendimiento disminuye producto del agotamiento físico o mental, d) de orden cívico política, donde el trabajador tiene el derecho de participar en la vida política del país y el de e) orden espiritual religioso, vinculado a la participación del trabajador en su respectiva comunidad religiosa. (Blancas, 2011).

Desde la aparición del Derecho del Trabajo como disciplina jurídica de protección al trabajador e instrumento normativo de relación entre empleador trabajador, la intervención estatal tuvo por objeto equiparar la situación desigualdad entre las partes contratantes. En relación a la jornada máxima laboral, desde su inicial desarrollo legislativo tuvo por objeto la protección del trabajador en tanto ser humano frente a las más de 16 horas de trabajo diarias de labor, sumado a las protestas de las organizaciones sindicales, pasando por la huelga que inició el 01 de mayo de 1886 en Chicago, entre otros eventos, se obtuvo la regulación de la jornada de las 08 horas. Esta regulación se encuentra íntimamente ligada a la salud del trabajador, que debe encontrar límites a la temporalidad de la prestación de su fuerza de trabajo, lo contrario supondrá que realice actividades sin restricciones de tiempo, 15 horas diarias o más, por la necesidad imperante de generar ingresos para cubrir sus necesidades básicas sin adecuado descanso diario y semanal que alterará el equilibrio y los espacios perturbando su salud por el exceso de actividad física o intelectual.

El artículo 27 de la Constitución, remite la protección del despido arbitrario a un desarrollo legislativo. El cual desarrollaremos en el siguiente punto.

Por su parte el artículo 28 de la Constitución regula la libertad sindical, la cual busca proteger e incentivar la asociación de trabajadores para la mejora de las condiciones laborales y económicas a través de la negociación colectiva, a la cual asigna fuerza vinculante entre las partes.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en la sentencia recaída en el caso Fetratel señaló:

“La Constitución reconoce la libertad sindical en su artículo 28º, inciso 1) Este derecho constitucional tiene como contenido esencial un aspecto orgánico, así como un aspecto funcional. El primero consiste en la facultad de toda persona de constituir organizaciones con el propósito de defender sus intereses gremiales. El segundo consiste en la facultad de afiliarse o no afiliarse a este tipo de organizaciones. A su vez, implica la protección del trabajador afiliado o sindicado a no ser objeto de actos que perjudiquen sus derechos y tuvieran como motivación real su condición de afiliado o no afiliado de un sindicato u organización análoga. (...).

El aspecto orgánico de la libertad de sindicación se halla reconocido expresamente en el artículo 2º del Convenio N.º 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, precisando que consiste en "el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, (...)". Por otra parte, según el artículo 1º, inciso 2), literal "b", la protección del trabajador contra todo acto que menoscabe la libertad de sindicación se extiende también "contra todo acto que tenga por objeto" "despedir a un trabajador o perjudicarlo en cualquier otra forma a causa de su afiliación sindical o de su participación en actividades sindicales (...)" (cursiva de la presente sentencia)”.

Como vemos la protección constitucional del trabajador desde el plano individual y colectivo se presenta y despliega sus efectos una vez que la persona que trabaja haya alcanzado la categoría jurídica de trabajador subordinado. Ello implica que la fuerza normativa de la constitución laboral proyectará sus efectos sobre el trabajador de la relación laboral y no sobre el trabajador autónomo. Uno de los aspectos trascendentales por los que el trabajador de las plataformas digitales de trabajo debería ser calificado como trabajador dependiente es el hecho que a partir de ello podrá acceder a la construcción jurídica de protección y revestirse con el manto protector de los derechos fundamentales laborales a diferencia de catalogarlo como independiente donde la aplicación de los derechos constitucionales deberán ser aplicados por imperio de la ley que extenderá su contenido y no de la propia constitución. Como se ha verificado ninguna relación laboral limita el ejercicio de los derechos constitucionales ni rebaja la dignidad del trabajador como persona lo que evidencia que la categoría jurídica de trabajador

implica una protección constitucional de este bloque normativo en su integridad, más aún cuando el Estado promueve el desarrollo de los derechos sociales. Así el trabajador de las plataformas de trabajo al ser jurídicamente catalogado como trabajador se le aplicará los derechos laborales constitucionales y con ello se conducirá a la realización del trabajo decente. En tal sentido, los derechos constitucionales laborales que se sustentan en la condición de persona y trabajador dependientes a la vez irradian sus efectos directamente a la parte débil de la relación laboral, así como a través de su desarrollo legislativo.

4.2.2 El Tribunal Constitucional y su intervención en las relaciones laborales

La jurisprudencia laboral del máximo intérprete de la Constitución, el Tribunal Constitucional, ha tenido claramente un impacto trascendental en las relaciones jurídicas laborales del país. Ya sea determinando el contenido esencial de los derechos laborales, interpretando sus alcances desde la constitución o expulsando del ordenamiento jurídico las normas legislativas de desarrollo constitucional por contravenir a aquella, denominado por Sanguinetti como de reconstrucción del ordenamiento laboral a partir de la jurisprudencia frente a la flexibilización laboral materializada con la legislación emitida en la década de los noventa. (Sanguinetti, 2008, p.76).

Lo anterior ha sido posible a través de tres herramientas hermenéuticas, la interpretación sistemática de la constitución como conjunto normativo, la “cláusula de apertura” establecida en la cuarta disposición transitoria de la Constitución a partir del cual en base a los tratados y convenios internacionales de corte laboral se extraen criterios útiles para la interpretación de las normas constitucionales, así como la interpretación de las normas laborales constituciones a partir de los sistemas de valores consagrados de ella, tal como su propia finalidad que no es otra que la dignidad de la persona humana consagrada en su artículo 1 (Sanguinetti, 2008). En esa línea el Tribunal Constitucional ha manifestado en la Sentencia recaída en el Exp. 1124-2001-PA/TC que “De conformidad con la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, los derechos constitucionales deben interpretarse dentro del contexto de los tratados internacionales suscritos por el Estado peruano en la materia. Según esta norma, estos tratados constituyen parámetro de interpretación de los derechos reconocidos por la Constitución, lo que implica que los conceptos, alcances y ámbitos de protección explicitados en dichos tratados, constituyen parámetros que deben contribuir, de ser el caso, al momento de interpretar un derecho constitucional.”

Así el Tribunal Constitucional como veremos a partir de algunas sentencias que de manera breve resumiremos ha intervenido en las relaciones jurídicas de trabajo.

Expediente N° 1124-2001-AA/TC: Caso Sindicato Unitario de Trabajadores de Telefónica del Perú S.A y FETRATEL, fundamento 12, sobre el derecho a la libertad sindical y despido arbitrario:

Esta sentencia marca un antes y después en el ordenamiento jurídico laboral peruano, pues establece que la disposición contenida en el artículo 34° de la LPCL “no es compatible con el derecho constitucional al trabajo” conforme al fundamento Jurídico 12 de la Sentencia en comentario al disponer como única reparación contra el “despido ad nutum” una indemnización. En efecto, se sostiene que el mencionado artículo establece como única reparación contra el despido arbitrario una indemnización tasada, por lo cual “vacía de contenido” el derecho constitucional al trabajo, pues es contenido esencial del citado derecho “la proscripción del despido sin causa”, así como “la forma de protección no puede ser sino retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad por eso la restitución es una consecuencia consustancial a un acto nulo”. Así se establece que la indemnización será una forma “complementaria o sustitutoria” de protección contra un acto “inválido por inconstitucional” a elección del trabajador, pero no la única reparación, pues también el trabajador podrá solicitar “retrotraer el estado de cosas al momento de cometido el acto viciado de inconstitucionalidad”, es decir la restitución a su puesto de trabajo. Finalmente, se agrega en la sentencia bajo comentario que “el acto de despido realizado por el empleador se sustenta en la norma contenida en el artículo 34° de la LPCL, siendo que no es posible realizar una interpretación de esta norma con la constitución “pues resulta evidentemente inconstitucional”.

En consecuencia, a partir de este pronunciamiento del máximo intérprete constitucional, es posible solicitar la reposición además de los supuestos establecidos taxativamente en el artículo 29° de la LPCL, cuando se materialice una trasgresión o vulneración de un derecho constitucional.

En esa línea, el Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre los derechos en las relaciones laborales, la libertad sindical, jornada de trabajo, igualdad y no discriminación, libertad de expresión u opinión, libertad de religión, derecho a la intimidad y privacidad de las comunicaciones entre otras.

EXP. N.º 1058-2004-AA/TC, Fundamentos 18 y 19, sobre los derechos inespecíficos, la privacidad e intimidad de las comunicaciones y las limitaciones de la facultad del empleador de fiscalizar las herramientas de trabajo de su titularidad en atención a dichos derechos fundamentales:

“En efecto, conforme lo establece el artículo 2°, inciso 10), de nuestra norma fundamental, toda persona tiene derecho a que sus comunicaciones y documentos privados sean adecuadamente protegidos, así como a que las

mismas y los instrumentos que las contienen, no puedan ser abiertas, incautadas, interceptadas o intervenidas sino mediante mandamiento motivado del juez y con las garantías previstas en la ley. Aunque, ciertamente, puede alegarse que la fuente o el soporte de determinadas comunicaciones y documentos le pertenecen a la empresa o entidad en la que un trabajador labora, ello no significa que la misma pueda arrogarse en forma exclusiva y excluyente la titularidad de tales comunicaciones y documentos, pues con ello evidentemente se estaría distorsionando el esquema de los atributos de la persona, como si estos pudiesen de alguna forma verse enervados por mantenerse una relación de trabajo. Aun cuando es inobjetable que toda relación laboral supone para el trabajador el cumplimiento de obligaciones; y para el empleador, la facultad de organizar, fiscalizar y, desde luego, sancionar a quien incumple tales obligaciones, ello no quiere decir que el trabajador deje de ser titular de los atributos y libertades que como persona la Constitución le reconoce. No en vano el artículo 23° de nuestra norma fundamental contempla expresamente que «Ninguna relación laboral puede limitar el ejercicio de los derechos constitucionales, ni desconocer o rebajar la dignidad del trabajador». Por consiguiente y en tanto existen mecanismos mediante los cuales el trabajador puede ejercer sus derechos, resulta igual de inobjetable que la relación de trabajo debe respetar el contenido esencial de los mismos.”

EXP. 4635-2004-AA/TC, Fundamento 15, sobre la jornada laboral máxima semanal:

“De las disposiciones citadas, que constituyen el parámetro constitucional que debe emplearse para la configuración del derecho a la jornada laboral de ocho horas diarias, conforme a la Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución, se desprende que: a) Las jornadas de trabajo de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho semanales son prescritas como máximas en cuanto a su duración. b) Es posible que bajo determinados supuestos se pueda trabajar más de ocho horas diarias y de cuarenta y ocho por semana, siempre que el promedio de horas de trabajo, calculado para un período de tres semanas, o un período más corto, no exceda de ocho horas diarias ni de cuarenta y ocho por semana. Este supuesto dependerá del tipo de trabajo que se realice. c) El establecimiento de la jornada laboral debe tener una limitación razonable. d) Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos, insalubres o nocturnos. e) En el caso de nuestro país, la Constitución impone la jornada máxima de trabajo de cuarentiocho horas semanales, de modo que, siendo ésta la norma más protectora, prevalecerá sobre cualquier disposición convencional que imponga una jornada semanal mayor; (por ejemplo, el artículo 4.º del Convenio N.º 1 (1919) de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)”.

Exp.N°008-2005-PI/TC, Fundamento 23 sobre el derecho de igualdad y no discriminación en materia laboral:

“Tal como se ha precisado anteriormente, la isonomía entre las personas se manifiesta en dos planos: La igualdad ante la ley y la igualdad de trato (en este caso aplicable al ámbito de las actividades laborales).

La igualdad ante la ley obliga a que el Estado asuma una determinada conducta al momento de legislar o de impartir justicia. (...) La igualdad de oportunidades –en estricto, igualdad de trato– obliga a que la conducta ya sea del Estado o los particulares, en relación a las actividades laborales, no genere una diferenciación no razonable y, por ende, arbitraria.»

EXP. 0895-2001-AA/TC, Fundamento 8 que privilegia la Libertad de Religión o Consciencia en el ámbito laboral sobre la facultad del empleador del ius variandi en atención al principio de dignidad humana y razonabilidad:

“En ese sentido, el Tribunal Constitucional considera que, si en un principio la emplazada optó por respetar los designios derivados de los dogmas religiosos profesados por el recurrente, no existen razones legítimas para que, con posterioridad, se decidiera cambiar de decisión. Este criterio, desde luego, no significa que el Tribunal desconozca el ius variandi del empleador; pero, en atención a su carácter de derecho fundamental, derivado del principio de dignidad humana, para que se realizara tal cambio era preciso que se observara un mínimo de razonabilidad en los fundamentos del cambio. (...); no habiéndose acreditado en autos si el acto ejecutado en contra del recurrente se ha orientado hacia tales principios, el Tribunal Constitucional estima que este es irrazonable y desproporcionado. La vaga referencia a las «razones de necesidad institucional» que la emplazada formula en su contestación de la demanda (...). Tampoco puede considerarse que el otorgar, en este caso, al recurrente el beneficio de la eximencia de acudir los días sábados, pudiera significar una afectación al derecho de igualdad de los demás médicos (...), toda vez que el demandado (...) cumple durante los días lunes a viernes con las 150 horas mensuales promedio que los médicos asistentes están obligados a laborar.”

4.2.3 Legislación laboral Nacional

4.2.3.1 El régimen general laboral de la actividad privada: Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral

El Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por el Decreto Supremo N° 003-97-TR, (LPCL) es el cuerpo normativo general que regula las relaciones laborales en el sector privado. Entre las características más resaltantes del mismo se advierte lo siguiente.

Regulación de entrada en la relación laboral: Se establece que la contratación debe ser a plazo indeterminado y salvo causas objetivas a plazo determinado siendo que estos contratos requieren formalidad a diferencia de los primeros. El periodo de prueba es de 03 a 12 meses dependiendo de la naturaleza y calificación de las labores. De manera general es de 03 meses, 06 meses para trabajadores calificados o de confianza y de 12 meses para trabajadores de dirección. Durante el periodo de prueba el trabajador no alcanza protección contra el despido arbitrario.

Regulación durante la ejecución de la relación laboral: Esta es bilateral, sinalagmática y de tracto sucesivo. Remuneración en dinero o especie, con un piso mínimo denominado remuneración mínima vital, salvo casos de contrato a tiempo parcial. La jornada máxima laboral diaria es de 08 horas o 48 horas semanales, compensación por tiempo de servicios, dos remuneraciones como gratificaciones legales en julio y diciembre, vacaciones anuales de 30 días, participación de las utilidades, seguro de vida ley, seguridad social, seguridad previsional, licencias remuneradas, seguridad y salud en el trabajo, entre otros.

Son causales de suspensión imperfecta, enfermedad y accidente comprobado, invalidez temporal, maternidad, vacaciones, entre otros.

A continuación, realizamos una revisión rápida a los principales beneficios y derechos laborales asignados al trabajador sujeto a una relación laboral bajo el régimen general.

Para acceder al pago de la CTS conforme al Decreto Supremo N° 001-97-TR el trabajador debe laborar por lo menos en promedio cuatro horas diarias:

“TRABAJADORES COMPRENDIDOS

Artículo 4.- Sólo están comprendidos en el beneficio de la compensación por tiempo de servicios los trabajadores sujetos al régimen laboral común de la actividad privada que cumplan, cuando menos en promedio, una jornada mínima diaria de cuatro horas.”

En relación a las vacaciones anuales, el artículo 10° del Decreto Legislativo N° 713 (Consolidan la legislación sobre descansos remunerados de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada) sostiene lo siguiente:

“Artículo 10.- El trabajador tiene derecho a treinta días calendario de descanso vacacional por cada año completo de servicios. Dicho derecho está condicionado, además, al cumplimiento del récord que se señala a continuación:

a) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria es de seis días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos sesenta días en dicho período.

b) Tratándose de trabajadores cuya jornada ordinaria sea de cinco días a la semana, haber realizado labor efectiva por lo menos doscientos diez días en dicho período. (...).”

En cuanto al concepto de gratificaciones, la Ley N° 27735 (Ley que regula el otorgamiento de las gratificaciones para los trabajadores del régimen de la actividad privada por Fiestas Patrias y Navidad), señala en su artículo 6° los requisitos para la percepción de dicho derecho. Así, tenemos lo siguiente:

“Artículo 6.- Requisitos para percibir el derecho

Para tener derecho a la gratificación es requisito que el trabajador se encuentre laborando en la oportunidad en que corresponda percibir el beneficio o estar en uso del descanso vacacional, de licencia con goce de remuneraciones percibiendo subsidios de la seguridad social o por accidentes de trabajo, salvo lo previsto en artículo siguiente. (...).”

Respecto al derecho a participar de las utilidades de la empresa el artículo 2° del Decreto Legislativo N° 892 (Norma que regula el derecho de los trabajadores a participar de las utilidades de las empresas que desarrollan actividades generadoras de rentas de tercera categoría), dispone que:

“**Artículo 2.-** Los trabajadores de las empresas comprendidas en el presente Decreto Legislativo participan en las utilidades de la empresa, mediante la distribución por parte de ésta de un porcentaje de la renta anual antes de impuestos. El porcentaje referido es como sigue:

Empresas Pesqueras 10%
Empresas de Telecomunicaciones 10%
Empresas Industriales 10%
Empresas Mineras 8%
Empresas de Comercio al por mayor y al por menor y Restaurantes 8%
Empresas que realizan otras actividades 5%
Dicho porcentaje se distribuye en la forma siguiente:
a) 50% será distribuido en función a los días laborados por cada trabajador, entendiéndose como tal, los días real y efectivamente trabajados.
(...)
b) 50% se distribuirá en proporción a las remuneraciones de cada trabajador.
(...).”

Regulación de salida de la relación de trabajo: El trabajador puede ser despedido por causa justa debidamente comprobada relacionada a su conducta o capacidad. En este caso no tendrá derecho a una indemnización por despido arbitrario. En caso de despido arbitrario tendrá derecho a una indemnización equivalente a una remuneración y media por cada año laborado con el tope de 12 remuneraciones.

Son causas de extinción de la relación de trabajo: la renuncia, el despido según las causas permitidas por ley, el mutuo disenso, el fallecimiento del trabajador, la invalidez absoluta permanente y la jubilación.

Para efectos del presente trabajo, resulta de trascendental importancia la subordinación que genera la configuración del contrato de trabajo conjuntamente con la prestación personal y la remuneración. Así el artículo 9 de la LPCL ha establecido:

“Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”.

Mientras que el artículo 4 regula la presunción de laboralidad, “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado”.

Como se podrá observar se verifica como condición necesaria y exclusiva la concurrencia de la subordinación para la configuración del contrato de trabajo y relación laboral, excluyendo así otros mecanismos para la materialización de una relación laboral como la dependencia económica o generar un beneficio integral o principalmente a favor de otro como resultado de la prestación de servicios.

Seguro Social de Salud

Los trabajadores sujetos al régimen general de la actividad privada tienen derecho al Seguro Social de Salud que “otorga cobertura a sus asegurados brindándoles prestaciones de prevención, promoción, recuperación y subsidios para el cuidado de su salud y bienestar social, trabajo y enfermedades profesionales” conforme al artículo 2 de la Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud. El aporte o contribución al indicado seguro es mensual y equivalente al 9% de la remuneración del trabajador y es de cargo del empleador, cuya base mínima imponible no será menor a la remuneración mínima vital de acuerdo a su artículo 6.

Los trabajadores afiliados al seguro social de salud tienen derecho a los siguientes subsidios, el que debe entenderse de acuerdo al Reglamento de reconocimiento y pago de prestaciones económicas de la Ley N° 26790 aprobado por Decreto Supremo N° 13-2019-TR como la:

“prestación dineraria de duración determinada, que sustituye la pérdida de ingresos frente a una situación de Incapacidad Temporal para el Trabajo o Maternidad; o que tiene por objeto coadyuvar frente a necesidades de mayor gasto como en los casos de Lactancia y de Sepelio prestación dineraria de duración determinada, que sustituye la pérdida de ingresos frente a una situación de Incapacidad Temporal para el Trabajo o Maternidad; o que tiene por objeto coadyuvar frente a necesidades de mayor gasto como en los casos de Lactancia y de Sepelio”.

A continuación, se enlista los subsidios a los que el trabajador tiene acceso como consecuencia de su afiliación al Seguro Social de Salud:

- El derecho a subsidio se adquiere a partir del vigésimo primer día de incapacidad. Durante los primeros 20 días de incapacidad el empleador continúa obligado al pago de la remuneración. El subsidio se otorgará mientras dura la incapacidad del trabajador, hasta un máximo de 11 meses y 10 días consecutivos.
- Incapacidad temporal, equivalente al promedio de la remuneración diaria de los doce últimos meses anteriores a la contingencia.
- Subsidio por maternidad, se establece de acuerdo al promedio diario de las remuneraciones de los 12 últimos meses
- Subsidio por lactancia
- Sepelio

- El Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo otorga cobertura adicional a los trabajadores afiliados el Seguro Social de Salud que desempeñan las actividades de alto riesgo determinadas en el reglamento de la Ley. Cabe precisar que no figura como actividad de alto riesgo el manejo de vehículos de transporte de mercaderías o personas sean con motores o no. Es obligatorio y por cuenta de la entidad empleadora. Cubre los riesgos siguientes: a) Otorgamiento de prestaciones de salud en caso de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales, b) Otorgamiento de pensiones de invalidez temporal o permanente y de sobrevivientes y gastos de sepelio, como consecuencia de accidentes de trabajo o enfermedades profesionales. El derecho a las pensiones de invalidez del seguro complementario de trabajo de riesgo se inicia una vez vencido el período máximo de subsidio por incapacidad temporal cubierto por el Seguro Social de Salud.
- También tienen derecho a las prestaciones de recuperación de la salud que son: atención médica, tanto ambulatoria como de hospitalización, medicinas e insumos médicos, prótesis y aparatos ortopédicos imprescindibles, así como Servicios de rehabilitación.
- Seguro vida ley

Régimen de Pensiones

Los trabajadores del régimen general sujetos la LPCL tienen la obligación de aportar mensualmente a los sistemas de protección social sea público o privado las que otorgan cobertura para una pensión de jubilación e invalidez principalmente. El aporte al Sistema Nacional de Pensiones es 13% de sus remuneraciones mensuales durante 20 años como mínimo con el objeto de al cumplir 65 años de edad acceda a una pensión de jubilación. Este aporte conforma un fondo común intangible a cargo de la Oficina de Normalización Previsional y se sustenta en el principio de solidaridad donde los aportes contribuyen a un fondo común. Mientras que el aporte al Sistema Privada de Pensiones permite acceder a los 65 años a una pensión de jubilación sin la exigencia de periodos mínimos de aporte. El aporte a este sistema es en promedio 11% de la remuneración y es destinado a una cuenta individual capitalizable. Ambos sistemas permiten la jubilación adelantada.

La regulación de dichos sistemas se encuentra en el Decreto Ley N° 19990, Ley que crea el Sistema Nacional de Pensiones de la Seguridad Social, y en el Decreto Supremo N° 054-97-EF, Texto Único Ordenado de la Ley del Sistema Privado de Administración de Fondos de Pensiones.

4.2.3.2 Los regímenes laborales especiales

Los regímenes laborales especiales son un conjunto de disposiciones jurídicas que regulan en su mayoría actividades especiales por sus características particulares del trabajo, de la persona que trabaja o funciones que realiza, así como del lugar donde se ejecuta los servicios o que buscan la promoción del trabajo formal, en algunos casos disminuyendo los estándares de protección y beneficios de la regulación general en su mayoría o incrementándolos en su minoría (actividad minera). Las principales características de estos regímenes especiales son la flexibilidad de sus normas de ingreso, del desarrollo y del término de la relación jurídica. Permitiendo la contratación temporal, disminución beneficios sociales u omitiéndolos, así como impactando en la terminación de la relación laboral, entre otros. Actualmente en el país coexisten más de 40 regímenes laborales especiales considerando dichas características.

De cara al presente trabajo haremos una mirada general de los regímenes laborales especiales, donde se observarán las características mencionadas, e incluso la clasificación como de trabajador a aquellos prestadores de servicios donde no concurre la subordinación con la finalidad de tomar ello como base para la asignación de derechos laborales a los trabajadores de las plataformas digitales *offline*.

4.2.3.2.1 Régimen laboral especial de la micro y pequeña empresa

Régimen laboral especial de las micro y pequeñas empresas: Mediante el Texto Único Ordenado de la Ley de Impulso y Desarrollo Productivo y al Crecimiento Empresarial aprobado por Decreto Supremo N° 13-2013-Produce se establece entre los artículos 45 y 62 el régimen laboral aplicable a estas empresas. El objetivo del indicado Régimen Laboral Especial no es otro que “fomentar la formalización y desarrollo de la Micro y Pequeña Empresa, y mejorar las condiciones de disfrute efectivo de los derechos de naturaleza laboral de los trabajadores de las mismas” conforme a su artículo 50.

Establece como derechos fundamentales cumplir con observar con la remuneración mínima vital como contraprestación a sus trabajadores, el derecho a constituir sindicatos y a participar de las actividades de ellos, a un trato igualitario y no discriminatorio, así como a un ambiente de trabajo saludable.

Los derechos que otorga este régimen especial a sus trabajadores son los siguientes:

- Remuneración
- Jornada de trabajo de ocho (8) horas, horario de trabajo y trabajo en sobre tiempo,
- Descanso semanal,
- Descanso por días feriados
- Descanso vacacional de 15 días al año
- Protección contra el despido injustificado, para el trabajador de la microempresa es equivalente a diez (10) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias. En el caso del trabajador de la pequeña empresa, la indemnización por despido injustificado es equivalente a veinte (20) remuneraciones diarias por cada año completo de servicios con un máximo de ciento veinte (120) remuneraciones diarias,
- Derechos colectivos
- Seguro Complementario de Trabajo de Riesgo a cargo del empleador cuando corresponda, de acuerdo a lo dispuesto en la Ley N° 26790, Ley de Modernización de la Seguridad Social en Salud, modificatorias y normas reglamentarias;
- Seguro de vida a cargo de su empleador, de acuerdo a lo dispuesto en el Decreto Legislativo N° 688, Ley de Consolidación de Beneficios Sociales, y modificatorias.
- El derecho a participar en las utilidades, de acuerdo con el Decreto Legislativo N° 892 y su Reglamento, sólo corresponde a los trabajadores de la pequeña empresa.
- Derecho a la CTS, con arreglo a las normas del régimen común, para los trabajadores de la pequeña empresa computada a razón de quince (15) remuneraciones diarias por año completo de servicios, hasta alcanzar un máximo de noventa (90) remuneraciones diarias.
- Derecho a percibir dos gratificaciones en el año con ocasión de las Fiestas Patrias y la Navidad, para los trabajadores de la pequeña empresa siempre que cumplan con lo dispuesto en la normativa correspondiente, en lo que les sea aplicable. El monto de las gratificaciones es equivalente a media remuneración cada una.
- Respecto a la Seguridad Social en Salud, se establece que los trabajadores de la micro empresa estarán afiliados al régimen semicontributivo del Seguro Integral de Salud, cuya contribución será a cargo del empleador y subsidiado por el estado en participación igualitaria.
- Los trabajadores de la Pequeña Empresa serán asegurados regulares de ESSALUD y el empleador aportará mensualmente la tasa del 9% de remuneración de los trabajadores.
- Los trabajadores de la Microempresa podrán afiliarse al sistema previsional nacional o privado de pensiones, los trabajadores de la pequeña empresa deberán obligatoriamente afiliarse a cualquiera de los regímenes previsionales.
- Se crea el Sistema de Pensiones Sociales, de carácter obligatorio, para los trabajadores de la microempresa que no superen los cuarenta (40) años de

edad y que se encuentren bajo los alcances de la presente norma y facultativo para los trabajadores y conductores que tengan más de cuarenta 40 años de edad, a la fecha de entrada en vigencia de la presente Ley. El aporte mensual de cada afiliado equivale a una tasa de aporte gradual hasta un máximo del (4%) sobre la Remuneración Mínima Vital, teniendo en cuenta doce (12) aportaciones anuales. El aporte del Estado se efectuará anualmente, por un monto equivalente a la suma de los aportes obligatorios mensuales realizados por los afiliados a favor de ellos, siempre que perciban una remuneración no mayor a 1.5 de la RMV. Tienen derecho a percibir pensión de jubilación los afiliados cuando cumplan los sesenta y cinco (65) años de edad y hayan realizado efectivamente por lo menos trescientas (300) aportaciones al Fondo de Pensiones Sociales. Tienen derecho a percibir la pensión de invalidez los afiliados cuando se declare su incapacidad permanente total, dictaminada previamente por una Comisión Médica del Seguro Social de Salud, ESSALUD, o del Ministerio de Salud.

4.2.3.2.2 Trabajo a Tiempo Parcial

El convenio 175 de la OIT define al trabajo a tiempo parcial a aquel “trabajador asalariado cuya actividad laboral tiene una duración normal inferior a la de los trabajadores a tiempo completo en situación comparable” la que puede calcularse semanalmente o un periodo determinado. También establece que deberán gozar de la misma protección y condiciones que los trabajadores a tiempo completo tales como, sindicación, negociación colectiva, actuar en calidad de representantes de los trabajadores, seguridad y la salud en el trabajo, a la igualdad y no discriminación, así como a la protección de la maternidad, terminación de la relación de trabajo; vacaciones anuales pagadas y días feriados pagados, y licencia de enfermedad.

El artículo 4 de la LPCL establece que “puede celebrarse por escrito contratos en régimen de tiempo parcial sin limitación alguna”. Por su parte, el artículo 11 y 12 del reglamento de la LPCL aprobado por Decreto Supremo N° 003-96-TR precisa “Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor” así como “Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias”. En relación a la jornada semanal de los trabajadores a tiempo parcial la Segunda Sala Transitoria y Social de la Corte Suprema de Justicia de la República ha señalado en la Casación N° 18749-2016-Lima que “la interpretación correcta que debe efectuarse a la frase “según corresponda” está referida a obtener el promedio según los días que comprenda la jornada laboral a la que estuvo sujeto el trabajador. Esto es, si estuvo sometido a una jornada de cinco días o seis días, las horas laboradas se promediarán conforme a esa jornada y si esta arroja un promedio de más de cuatro horas diarias, la trabajadora tiene derecho

a los beneficios sociales del régimen laboral común”. Los derechos y condiciones laborales que les corresponden los siguientes:

- Tiene derecho a las gratificaciones legales
- Seguridad social de salud al igual que el trabajador a tiempo completo
- Seguro de vida
- Aporte a pensiones
- Asignación familiar
- Utilidades
- Libertad Sindical.
- No tiene protección contra el despido arbitrario, conforme al artículo 22 de la LPCL que establece dicha protección a aquellos trabajadores que laboren 4 o más horas “Para el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada, que labore cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, es indispensable la existencia de causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada”.
- No tiene derecho a la CTS ni vacaciones en tanto se exige laborar más de 4 horas diarias o 20 semanales para acceder a estos beneficios.

4.2.3.2.3. Lustrabotas

La Ley N° 27475 regula la actividad de los lustradores de calzado, cuyo objeto es “establecer normas para la protección, capacitación y promoción para el adecuado desarrollo social y laboral de los trabajadores lustrabotas” definiéndoles como “trabajadores que prestan servicios de mantenimiento de calzado a la comunidad en la vía pública, en puestos debidamente autorizados o de manera ambulatoria”.

Se verifica que se realización la calificación de trabajador a las personas que desarrollan la actividad de mantenimiento de calzado sin que concurra la subordinación como elemento configurador, además que con ello se busca la protección de este grupo de trabajadores para su desarrollo social.

4.2.3.2.4 Porteadores

La Ley 27607, Ley del Porteador y reglamento, le otorga al porteador la calidad de trabajador independiente en la modalidad de servicio específico en su relación con uno o más empleadores, quien es la “persona que con su propio cuerpo transporta vituallas, equipo y enseres de uso personal y otros bienes necesarios para expediciones con fines turísticos, deportivos o de otra índole, por lugares donde no ingresan vehículos motorizados”.

El porteador tiene derecho a las siguientes condiciones mínimas conforme a su artículo 3:

- Dotación de alimentos, vestimenta adecuada y equipo para pernoctar;
- Pago del transporte hasta el punto de partida de la expedición, al final de la jornada, salvo acuerdo distinto;
- Seguro de vida a cargo del empleador, que tiene por finalidad cubrir los riesgos de fallecimiento e invalidez permanente por causa de accidentes que pudiera sufrir el porteador durante la prestación de sus servicios, y tiene como mínimo una cobertura equivalente a trescientas (300) retribuciones únicas. En caso no se contrate dicho seguro, el empleador debe cubrir el costo de la indemnización que corresponda hasta por la cobertura antes precisada.
- Límite de carga hasta de 20 Kilogramos.
- Descanso y pernocte adecuado durante el transporte.
- La duración del trabajo se refiere al servicio específico de expedición o travesía, que comprende el tiempo dedicado por los porteadores manuales a: estar a disposición del empleador en el punto inicial de la expedición para realizar el transporte de la carga contratada, el propio transporte, así como el tiempo de retorno al lugar de partida.
- El porteador percibirá como único pago por todo concepto una retribución mínima equivalente al uno punto dos por ciento de la Unidad Impositiva Tributaria (1.2% de la UIT), por cada día cuya duración del trabajo sea de ocho horas. Si es menor, el abono es proporcional. El monto íntegro de la retribución única será abonado al trabajador porteador, como máximo, el día en que finaliza el trayecto. La retribución única se otorgará sin ningún tipo de descuento, salvo aquellos de naturaleza tributaria.
- Los porteadores manuales, a su elección, podrán afiliarse voluntariamente a los regímenes pensionarios del sistema privado o nacional.
- Podrán afiliarse como asegurados potestativos al Seguro Social de Salud (ESSALUD).

Igualmente, se verifica que se realiza la calificación de trabajador al porteador sin que concurra la subordinación como elemento configurador para tal efecto, a efectos de asignar selectivamente condiciones y beneficios laborales para su protección, tal como la asignación de alimentos, vestimenta, movilidad y seguro contra accidentes.

El régimen general como los especiales que hemos visto regulan las condiciones de la relación jurídica, difiriendo uno de otro en el nivel de protección en base al objetivo de las disposiciones y características de la actividad a regular. Asimismo, se verifica que la calificación jurídica de trabajador a determinados grupos se realiza

independientemente de la presencia de la subordinación y tiene por finalidad dotarlos de protección social. En tal sentido, el ordenamiento jurídico laboral ha integrado a estos segmentos particulares a su ámbito de protección a fin de asignarles de derechos de contenido laboral.

4.3 El ordenamiento jurídico internacional laboral

La Cuarta Disposición Final y Transitoria de la Constitución Política del Perú establece que “Las normas relativas a los derechos y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por el Perú.”

En esa línea el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, establece el principio *Pacta Sunt Servanda* que obliga a los estados parte a cumplir de buena fe todo tratado en vigor de buena fe.

Por ello es de suma importancia repasar las principales normas supranacionales que tienen incidencia en el ámbito jurídico laboral nacional y que a su vez forman parte del bloque de constitucionalidad.

El artículo 23 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos proclamada por La Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 precisa que:

1. Toda persona tiene derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo.
2. Toda persona tiene derecho, sin discriminación alguna, a igual salario por trabajo igual.
3. Toda persona que trabaja tiene derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social.
4. Toda persona tiene derecho a fundar sindicatos y a sindicarse para la defensa de sus intereses”.

Mientras el artículo 24 indica que: “Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”

Se establecen como derechos humanos laborales de la persona, nótese que la regulación y ámbito de aplicación subjetiva de estos derechos no recae en el trabajador sino en la persona, lo que evidencia que su aplicación, ejercicio y efectivización no se ve limitada por la calificación jurídica de trabajador. Estos son el derecho al trabajo, a su elección, tener condiciones adecuadas para su ejecución y protección contra el despido, así como a no ser discriminado, percibir una remuneración equitativa y satisfactoria, como a constituir y afiliarse a sindicatos, también a descanso semanal, anual y limitación a la jornada laboral. Sobre estas disposiciones es que se interpretará el alcance de los derechos y libertades laborales consagradas en nuestra constitución.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales adoptado por La Asamblea General de las Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966, indica en su artículo 7:

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativa y satisfactoria que le aseguren en especial:

- a) Una remuneración que proporcione como mínimo a todos los trabajadores:
 - i) Un salario equitativo e igual por trabajo de igual valor, sin distinciones de ninguna especie; en particular, debe asegurarse a las mujeres condiciones de trabajo no inferiores a las de los hombres, con salario igual por trabajo igual;
 - ii) Condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias conforme a las disposiciones del presente Pacto;
- b) La seguridad y la higiene en el trabajo;
- c) Igual oportunidad para todos de ser promovidos, dentro de su trabajo, a la categoría superior que les corresponda, sin más consideraciones que los factores de tiempo de servicio y capacidad;
- d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Por su parte el artículo 8 dispone:

- 1. Los Estados Partes en el presente Pacto se comprometen a garantizar:
 - a) El derecho de toda persona a fundar sindicatos y a afiliarse al de su elección, con sujeción únicamente a los estatutos de la organización correspondiente, para promover y proteger sus intereses económicos y sociales. (...);

b) El derecho de los sindicatos a formar federaciones o confederaciones nacionales y el de éstas a fundar organizaciones sindicales internacionales o a afiliarse a las mismas;

c) El derecho de los sindicatos a funcionar sin obstáculos y sin otras limitaciones que las que prescriba la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática en interés de la seguridad nacional o del orden público, o para la protección de los derechos y libertades ajenos;

d) El derecho de huelga, ejercido de conformidad con las leyes de cada país.

(...)

Finalmente, el artículo 9 establece que “Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona a la seguridad social, incluso al seguro social.”

La Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José) de noviembre de 1969, establece en su artículo 16 que toda persona tiene derecho a asociarse libremente con fines laborales, mientras que el artículo 26 regula el desarrollo progresivo de los derechos económicos, sociales y culturales.

“Los Estados Partes se comprometen a adoptar providencias, (...) para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se derivan de las normas económicas, sociales (...) en la medida de los recursos disponibles, por vía legislativa u otros medios apropiados”.

El Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador” adoptado en El Salvador el 17 de noviembre de 1988 ratificado por el Perú el 17 de mayo de 1995 indica:

“Artículo 1: Obligación de adoptar medidas

Los Estados Partes en el presente Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica de 1969) se comprometen a adoptar todas las medidas necesarias hasta el máximo de los recursos de que dispongan a fin de lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos que se reconocen en el presente Protocolo.

Artículo 2: Obligación de no discriminación

Los Estados Partes en el presente Protocolo se comprometen a garantizar el ejercicio de los derechos que en él se enuncian, sin discriminación alguna. (...)

Artículo 6: Derecho al trabajo

Toda persona tiene derecho a trabajar, lo cual incluye contar con la oportunidad de obtener los medios para llevar una vida digna mediante el desempeño de una actividad libremente escogida o aceptada.

Artículo 7: Condiciones equitativas satisfactorias de trabajo

El derecho al trabajo, definido en el artículo anterior, supone que el mismo se desarrolle en condiciones equitativas y satisfactorias, para lo cual los Estados Partes en el presente Protocolo garantizarán en sus legislaciones nacionales:

Una remuneración que asegure como mínimo a todos los trabajadores condiciones de existencia digna para ellos y sus familias y un salario equitativo e igual por trabajo igual, sin ninguna distinción. Debe asegurarse a las mujeres iguales condiciones de trabajo que a los hombres.

La libertad de cambiar de empleo, las oportunidades de promoción y ascenso, la estabilidad en el trabajo y la correspondiente indemnización en caso de despido injustificado.

La seguridad e higiene en el trabajo.

(...).

La limitación de las horas de trabajo, tanto diaria como semanal. Las jornadas serán de menor duración cuando se trate de trabajos peligrosos o insalubres.

El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones pagadas, así como la remuneración de los días festivos.

Artículo 8: Derechos Sindicales

Los Estados Partes se comprometen a garantizar el derecho de toda persona a fundir sindicatos y a afiliarse al sindicato de su elección, para la protección y promoción de sus intereses económicos y sociales. (...)

Artículo 9: Derecho de Huelga

Los Estados Partes del presente Protocolo reconocen el derecho a la huelga que le asiste a las organizaciones sindicales. (...)

Artículo 10: Derecho a la Seguridad Social

Toda persona tiene derecho a la seguridad social que le proteja contra las consecuencias del desempleo, de la vejez y de la incapacidad que, proveniente de cualquier otra causa ajena a su voluntad, la imposibilite física o mentalmente para obtener los medios para llevar una vida digna.

Cuando se trate de personas que se encuentran trabajando, el derecho a la seguridad social cubrirá al menos la atención médica y el subsidio o jubilación en casos de accidentes de trabajo o de enfermedad profesional y, cuando se trate de la mujer, licencia retribuida por maternidad antes y después del parto”.

La regulación citada hace referencia a los derechos de la persona. Esto es que para alcanzar el ejercicio de los mismos no sería necesario la calificación de trabajador.

Ulloa (2015) señala:

“Por tanto, una lectura más detenida de ellos nos permitirá confirmar que hay derechos con contenido laboral que nos pertenecen por el solo hecho de ser personas y no por estar regulados legislativamente bajo el régimen laboral de la actividad privada, uno de tantos en nuestra realidad nacional. Pensar de manera diferente condicionaría el disfrute de los derechos laborales constitucionales reconocidos internacionalmente al arbitrio del legislador peruano, aspecto que entendemos no puede ser posible pues resulta lesivo para el prestador de servicios”.

Adicionalmente, es importante destacar el principio de progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales recogidos en el artículo 26º de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; y, el artículo 2.1 del Pacto

Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales que tienen por objeto el desarrollo paulatino de normativa interna que busque dotar de los derechos tutelados por esta la antes referida normativa.

En relación a lo anterior, Omar Toledo (2016) señala:

“En función a lo regulado por los instrumentos internacionales antes descritos se ha llegado a considerar que el principio de progresividad de los DESC contiene una doble dimensión: la primera a la que podemos denominar positiva, lo cual “está expresado a través del avance gradual en orden a la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, que supone decisiones estratégicas en miras a la preeminencia o la postergación de ciertos derechos por razones sociales, económicas o culturales” y la otra a la que podemos denominar negativa que se cristaliza a través de la prohibición del retorno, o también llamado principio de no regresividad”.

En esa línea el estado peruano como parte suscribiente de estos instrumentos internacionales tiene la obligación de diseñar un marco normativo que como mínimo considere los derechos laborales contenidos en estos a fin de tutelar a las personas que trabajan y desarrollar progresivamente un marco jurídico que alcance la efectiva realización de sus derechos económicos y sociales, y con ello justicia social, trabajo decente y bienestar.

Si bien es cierto, la construcción de los derechos laborales recogidos en los instrumentos internacionales que hemos visto son parámetros de interpretación de nuestras normas internas y forman parte del bloque constitucional, y están destinadas a la protección de la persona que trabaja y no al trabajador dependiente, es la constitución y la ley que han establecido que esta gama de derechos son aplicables a quien trabaja subordinadamente por sus características, no incorporando dentro de su ámbito de aplicación a los autónomos por cuenta propia en tanto no se encuentran bajo dirección o dependencia funcional de un tercero. No obstante, ello, independientemente de la calificación jurídica de quien trabaja debería asegurarse los derechos fundamentales laborales como no discriminación, seguridad y salud, libertad sindical, así como limitación de jornada máxima.

La Organización Internacional de Trabajo - OIT

La OIT es una organización tripartita parte de la Organización de las Naciones Unidas que reúne a gobiernos, empleadores y trabajadores, cuyo objeto es promover los derechos laborales, el trabajo decente, el dialogo social, así como mejorar las condiciones de trabajo y de protección social, entre otros, a través de

convenios y recomendaciones. Los convenios y recomendaciones son instrumentos jurídicos internacionales del trabajo que tienen por finalidad establecer principios y/o derechos mínimos que pueden ser vinculantes una vez ratificados como el convenio o no vinculantes en caso de las recomendaciones, sin embargo, son utilizados como herramientas interpretativas. Los convenios y recomendaciones son preparados y adoptados o aprobados de manera tripartita en la Conferencia Internacional del Trabajo de la OIT. Una vez adoptados deben ser ratificados por los países miembros para su aplicación e implementación, así entrará en vigor al año de ratificado.

La OIT se funda el 11 de abril de 1919 con el Tratado de Versalles, se constituye en dicho año, y se complementa con la declaración de Filadelfia de 10 de mayo de 1944 que indica que uno de los principios sobre los que está basada la OIT es que el trabajo no es una mercancía. Asimismo, es preciso recordar que es parte de las consideraciones para la Constitución de la OIT de acuerdo a su preámbulo lo siguiente:

“que existen condiciones de trabajo que entrañan tal grado de injusticia, miseria y privaciones para gran número de seres humanos, que el descontento causado constituye una amenaza para la paz y armonía universales; y considerando es urgente mejorar dichas condiciones, por ejemplo, en lo concerniente a reglamentación de las horas de trabajo, fijación de la duración máxima de la jornada y de la semana de trabajo, contratación de la mano de obra, lucha contra el desempleo, garantía de un salario vital adecuado, protección del trabajador contra las enfermedades, sean o no profesionales, y contra los accidentes del trabajo, protección de los niños, de los adolescentes y de las mujeres, pensiones de vejez y de invalidez, protección de los intereses de los trabajadores ocupados en el extranjero, reconocimiento del principio de salario igual por un trabajo de igual valor y del principio de libertad sindical, organización de la enseñanza profesional y técnica y otras medidas análogas”.

En la 86 reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo de 18 de junio de 1998 se adoptó la Declaración de la OIT relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo y establece que incluso aquellos estados que no hayan ratificado los convenios fundamentales tiene el compromiso de observar los principios relativos a dichos convenios por su sola pertenencia a la organización:

- (a) a libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- (b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- (c) la abolición efectiva del trabajo infantil; y
- (d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

Así los 08 convenios fundamentales que contienen y desarrollan dichos principios, que han sido ratificados por el Perú y se encuentran en vigor son:

1. Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87)
2. Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98)
3. Convenio sobre el trabajo forzoso, 1930 (núm. 29)
4. Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso, 1957 (núm. 105)
5. Convenio sobre la edad mínima, 1973 (núm. 138)
6. Convenio sobre las peores formas de trabajo infantil, 1999 (núm. 182)
7. Convenio sobre igualdad de remuneración, 1951 (núm. 100)
8. Convenio sobre la discriminación (empleo y ocupación), 1958 (núm. 111)

Al respecto, el Convenio 87 establece en su artículo 2 que “Los trabajadores y los empleadores, sin ninguna distinción y sin autorización previa, tienen el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a estas organizaciones, con la sola condición de observar los estatutos de las mismas”. Esta disposición ha sido interpretada normativamente por la Comisión de libertad Sindical de la OIT en el sentido que para tener el derecho a la constitución de sindicatos no se requiere la pre existencia de un vínculo laboral, pudiendo acceder a estos fundamentales derechos incluso los trabajadores autónomos o los que no cuenten con un vínculo laboral. En efecto, precisó:

“387. En base a los principios de la libertad sindical, todos los trabajadores (...) deberían tener el derecho de constituir las organizaciones que estimen convenientes, así como el de afiliarse a las mismas. El criterio para determinar las personas cubiertas por este derecho no se funda por tanto en la existencia de un vínculo laboral con un empleador, que a menudo no existe, por ejemplo en el caso de los trabajadores de la agricultura, los trabajadores autónomos en general o los que desempeñan profesiones liberales, y que, sin embargo, deben disfrutar del derecho de organizarse”¹⁰.

Por su parte el Convenio 98, establece en su artículo 4 que se “Deberán adoptarse medidas adecuadas a las condiciones nacionales, cuando ello sea necesario, para estimular y fomentar entre los empleadores y las organizaciones de empleadores, por una parte, y las organizaciones de trabajadores, por otra, el pleno desarrollo y uso de procedimientos de negociación voluntaria, con objeto de reglamentar, por medio de contratos colectivos, las condiciones de empleo”.

¹⁰ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---normes/documents/publication/wcms_635185.pdf

Estos convenios de la OIT forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28 de la Constitución Política del Perú. El Tribunal Constitucional considera en el fundamento 18 de la Sentencia 03561-2009-PA/TC, ha señalado que "[t]eniendo presente que los Convenios núms. 98, 151 y 154 desarrollan y complementan el derecho a la negociación colectiva para que su ejercicio sea real y efectivo, este Tribunal considera que dichos convenios forman parte del bloque de constitucionalidad del artículo 28° de la Constitución [...]".

Igualmente, resultan trascendentales de cara al presente trabajo los convenios de la OIT sobre la limitación del tiempo de trabajo, la seguridad y salud en el trabajo, descanso semanal y anual.

Así el Convenio 1 sobre las horas de trabajo de 1919 dispone en su artículo 2 que el "trabajo del personal no podrá exceder de 08 horas por día o de 48 horas por semana". El Convenio 52 sobre vacaciones pagadas de 1936 establece en su artículo 2 "que toda persona a la que se aplique el presente Convenio tendrá derecho, después de un año de servicios continuo, a unas vacaciones anuales pagadas de seis días laborables, por lo menos". El Convenio 106 sobre el descanso semanal de 1957 dispone en su artículo 06 que "todas las personas a las cuales se aplique el presente Convenio (...) tendrá derecho a un periodo de descanso semanal ininterrumpido de 24 horas, como mínimo, en el curso de cada periodo de siete días". El Convenio 155 sobre la seguridad y salud de los trabajadores de 1981 prescribe en su artículo 16 que los empleadores garanticen que los lugares de trabajo, operaciones y procesos que están bajo su control son seguros y no entrañan riesgo alguno para la seguridad y salud de los trabajadores, así como otorgar a los trabajadores cuando sea necesario equipos apropiados de protección para prevenir riesgos de accidentes o efectos perjudiciales para la salud. Su artículo 19 literal d) dispone que los trabajadores deben recibir formación apropiada en el ámbito de la seguridad e higiene en el trabajo. Todos ellos ratificados por el Perú y en vigor.

Por su parte, cabe resaltar las recomendaciones y declaraciones de la OIT relativas al futuro del trabajo vinculado al presente trabajo, donde se aborda la problemática surgida con las plataformas de digitales de trabajo y realiza una serie de sugerencias para abordar y buscar una solución adecuada a los mismos, principalmente la recomendación 198 y 204, así como la Declaración de la OIT de 2008 sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa la Conferencia Internacional del Trabajo.

La Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo de 2006 establece que:

“Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes: (a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y (b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Por su parte la Recomendación 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal en su punto V señala que los estados deberían adoptar “medidas para lograr el trabajo decente y respetar, promover y hacer realidad los principios y derechos fundamentales en el trabajo para las personas ocupadas en la economía informal” respecto a los derechos y protección social, siendo estos:

- a) la libertad de asociación y la libertad sindical y el reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva;
- b) la eliminación de todas las formas de trabajo forzoso u obligatorio;
- c) la abolición efectiva del trabajo infantil, y
- d) la eliminación de la discriminación en materia de empleo y ocupación.

En relación a seguridad y salud en el trabajo precisa:

- a) adoptar medidas inmediatas para subsanar las condiciones de trabajo inseguras e insalubres que a menudo caracterizan el trabajo en la economía informal, y
- b) promover la protección de la seguridad y la salud en el trabajo y extenderla a los empleadores y los trabajadores de la economía informal.

Respecto a la seguridad social y prestaciones económicas señala:

“los Miembros deberían extender progresivamente, en la legislación y en la práctica, a todos los trabajadores de la economía informal, la seguridad social, la protección de la maternidad, las condiciones de trabajo decentes y un salario mínimo que tenga en cuenta las necesidades de los trabajadores y tome en consideración los factores pertinentes, incluyendo, entre otros aspectos, el costo de la vida y el nivel general de los salarios en sus países. (...) los Miembros deberían extender progresivamente la cobertura del seguro social a las personas ocupadas en la economía informal y, de ser necesario, adaptar los procedimientos administrativos, las prestaciones y las cotizaciones, teniendo en cuenta su capacidad contributiva”.

En la Declaración de la OIT de 2008 sobre la Justicia Social para una Globalización Equitativa la Conferencia Internacional del Trabajo reconoce y declara como Alcances y Principios “situar el empleo pleno y productivo y el trabajo decente como elemento central de las políticas económicas y sociales” se deberían sustentar en cuatro objetivos sobre los cuales se sustenta el Programa de Trabajo Decente, entre ellos:

“adoptar y ampliar medidas de protección social – seguridad social y protección de los trabajadores – que sean sostenibles y estén adaptadas a las circunstancias nacionales, con inclusión de: – la ampliación de la seguridad social a todas las personas, incluidas medidas para proporcionar ingresos básicos a quienes necesiten esa protección, y la adaptación de su alcance y cobertura para responder a las nuevas necesidades e incertidumbres generadas por la rapidez de los cambios tecnológicos, sociales, demográficos y económicos; – condiciones de trabajo saludables y seguras; y – medidas en materia de salarios y ganancias y de horas y otras condiciones de trabajo, destinadas a garantizar a todos una justa distribución de los frutos del progreso y un salario mínimo vital para todos los que tengan empleo y necesiten esa clase de protección”;

Asimismo, la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en su informe “Trabajar para un futuro más prometedor” de la OIT (2015: p.25) señaló en relación a los contratos sociales:

“Exhortamos a que se adopte un nuevo enfoque que sitúe a las personas y el trabajo que hacen en el núcleo de la política social y económica y de la práctica empresarial: un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo”

Los convenios, recomendaciones y declaraciones de la OIT vinculan, comprometen y obligan al estado peruano a desarrollar normativa interna que asegure condiciones

adecuadas para desarrollar el trabajo, proteja al trabajador y de manera progresiva inserte en la formalidad a aquellas empresas que se encuentran al margen de la misma teniendo como elemento central de las políticas públicas a la persona que trabaja y el empleo pleno y productivo en el país.

Se busca el trabajo decente y la justicia social en tanto el trabajo no es un objeto, no es una mercancía. Los derechos fundamentales laborales que corresponden a los trabajadores de las plataformas digitales parte de la integración a nuestra legislación de los indicios que propone la recomendación 98 para determinar la configuración de una relación laboral y aquellos puedan gozar de los mismos, reconocidos tanto en los convenios como en nuestra legislación. Como se puede verificar el legislador tiene la posibilidad de otorga protección laboral a este segmento de trabajadores conforme a dichas disposiciones.

4.4 Rappi en Perú y elementos de configuración del contrato de trabajo a plazo indeterminado a la luz del ordenamiento jurídico laboral, pronunciamientos del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de Justicia de la República

Analizaremos el instrumento jurídico que vincula a los trabajadores de reparto con Rappi y su plataforma virtual, que incluye la página web y un aplicativo para dispositivos móviles, *Smartphone*, con el objetivo de desentrañar la relación jurídica que se materializa entre ambas partes contratantes. Para ello, extraeremos las partes más resaltantes del contrato que los vincula y que materializan el conjunto de elementos que configuran un contrato de trabajo a la luz de la regulación laboral del país y doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la República y Tribunal Constitucional.

El contrato denomina al trabajador “Rappitendero”, a la página web y aplicación para dispositivos móviles como “plataforma”, al titular de la plataforma Rappi, persona jurídica cuya denominación social es “Rappi SAC” con RUC 20602985971, “Rappi”; precisando que el servicio de encargo realizado se llamará servicios y a las personas que lo utilizan “consumidores”. En este punto utilizaremos estas denominaciones para el análisis propuesto.

Se establece que Rappi es quien facilita la intermediación entre consumidores y Rappitenderos para la prestación del servicio de reparto, siendo este último el que “acepta, a su propia cuenta y riesgo como repartidores independientes en carácter de mandatarios, realizar la gestión del encargo solicitado por el Consumidor, mediante un contrato de mandato, a cambio de recibir una remuneración por parte

del Consumidor como prestación por dicho Servicio, todo ello mediante el acceso y uso de la Plataforma, siendo RAPPI un tercero intermediario entre los Consumidores y los Rappitenderos”.

Como se advierte de la ficha RUC de Rappi, desarrolla la actividad económica de programación informática.

CRITERIOS DE BÚSQUEDA:

Número de RUC 20602985971 Ingrese el código que se muestra en la imagen: **PQSF**

Tipo y Número de Documento de Identidad
(Documento Nacional de Identidad) [Refrescar código](#)

Nombre ó Razón Social

Número de RUC: 20602985971 - RAPPI S.A.C.
Tipo Contribuyente: SOCIEDAD ANONIMA CERRADA
Nombre Comercial: -
Fecha de Inscripción: 08/03/2018 **Fecha de Inicio de Actividades:** 01/10/2018
Estado del Contribuyente: ACTIVO
Condición del Contribuyente: HABIDO
Dirección del Domicilio Fiscal: AV. JAVIER PRADO OESTE NRO. 890 URB. ORRANTIA LIMA - LIMA - SAN ISIDRO
Sistema de Emisión de Comprobantes: MANUAL/COMPUTARIZADO **Actividad de Comercio Exterior:** SIN ACTIVIDAD
Sistema de Contabilidad: MANUAL/COMPUTARIZADO
Actividad(es) Económica(s): 6201 - PROGRAMACION INFORMÁTICA
Comprobantes de Pago c/aut. de impresión (F. 806 u 816): NINGUNO
Sistema de Emisión Electrónica: FACTURA PORTAL DESDE 15/11/2018
Emisor electrónico desde: 15/11/2018
Comprobantes Electrónicos: FACTURA (desde 15/11/2018),BOLETA (desde 12/12/2018),GUIA (desde 28/03/2019)
Afiliado al PLE desde: -
Padrones : NINGUNO

[Version Imprimible](#)

CRITERIOS DE BÚSQUEDA:

Número de RUC 20602985971 Ingrese el código que se muestra en la imagen: **ARRG**

Tipo y Número de Documento de Identidad
(Documento Nacional de Identidad) [Refrescar código](#)

Nombre ó Razón Social

CANTIDAD DE TRABAJADORES Y/O PRESTADORES DE SERVICIO DE 20602985971 - RAPPI S.A.C.

La información mostrada a continuación corresponde a lo declarado por el contribuyente en la Planilla Electrónica o PLANE ante la SUNAT. La información presentada corresponde a los 12 últimos periodos vencidos al mes anterior al día de la consulta.

Información de Trabajadores y/o Prestadores de Servicio			
Período	N° de Trabajadores	N° de Pensionistas	N° de Prestadores de Servicio
2019-02	31	0	19
2019-03	32	0	19
2019-04	35	0	31
2019-05	37	0	24
2019-06	46	0	24
2019-07	56	0	33
2019-08	78	0	30
2019-09	87	0	41
2019-10	92	0	39
2019-11	98	0	44
2019-12	102	0	45
2020-01	101	0	40

Fuente: Consulta RUC <https://e-consultaruc.sunat.gob.pe/cl-ti-itmrconsruc/jcrS00Alias>

En esa línea, se establece en el contrato que es una empresa de intermediación. Así se postula “RAPPI a través de la Plataforma realiza las siguientes

acciones: **i)** exhibe diferentes productos y servicios de consumo de forma publicitaria para que puedan servir de referencia a los Consumidores; **ii)** facilita el encuentro entre Consumidores y Rappitenderos para la realización del vínculo contractual arriba mencionado; **iii)** permite el uso de la plataforma de pagos en caso de ser necesario; y, **iv)** sirve como medio de envío de comunicaciones entre los Consumidores y los Rappitenderos”.

Así también en esa línea se precisa que “La celebración de la relación contractual entre los Consumidores y Rappitenderos, se da con Consumidores que se encuentren en el territorio nacional o que, estando en el extranjero, solicitan la gestión de un encargo al Rappitendero como usuarios de la Plataforma, que debe ser realizado en territorio de la República del Perú, pagando una contraprestación económica, mediante el sistema de pago electrónico por la plataforma electrónica que ponga a disposición Rappi o en dinero en efectivo al momento de la recepción de los productos, a elección del Consumidor. De este modo, Rappi se limita únicamente a intermediar entre los Consumidores y los Rappitenderos”.

¿Hasta este punto de lectura del contrato surge la irremediable primera pregunta es Rappi sólo un intermediario entre la demanda de los Consumidores que requieren la gestión de un encargo y la oferta de los Rappitenderos para la prestación del servicio de reparto? ¿O Rappi es quien organiza y presta el servicio subyacente de reparto?

Es fundamental desentrañar el verdadero servicio que presta Rappi a fin de continuar con el análisis laboral en tanto que de verificarse que esta compañía sólo desarrolla la actividad de programación informática y con ello resulta ser un intermediario de la oferta y demanda a través de su plataforma digital claramente la relación jurídica con los Rappitenderos será de carácter civil y comercial más no laboral; lo contrario será que además de resultar ser un intermediario entre estos agentes del mercado sino el que organiza y presta el servicio subyacente de reparto pues en este caso se deberá analizar si los Rappitenderos se encuentran sujetos a subordinación como resultado de ello.

Esto es si nos encontramos frente al modelo *peer-to-peer* (P2P) donde los servicios son compartidos entre particulares y la empresa actúa simplemente como intermediario entre la oferta o la demanda o el modelo *business-to-consumer* donde la empresa proporciona la plataforma de intermediación y, además, suministra el bien o servicio decantándose el caso de Rappi por este modelo (B2C).

Como hemos visto páginas atrás la diferencia entre la economía colaborativa y economía bajo demanda radica de forma trascendental en el fin lucrativo, mientras que la primera no persigue tal finalidad la segunda sí. Rappi es una plataforma virtual de trabajo que presta el servicio de recados al organizar y realizar la oferta

del mismo. Fija los precios de los servicios que se otorgan al Consumidor donde el Rappitendero no interviene, establece de manera unilateral las condiciones, obligaciones y derechos, que regirán la ejecución de servicios del Rappitendero en relación a Rappi y el Consumidor, facilita la plataforma digital para el desarrollo del reparto del Rappitendero constituyendo la principal herramienta para su ejecución. Como vemos la intervención de Rappi no se limita a ser un simple intermediario como sostiene, sino que su participación es transversal desde el reclutamiento de los Rappitenderos hasta la calificación que realizan los Consumidores en función al que incluso pueden extinguir el contrato.

Estos criterios que nos llevan a determinar que Rappi no sólo es una sociedad de la informática, sino que tiene por objeto prestar el servicio de reparto se sustenta en los siguientes documentos.

En la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones Una Agenda Europea para la economía colaborativa de 02 de junio de 2016 respecto a los criterios a tener en cuenta para identificar si la plataforma sólo presta el servicio de intermediación tecnológica o es quien presta el servicios subyacente, se decantó por considerar tres criterios para considerar esto último, que la plataforma no sólo es la intermediaria entre oferta y demanda sino es la que presta y organiza el servicio a sus usuarios.

“En la medida en que las plataformas colaborativas proporcionan un «servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un prestatario de servicios», ofrecen un servicio de la sociedad de la información (...) sin embargo, puede haber casos en los que puede considerarse que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios. En particular, en determinadas circunstancias, una plataforma puede ser también un proveedor del servicio subyacente (p. ej., servicio de transporte o de alquiler a corto plazo).(…). Normalmente, deberá establecerse caso por caso si una plataforma colaborativa ofrece también el servicio subyacente. Varios elementos de hecho y de Derecho desempeñan un papel a este respecto. El nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios tendrá por lo general una importancia significativa. En particular, puede establecerse a la luz de los siguientes criterios clave:

Precio: ¿fija la plataforma colaborativa el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente? El hecho de que la plataforma colaborativa solo recomiende un precio o de que el prestador de los servicios subyacentes sea libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa, indica que puede que no se cumpla este criterio.

Otras condiciones contractuales clave: ¿establece la plataforma colaborativa términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio subyacente, incluida cualquier obligación de prestar el servicio)? Propiedad de activos clave: ¿posee la plataforma activos clave para prestar el servicio subyacente? Cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de una servicio de la sociedad de la información) (...) Sin embargo, en general, cuanto más gestionan y organizan las plataformas colaborativas la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera en que se prestan dichos servicios —por ejemplo, verificando y gestionando directamente la calidad de los servicios—, más evidente resulta que la plataforma colaborativa puede tener que ser considerada también ella misma como proveedora de los servicios”¹¹.

Resulta ilustrativo la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 20 de diciembre 2017 (C-434/15)¹², conocido como el caso Asociación Profesional Élite Taxi de Barcelona contra Uber por competencia desleal, donde se señaló que Uber presta un servicio de transporte debido a que no sólo se limita a ser intermediario entre el conductor que presta el servicio con su propio vehículo sino que organiza este servicio de transporte mediante su plataforma en favor de los usuarios que deseen recurrir a ella. En efecto se sostuvo que la actividad de esta compañía “no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano” en tanto “el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas (...) y cuyo funcionamiento general organiza en

¹¹ “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones *Una Agenda Europea para la economía colaborativa de 02 de junio de 2016*”

¹² [C-434/15](#)

favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano” así como “este servicio de intermediación forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de «servicio de la sociedad de la información» (...) sino a la de «servicio en el ámbito de los transportes»”. Lo anterior se sustenta en las siguientes consideraciones respecto a Uber: i) “se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo”; les otorga “una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores”; iii) y, establece “el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos”).

Igualmente, en el caso Lift de EEUU se concluyó que esta empresa presta el servicio de transporte y no sólo se limita a desarrollar programas informáticos e intermediar entre oferta y demanda con similares argumentos.

Determinado que Rappi presta el servicio de reparto, a H'ÑÑLKLLKKKcontinuación, se disgregará los elementos de contrato en función a su encaje relativo a la configuración de autonomía en la prestación del servicio o a la materialización de los elementos esenciales de la relación de trabajo que configura un trabajo subordinado.

4.4.1 Elementos del Contrato que evidencian autonomía en la realización de los servicios del Rappitendero

Libertad de organización del repartidor

“2.2. El Rappitendero dispone de libertad total y absoluta para determinar el día, hora y lugar en el que está dispuesto a prestar el Servicio. De este modo, el Rappitendero determinará en forma personal e inconsulta con RAPPI en qué momento decide conectarse a la Plataforma para prestar el Servicio, así como las zonas u horarios. Ello implica que el Rappitendero no está sujeto a ingresar a la Plataforma y/o a aceptar Servicios dentro de plazo alguno, pudiendo hacerlo o no con la periodicidad que desee, sin que ello implique la baja su Cuenta”

“2.1 (...) Por su parte, en caso que el Rappitendero rechace la solicitud, ello no tendrá consecuencia alguna, por lo que quedará disponible para recibir una nueva Solicitud, para el caso que sea demandado el Servicio. Siendo que la demanda del Servicio depende de los Consumidores, RAPPI no garantiza de modo alguno a los Rappitenderos la existencia o no de Solicitudes demandando los Servicios”.

Esta cláusula denota la facultad que tiene el Rappitendero de cuándo, dónde, qué hora y hasta que momento trabajar, así como una vez conectado a la Plataforma es decisión de aquel aceptar un servicio o no sin que ello genere la resolución del contrato. Esta libertad de organización es indicativa de autonomía en la ejecución de labores.

Propias herramientas de trabajo por parte del repartidor

“Para conectarse a la Plataforma, el Rappitendero deberá poseer un Smartphone con sistema operativo Android y/u otro dispositivo de su propiedad compatible con la Plataforma. En ningún caso, el Smartphone y/u dispositivo en cuestión serán provistos por RAPPI. Al conectarse a la Plataforma, el Rappitendero como repartidor independiente, asume a su propio cargo los costos que incurra o pueda incurrir relativos a la conexión a través de la red de telecomunicaciones suministrada por el proveedor de acceso contratado (ISP) por el Rappitendero”.

El Rappitendero presta el servicio de reparto con sus propias herramientas de trabajo, Smartphone con sistema operativo Android y costo de conexión a internet.

No se exige el uso de uniforme de trabajo

“El uso de vestimenta identificada con RAPPI, y adquirida a esta en forma onerosa o gratuita, será optativa para los Rappitenderos, no siendo requisito para la prestación de los Servicios el uso de vestimenta y/o uniforme alguno. El Rappitendero podrá elegir libremente la vestimenta a ser utilizada para la prestación de los Servicios.”

El uso de uniforme de trabajo depende del Rappitindero al ser facultativo para la prestación de servicios, de ser el caso que desee contar con la indumentaria referida puede ser adquirida sin costo o mediante pago.

No se exige exclusividad del repartidor

“2.7. Entre los Rappitenderos y RAPPI no hay relación de exclusividad alguna, pudiendo los Rappitenderos prestar servicios libremente con cualquier otra plataforma similar a RAPPI, aun mientras se encuentran conectados a la Plataforma”. El Rappitindero puede prestar servicios a otras plataformas.

4.4.2 Elementos del Contrato que evidencian subordinación en la realización de los servicios del Rappitindero

Indicio de subordinación: Desigualdad de las partes en la relación contractual

“lea estos términos y condiciones detenidamente antes de acceder a la plataforma y a usar y/o aceptar los servicios. Cualquier persona que no acepte estos términos y condiciones, los cuales tienen un carácter obligatorio y vinculante, deberá abstenerse de acceder y utilizar la plataforma y no podrá ser registrado ni considerado como un rappitindero y/o aceptar los servicios solicitados por los consumidores. El rappitindero reconoce y acepta que mediante el ingreso a la plataforma: (i) rappi no presta servicios de reparto, mensajería, transporte de cualquier substancia, productos o mercadería, ni logística; (ii) bajo ninguna circunstancia los rappitenderos serán considerados empleados por rappi ni por ninguno de sus afiliados, ni tampoco se considerará que los servicios que realice el rappitindero son encomendados por rappi; y, (iii) acepta la última versión de los términos y condiciones aquí escritos”.

De lo anterior de manera palmaria se verifica que es Rappi quien establece las obligaciones y responsabilidad de manera unilateral y quien no se encuentre conforme con ellas no podrá acceder a prestar servicios o contratar con esta compañía.

Asimismo, se indica que Rappi sin causa podrá denegar el acceso a la Plataforma al Rappitindero y prohíbe la contratación directa de este con los Consumidores

anulando así su libertad de contratación y supuesta no exclusividad y autonomía, pues se exige que únicamente mediante la Plataforma se deben realizar estos servicios. De esta manera el Consumidor que desee encargar al Rappitendero directamente un servicio, aquel no podrá aceptarlo sin que este se haya requerido mediante la Plataforma, imposibilitando de esta manera la realización del servicio directamente.

“Estos Términos y Condiciones sustituyen expresamente los acuerdos o compromisos previos celebrados entre las partes. RAPPI podrá poner fin de inmediato a estos Términos y Condiciones, como así también dejar de ofrecer o denegar en forma unilateral y sin necesidad de causa alguna el acceso a la Plataforma, viéndose Usted imposibilitado de aceptar la contratación de los Servicios por parte de los Consumidores, ya sea en forma total o parcial, en cualquier momento y por cualquier motivo de manera unilateral sin que ello dé lugar a reclamo y/o indemnización alguna a su favor”.

De las actividades de entrada

Empezamos a ver la organización del servicio por parte de Rappi desde que recluta a los Rappitenderos, los capacita sobre el uso de la Plataforma, les asigna un usuario para su acceso que es única e intransferible, sólo puede contar con una cuenta lo cual evidencia que no podrá tener dependientes ni una estructura orgánica, como consecuencia de ello la prestación de servicios es personalísima no pudiendo delegar está a un tercero. En caso de usar motocicleta deberán presentar licencia de conducir, tarjeta de propiedad y póliza correspondiente.

“1.2. El Rappitendero deberá completar el **formulario** de registro para atender a una primera reunión introductoria con RAPPI donde se lo asesorará en todo lo relativo al uso de la Plataforma (en adelante, la “Reunión”).

“1.4. Una vez efectuado el Registro, RAPPI otorgará al Rappitendero una cuenta personal para acceder a la Plataforma con la contraseña que dicho Rappitendero elija (en adelante, la “Cuenta”). El Rappitendero accederá a su Cuenta mediante el ingreso de su apodo y clave de seguridad personal elegida. La Cuenta es personal, única e intransferible, y está prohibido que un mismo Rappitendero registre o posea más de una Cuenta. En caso de

que RAPPI detecte o razonablemente considere que distintas Cuentas contienen datos coincidentes o relacionados, podrá cancelar, suspender o inhabilitar todas las Cuentas relacionadas sin que ello implique derecho a reclamo a alguno por parte de Rappitenderos titulares de las Cuentas. El Rappitendero será el único responsable por el cuidado de su Cuenta, y por mantener sus claves de acceso protegidas.”

“1.7. Para poder acceder a la Plataforma y prestar los Servicios a los Consumidores, aquellos Rappitenderos que lo hagan con una motocicleta deberán acreditar a RAPPI todos los documentos necesarios para circular y poder realizar los Servicios solicitados por los Consumidores, como licencia de conducir, título del vehículo y seguro con póliza vigente”.

No se puede generar una prestación de servicios con organización propia/servicio personalísimo

“1.5. Los Datos Personales introducidos por el Rappitendero deberán ser exactos, actuales y veraces en todo momento. RAPPI se reserva el derecho de solicitar algún comprobante y/o dato adicional a efectos de corroborar los Datos Personales, y de suspender temporal y/o definitivamente a aquel Rappitendero cuyos datos no hayan podido ser validados dentro del tiempo indicado por RAPPI. (...). Los Datos Personales que el Rappitendero proporcione se integrarán en una base de datos personales de la que es responsable RAPPI. RAPPI podrá solicitar informes a distintas bases de datos públicas o privadas en relación a información y/o datos correspondientes a los Rappitenderos. Para más información consultar la Política de Privacidad y Tratamiento de Datos Personales de RAPPI”.

Despido sin causa

Rappi no requiere una causa para extinguir el vínculo contractual con el Rappitendero. De manera unilateral en el momento que considere de forma unilateral lo puede ejecutar. Ello evidencia la facultad disciplinaria incluso sin causa o existiendo esta sin observar criterios de razonabilidad do proporcionalidad.

“1.6. RAPPI a su exclusiva discreción podrá denegar el Registro de una persona como Rappitendero y/o darlo de baja en cualquier momento y con

propia autonomía, sin que ello genere derecho a reclamo y/o indemnización alguna por dicha persona”.

De la fiscalización y uso de datos personales: Geolocalización

Rappi en tiempo real verifica el recorrido del Rappitendero a través de su geolocalización una vez aceptado el encargo, así como facilita esta información además de sus datos personales al Consumidor.

“2.1. (...). El Rappitendero podrá recibir de parte de los Consumidores, en base a la demanda del Servicio que éstos pudieran tener, y a través de la Plataforma, una solicitud del Servicio en su Smartphone (...), conforme su ubicación, cercanías al momento de la misma y demás parámetros fijados por la Plataforma. El Rappitendero podrá aceptar o rechazar la Solicitud a su voluntad. En caso que el Rappitendero decida en forma voluntaria aceptar la Solicitud, el Consumidor recibirá una notificación de aceptación de solicitud de Servicio por parte del Rappitendero, la cual incluirá ciertos datos personales del Rappitendero (nombre, mail y teléfono), incluyendo la posibilidad de ponerse en contacto con dicho Rappitendero a través de un chat provisto por la Plataforma. A los fines de una mejor prestación del Servicio, el Consumidor tendrá acceso al recorrido efectuado por el Rappitendero el cual podrá ser visualizado en tiempo real por el Consumidor a través de la Plataforma, únicamente desde que el Rappitendero retira el producto del comercio y hasta que es entregado al Consumidor. Quedará a criterio del Rappitendero escoger la mejor ruta para llegar al Consumidor”

Rappi no se hace responsable de la seguridad y salud de los repartidores

El Rappitendero es responsable del cumplimiento de las normas de tránsito, de la compra y uso del equipamiento para la ejecución de sus labores.

“2.5. Resulta obligatorio y a exclusivo cargo del Rappitendero el cumplimiento con la normativa de tránsito, así como el uso de los elementos de seguridad exigidos por la normativa correspondiente y su autoridad de aplicación. En ningún caso RAPPI proveerá dichos elementos de seguridad, cuya adquisición y uso es a exclusivo cargo de los Rappitenderos, ni será

responsable por cualquier infracción a la normativa de tránsito, siendo en todos los casos responsables los Rappitenderos por dichas infracciones, en caso de ocurrir”.

De la organización y dirección de Rappi

Rappi es quien establece el costo del servicio que debe pagar el Consumidor en base a criterios objetivos, como distancia, clima, entre otros, establece la forma de pago, recibe el pago y realiza el pago al Rappitendero. También ostenta la facultad de modificar unilateralmente las tarifas del costo del servicio. En caso el pago sea en efectivo será cobrado directamente por el Rappitendero quien deberá poner el monto a disposición de Rappi para la liquidación correspondiente. Establece el modo de pago al Rappitendero, el cual se efectúa cada 20 días a la cuenta bancaria que haya puesto a disposición de Rappi.

En caso exista un saldo a favor de Rappi luego de la liquidación realizada por la compañía el Rappitendero deberá abonar este monto a la cuenta bancaria de Rappi dentro del plazo de 10 días de realizada la liquidación. Claramente advertimos una directriz de parte de Rappi.

“2.8. La totalidad del valor del Servicio y de la propina abonados por el Consumidor al Rappitendero corresponden a él y serán cobrados por el Rappitendero, no cobrando y/o reteniendo RAPPI suma, porcentaje o comisión alguna de dichos conceptos”.

“ 4.1. RAPPI fijará la tarifa del Servicio a ser abonada por el Consumidor según la distancia a ser recorrida para la prestación del mismo, las condiciones climáticas y otros parámetros a ser determinados en forma exclusiva por RAPPI, debiendo el Consumidor pagar dicho Servicio al Rappitendero. El Rappitendero autoriza a RAPPI a fijar las tarifas para cada Servicio en función de lo antes mencionado y a informar las mismas al Consumidor de acuerdo al Servicio solicitado y brindado por el Rappitendero. El Rappitendero podrá negarse a aceptar la realización de un Servicio en caso de no estar de acuerdo con la tarifa a cobrar por dicho Servicio, no teniendo derecho a realizar protesta o queja algún ante RAPPI, toda vez que el acceso y uso de la Plataforma como así también la prestación del Servicio

solicitado por el Consumidor es de carácter voluntario y no obligatorio para el Rappitendero. RAPPI se reserva el derecho de modificar, cambiar, agregar, o eliminar las tarifas vigentes para cualquier Servicio, en cualquier momento, lo cual se verá reflejado en la solicitud del Servicio que reciba el Rappitendero en su Cuenta.

- 4.2. En caso que el Servicio sea abonado por el Consumidor con tarjeta de crédito, débito o cualquier otro medio electrónico de pago, RAPPI cobrará la tarifa y la propina (esta última, en caso de corresponder) por cuenta y orden del Rappitendero, siendo liquidado conforme al punto siguiente. Por su parte, en caso de ser abonado el Servicio en efectivo, el Rappitendero cobrará en forma directa la tarifa del Servicio y la propina (en caso de corresponder) al Consumidor, debiendo entregar dichas sumas, conjuntamente con el valor de los productos abonados por el Consumidor, a RAPPI para su posterior liquidación de acuerdo a lo previsto en los presentes Términos y Condiciones.
- 4.3. RAPPI realizará la liquidación de los Servicios y propinas cada 14 días. Luego del cierre de la liquidación, de haber saldos a favor de los Rappitenderos, los mismos serán abonados entre 5 y 10 días luego del cierre. Dicho pago será efectuado mediante transferencia bancaria a la cuenta que le indique el Rappitendero o por cualquier otro medio de pago que las partes acuerden.
- 4.4. En tanto el Rappitendero puede percibir en efectivo además de la tarifa por el Servicio, el pago por parte del Consumidor de la factura de venta de los productos vendidos por los Comercios Aliados o los comercios no aliados, en la liquidación a ser preparada por RAPPI se podrán compensar estos últimos cobros que el Rappitendero debería rendir y entregar a RAPPI a través de los medios para ello autorizados, con la liquidación de los Servicios y propinas que RAPPI percibió, por cuenta y orden del Rappitendero, con tarjeta de crédito, tarjeta de débito u otros medios electrónicos de pago o en efectivo de acuerdo a lo previsto en los presentes Términos y Condiciones. En caso de que luego de esta compensación, exista un saldo a favor del Rappitendero, RAPPI deberá abonar al Rappitendero las sumas que correspondan, dentro de los plazos y en la forma indicada en el punto anterior. Por su parte, en caso de existir saldo a favor de RAPPI, el Rappitendero deberá proceder a abonar dicha suma a RAPPI mediante los medios para ello autorizados por RAPPI, tales como puntos de consignación bancaria dentro de los próximos 10 días desde la liquidación arriba mencionada”.

Es interesante lo relativo a que Rappi no sólo realiza el encuentro entre oferta y demanda, sino también ofrece un servicio integral de reparto a los “Comercios

Aliados” a quienes les brinda el servicio tercerizado de reparto. ¿En ese punto cabe destacar acaso nos encontramos frente a la figura de tercerización? Es Rappi una empresa especializada en prestar el servicio de reparto, la respuesta no es otra que sí. ¿Cuenta con pluralidad de clientes? Sí. ¿Realiza la prestación de servicio por cuenta y riesgo? Sí, los ingresos dependerán de la cantidad de pedidos que realicen los Consumidores a estos “Comercios Aliados”. ¿Los “Rappitenderos” están subordinados a ellos? Sí, como vamos desentrañando los elementos a lo largo de este punto.

Prestación personalísima

Únicamente el Rappitendero puede ingresar a la Plataforma mediante su usuario y contraseña a fin que realice la prestación de servicio de manera personalísima encontrándose restringido delegar esta labor a terceros o facilitarles sus credenciales para realizar el servicio de reparto.

“3.1. RAPPI tendrá las facultades para denegar o restringir el acceso o posterior uso de la Plataforma a cualquier Rappitendero bajo su exclusivo criterio, sin generar ello posibilidad de reclamar perjuicio alguno por parte del Rappitendero. RAPPI no será responsable si el Rappitendero no cuenta con un Smartphone y/o cualquier otro dispositivo no compatible con el uso de la Plataforma. El Rappitendero se compromete a hacer un uso adecuado y lícito de la Plataforma de conformidad con la legislación aplicable, los presentes Términos y Condiciones, la moral y buenas costumbres generalmente aceptadas y el orden público. No obstante, la condición de independiente, al acceder y utilizar la Plataforma y durante la prestación de los Servicios, el Rappitendero acuerda y se obliga a:

- Prestar el Servicio para su uso personal, aceptando que no se encuentra autorizado ni tiene las facultades necesarias para ceder, cualquiera sea la forma, su Cuenta a un tercero, como tampoco podrá subcontratar los servicios de terceros para la prestación de los Servicios.
- No autorizar a terceros a usar su Cuenta, haciéndose completamente responsable por los actos que cualquier otra persona humana o jurídica realice a su nombre con o sin su consentimiento.
- No ceder ni transferir de otro modo su Cuenta a ninguna otra persona o entidad legal.
- No utilizar una cuenta que esté sujeta a cualquier derecho de una persona que no sea el Rappitendero sin la autorización adecuada.
- (...)
- Guardar de forma segura y confidencial la contraseña de su Cuenta y cualquier identificación facilitada para permitirle el acceso y uso de la Plataforma como así también la prestación de los Servicios.”

Directrices respecto a la organización del trabajo

Actividad por cuenta y riesgo del Rappitendero, toda responsabilidad que surja de la prestación del servicio será de cargo de aquel. No existe relación comercial o laboral entre ambas partes, siendo que configura un contrato de mandato entre el Rappitendero y el Consumidor al aceptar la prestación del servicio. No se hace responsable de los accidentes que pudiera tener durante la prestación de servicios ni de los que pudiera causar a terceros, siendo el Rappitendero el único responsable de ello dejando en indemnidad a Rappi en cualquier circunstancia.

“10.1. RAPPI podrá realizar las notificaciones oportunas a través de una notificación general en la Plataforma, a través de la dirección de correo electrónico facilitada por el Rappitendero en su Cuenta. El Rappitendero podrá notificar a RAPPI mediante una solicitud a través de la sección de Soporte disponible en la plataforma virtual”.

“Contar con la totalidad de los elementos de seguridad y de las autorizaciones correspondientes para prestar los Servicios y para circular, acorde al vehículo que desee utilizar para prestar los Servicios, incluido, pero no limitado a cédula verde y/o cédula azul, registro de conducir, seguros correspondientes, y demás documentos que demuestren la autorización para conducir dicho medio de transporte y prestar los Servicios solicitados por los Consumidores en forma legal”.

También se verifica que el Rappitendero mantendrá indemne a RAPPI, por daños a terceros que puedan producirse por la prestación del Servicio. Lo cual también es indicativo de la desventaja contractual que tiene dicho repartidor frente a la compañía.

5.1. El Rappitendero asume, como parte independiente y autónoma de RAPPI, toda responsabilidad que pudiera surgir a raíz de la prestación del Servicio solicitado por el Consumidor, liberando en todo momento a RAPPI y a todos sus socios, representantes legales, directores, empleados, administradores y consultores de toda responsabilidad al respecto. (...).

5.2. Asimismo, las Partes establecen y acuerdan que el Rappitendero no tiene, ni en el futuro tendrá relación laboral de dependencia o subordinación con RAPPI, siendo ambas partes autónomas e independientes entre sí, por lo tanto, responsables individualmente por sus obligaciones contractuales, impositivas, laborales, previsionales, y todas aquellas derivadas de la legislación aplicable. Tampoco crean ningún contrato de sociedad, de

mandato o de franquicia entre RAPPI y el Rappitendero, siendo que quien solicita el Servicio al Rappitendero es el Consumidor, perfeccionándose un contrato de mandato entre el Rappitendero y el Consumidor al momento de la aceptación de la prestación del Servicio por parte del Rappitendero. El Rappitendero reconoce ser un trabajador independiente, y en virtud de esto, asume el riesgo que conlleva la prestación del Servicio a su exclusivo cargo”.

“6.2. El Rappitendero conoce y acepta que al prestar Servicios para los Consumidores lo hace bajo su propio riesgo, debiendo para ello respetar la normativa aplicable relacionada a la prestación de los Servicios. En ningún caso RAPPI será responsable por lucro cesante, o por cualquier otro daño y/o perjuicio que haya podido sufrir el Rappitendero, ya sea en forma directa y/o indirecta, debido al Servicio prestado a través de la Plataforma”.

Uso de la marca en la prestación del servicio

El Rappitendero está facultado a utilizar la marca de Rappi para así poder identificarse como repartidor de esta compañía al realizar los servicios de reparto.

“8.1. El Rappitendero reconoce y acepta que todos los derechos de propiedad intelectual e industrial sobre los contenidos y/o cualesquiera otros elementos insertados en la Plataforma (incluyendo, sin limitación, marcas, logotipos, nombres comerciales, lemas comerciales, textos, imágenes, gráficos, diseños, sonidos, bases de datos, software, diagramas de flujo, presentación, audio y video y/o cualquier otro derecho de propiedad intelectual e industrial de cualquier), pertenecen y son propiedad exclusiva de RAPPI, no implicando el acceso a la plataforma y/o aceptación de los presentes, cesión de derecho alguna a favor del Rappitendero.

8.2. RAPPI autoriza al Rappitendero a utilizar, visualizar, imprimir, descargar y almacenar los contenidos y/o los elementos insertados en la Plataforma exclusivamente para su uso personal y privado y únicamente relacionados con la prestación de los Servicios, salvo en los casos que exceptúe y decida RAPPI libremente, absteniéndose de realizar sobre los mismos cualquier acto de des compilación, ingeniería inversa, modificación, divulgación o suministro. Cualquier otro uso y/o explotación de cualesquiera contenidos y/u otros elementos insertados en la Plataforma distinto de los aquí

expresamente previstos estará sujeto a la autorización previa y por escrito de RAPPÍ”.

4.4.3 Del análisis de la relación jurídica entre el Repartidor y Rappi a partir de la LPCL y doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la República – Tribunal Constitucional

Para determinar la existencia de un contrato de trabajo y con ello de la relación laboral no será suficiente analizar el cumplimiento de lo regulado en el artículo 9 de la LPCL, esto es la existencia de la subordinación. Adicionalmente se tendrá que considerar la interpretación normativa de la Corte Suprema de la República sobre esta disposición al igual que la del Tribunal Constitucional.

El artículo 9 de la LPCL establece el contenido de la subordinación, que no es otra que encontrarse sujeto a la dirección del empleador, quien ostenta el poder de reglamentar, dictar órdenes y sancionar la ejecución de las labores del trabajador.

“Artículo 9.- Por la subordinación, el trabajador presta sus servicios bajo dirección de su empleador, el cual tiene facultades para normar reglamentariamente las labores, dictar las órdenes necesarias para la ejecución de las mismas, y sancionar disciplinariamente, dentro de los límites de la razonabilidad, cualquier infracción o incumplimiento de las obligaciones a cargo del trabajador”

En nuestra legislación laboral sustantiva y procesal se ha previsto la presunción de laboralidad tanto en el artículo 4 de la LPCL y el artículo 23 de la Nueva Ley Procesal de Trabajo N° 29497, en la primera se presume un contrato de trabajo de duración indeterminada al concurrir los elementos esenciales de la relación de trabajo, y en el segundo una presunción reforzada pues acreditada sólo la prestación personal se presume la relación laboral lo cual tiene como fundamento el desequilibrio probatorio de las partes de la relación jurídica sustantiva, donde el trabajador se ve limitado a acreditar los elementos de la subordinación frente al empleador, quien ostenta a diferencia de este la mayor documentación y medios necesarios para acreditar su autonomía y así superar o destruir la misma.

“Artículo 4.- En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.”

“Artículo 23.- Carga de la prueba (...) 23.2 Acreditada la prestación personal de servicios, se presume la existencia de vínculo laboral a plazo indeterminado, salvo prueba en contrario”.

La interpretación normativa de este último dispositivo en la Sentencia Cas. Lab. N° 14440-2013-Lima, por parte de la Corte Suprema, en su considerando séptimo, es que la presunción contenida en la Nueva Ley Procesal del Trabajo no libera al trabajador en lo absoluto de presentar indicios racionales por lo menos que evidencien que la relación mantenida es una de carácter laboral:

“(…) que dicha facilitación probatoria no implica una ausencia de probanza de parte del trabajador demandante, toda vez que por lo menos debe aportar indicios racionales del carácter laboral de la relación bajo discusión. En ese sentido y atendiendo a la nueva estructura del proceso judicial laboral prevista en la Nueva Ley Procesal del Trabajo, es necesario que los jueces actúen sesudamente en la aplicación de la presunción de laboralidad, exigiendo verdaderos indicios a los trabajadores que la invoquen, pues no se trata de eximir de toda prueba al demandante sino solamente de facilitarle dicha actividad.”

En tal sentido, si bien la disposición procesal antes aludida establece que, acreditada la prestación personal, sin que ello implique además supuestos de indicios de laboralidad, la Corte Suprema establece que por lo menos el demandante que alegue tener la calidad de trabajador subordinado deberá presentar indicios de laboralidad no eximiéndolo de esta carga probatoria.

En la Casación Laboral N° 1700 -2013- Arequipa la Sala de Derecho Constitucional y Social Permanente sostuvo que son elementos indiciarios de hechos o circunstancias que de forma directa o indirecta permitirán calificar la existencia de subordinación en una relación jurídica las siguientes:

- a) Incorporación a una organización jerarquizada, sujeción a la función directiva y organizadora del titular.

- b) Sujeción de la actividad propia a la de la empresa
- c) Obligación de ajustar la prestación a los criterios organizativos de quien lo proporciona
- d) Facultad del dador del trabajo de impartir órdenes, así como la de sustituir, a su conveniencia su voluntad a la del trabajador.
- e) Sujeción de quien presta el servicio a las órdenes del dador de trabajo
- f) Poder de quien proporciona trabajo de dirigir y controlar prestación
- g) Ejercicio del poder disciplinario y sancionador; carácter personal y no sustituible de la obligación de prestar personalmente el servicio
- h) Que la prestación suponga toda o la principal actividad del trabajador o se preste en condiciones de exclusividad
- i) Carácter permanente o continuo de la prestación
- j) Obligación de cumplir un horario
- k) Marcar tarjeta y otros controles
- l) Utilización y ropa de trabajo proporcionado por la empresa
- m) Utilización en el trabajo de papelería o documentación de la empresa
- n) Obligación de presentarse diariamente a prestar el servicio
- o) Obligación de disponibilidad
- p) Identificación de un lugar para la prestación del servicio
- q) Suministro de materiales del posible empleador
- r) Ausencia de asalariados
- s) Posibilidad de rechazo de tareas
- t) Duración de vínculos
- u) Fijación de precios, rutas, provisión de cartera de clientes
- v) Repetición de trabajos por defecto
- w) Relación con terceros (ajenidad del mercado)

En esa línea, es pertinente, tener en consideración lo precisado por el Tribunal Constitucional en el fundamento 5 de la sentencia recaída en el expediente N.º 01193-2011-PA/TC, en tanto que para determinar la configuración de una relación de trabajo se debe evaluar de manera concurrente o alternativa los siguientes rasgos de laboralidad:

- a) control sobre la prestación o la forma en que ésta se ejecuta;
- b) integración del demandante en la estructura organizacional de la empleada;
- c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado;
- d) prestación de cierta duración y continuidad;
- e) suministro de herramientas y materiales al demandante para la prestación del servicio; pago de remuneración al demandante; y,
- g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones y de salud.

Como se podrá advertir de lo sostenido por el Tribunal Constitucional para determinar si existió una relación de trabajo encubierta por un contrato civil se debe analizar los rasgos de laboralidad señalados en los literales del párrafo anterior.

En consecuencia, a partir del test de laboralidad o haz de indicios de laboralidad aportados por la jurisprudencia doctrinal de los antes referidos tribunales se podrá determinar la configuración del contrato de trabajo.

Aunado a lo anterior encontramos en casi todos los pronunciamientos de los fueros ordinarios y constitucional el uso del principio de primacía de la realidad para determinar la existencia de una relación de trabajo asalariada encubierta con una contratación civil comercial cuyo contenido básico se sustenta en la preferencia de los hechos sobre lo pactado documentalmente por las partes. Américo Plá Rodríguez (1947) sostiene respecto al principio de primacía de la realidad que significa: "... que en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de los documentos y acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos" (p. 313).

El Tribunal Constitucional agrega que es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico e impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución (STC N.º 00503-1999-AA/TC, fundamento 4).

"(...) en virtud del principio de primacía de la realidad, resulta evidente que las labores, al margen de la apariencia temporal que se refleja en los contratos citados, han tenido las características de subordinación, dependencia y permanencia, por lo que atento a ello, mal haría este Colegiado en considerar que la relación laboral mencionada tuvo carácter eventual. Esta consideración es de las más vitales importancias, toda vez que el principio de primacía de la realidad es un elemento implícito en nuestro ordenamiento y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución del Trabajo, que ha visto éste como un deber y un derecho, base del bienestar social y medio de la realización de la persona (artículo 22º) y, además, como un objetivo de atención prioritaria del Estado (artículo 23º). Dicho de otro modo, el tratamiento constitucional de una relación laboral impone que sea enfocado precisamente en estos términos"

De la lectura integral de contrato se desprende palmariamente que en la relación jurídica sostenida entre el Rappitendero y Rappi concurren la prestación personal y la remuneración. Dos del elemento esencial establecidos por la legislación nacional que deben concurrir para la configuración de con un contrato de trabajo conforme el artículo 4 de la LPCL.

La prestación personal se acredita con lo estipulado en el numeral 1.4 del Contrato donde Rappi facilita una cuenta al Rappitendero para acceder a la plataforma la cual es intransferible, así como no se puede valer de terceros para realizar el servicio de recado de acuerdo al numeral 3.1 del Contrato.

En relación a la remuneración se verifica quien realiza el pago al Rappitendero es Rappi. En efecto el numeral 4.1 del Contrato establece que Rappi es quien establece el costo del servicio brindado por el repartidor y en el numeral 4.3 se precisa que abona a la cuenta bancaria indicada por este el monto de la liquidación de los servicios y propinas recibidas “RAPPI realizará la liquidación de los Servicios y propinas cada 14 días. Luego del cierre de la liquidación, de haber saldos a favor de los Rappitenderos, los mismos serán abonados entre 5 y 10 días luego del cierre. Dicho pago será efectuado mediante transferencia bancaria a la cuenta que le indique el Rappitendero”.

Luego de evidenciar con claridad la concurrencia de estos dos elementos esenciales del contrato de trabajo, antes de analizar la presencia del principal elemento que diferenciará al contrato de trabajo de otros contratos civiles es necesario verificar si legalmente es válido considerar la existencia de un contrato de mandato entre el Consumidor y el Rappitendero conforme se establece en el Contrato.

El mandato tiene por objeto que el mandatario, quien realiza la ejecución o prestación del servicio, realice uno o más actos a favor del mandante, quien requiere el servicio, siendo el monto de retribución pactado por las partes, así como cada parte tiene obligaciones las cuales en el presente caso no se cumplen.

El artículo 1790 del Código Civil define al mandato “Por el mandato el mandatario se obliga a realizar uno o más actos jurídicos, por cuenta y en interés del mandante”,

el 1791 establece la presunción de onerosidad “El mandato se presume oneroso. Si el monto de la retribución no ha sido pactado, se fija sobre la base de las tarifas del oficio o profesión del mandatario; a falta de éstas, por los usos; y, a falta de unas y otros, por el juez”.

Las obligaciones del mandatario son las siguientes conforme al artículo 1793:

1. A practicar personalmente, salvo disposición distinta, los actos comprendidos en el mandato y sujetarse a las instrucciones del mandante.
2. A comunicar sin retardo al mandante la ejecución del mandato.
3. A rendir cuentas de su actuación en la oportunidad fijada o cuando lo exija el mandante.

Por su parte el 1796 establece las obligaciones del mandante

1. A facilitarle los medios necesarios para la ejecución del mandato y para el cumplimiento de las obligaciones que a tal fin haya contraído, salvo pacto distinto.
2. A pagarle la retribución que le corresponda y a hacerle provisión de ella según los usos.
3. A reembolsarle los gastos efectuados para el desempeño del mandato, con los intereses legales desde el día en que fueron efectuados.
4. A indemnizarle los daños y perjuicios sufridos como consecuencia del mandato.”

Como vemos el mandante y mandatario establecen el monto de la retribución por el mandato, sin embargo, en el presente caso es Rappi quien establece de manera unilateral el monto de la retribución, sin la participación de ambos. El repartidor personalmente realiza la prestación no por acuerdo con el mandante Consumidor sino por una imposición del Contrato suscrito con Rappi, además de no estar facultado para que un tercero realice el mandato. El Rappitendero no se encuentra sujeto a las instrucciones ni rinde cuentas al Consumidor, tampoco le comunica el estado de la ejecución del mandato, pues una vez recibida la solicitud de Rappi el repartidor debe recoger el objeto del pedido y entregarlo en una ubicación física. El Consumidor no instruye al repartidor, no le indica cómo realizarlo, con qué implementos, que ruta seguir. Si bien el Consumidor verifica la geolocalización del repartidor mediante el aplicativo de Rappi ello no implica la obligación de comunicación del repartidor del estado de ejecución del mandato debido a que Rappi es quien facilita esta información. Finalmente, la ejecución adecuada o no de la entrega del objeto de reparto no implica una rendición de cuentas frente al Consumidor, pues ello en lo absoluto afectará al pago del servicio, siendo la calificación que realizará el Consumidor a través del sistema para este efecto de

Rappi el que evidencia el grado de satisfacción del Consumidor. Ello no tendrá efectos directos respecto a este reparto del Rappitendero, por consiguiente, entre el repartidor y Consumidor, pero sí para la calificación general del Rappitendero respecto a Rappi que incluso puede ser deshabilitado por malas calificaciones.

Igual suerte correrá la concurrencia de las obligaciones del mandante Consumidor, estos no se presentan en la ejecución del reparto por el Rappitendero, pues el Consumidor no le facilita los medios para su efectiva realización ni realiza el pago a este sino a la compañía. También el Consumidor no podría responder por los daños y perjuicios que sufra el repartidor durante la ejecución del reparto pues no contrato con el Rappitendero, contrata con Rappi a quien paga por el servicio, por tanto, no podría aplicarse la responsabilidad vicaria al Consumidor.

Superado el análisis de la inaplicación de un contrato de mandato entre Consumidor y Rappitendero corresponde analizar si concurre la subordinación en la relación jurídica del indicado repartidor con Rappi.

El Contrato es uno innominado, por lo que la relación jurídica entre Rappi y el repartidor deberá ser analizada a la luz del artículo 1764 del Código Civil, a efectos de verificar si el Rappitendero es un verdadero locador de servicios, esto es que desarrolla sus actividades de manera autónoma y sin encontrarse sujeto a subordinación de Rappi conforme así lo establece el numeral 5.3 del Contrato “El Rappitendero reconoce ser un trabajador independiente, y en virtud de esto, asume el riesgo que conlleva la prestación del Servicio a su exclusivo cargo”. Este artículo dispone que “Por la locación de servicios el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución”.

La prestación de servicio que Rappi realiza en el mercado no es la de una sociedad de la información sino la de servicios de reparto. Sobre la base de esta premisa es que es necesario que Rappi organice esta prestación de servicio. Ello lo realiza de manera general desde el reclutamiento de los Rappitenderos exigiéndoles determinadas características, facilitando la principal herramienta que posibilita la ejecución de laborar de los repartidores: la plataforma, los repartidores realizan el reparto proyectando en todo momento la imagen corporativa de Rappi: la marca, son calificado por los usuarios de Rappi bajo el sistema de calificación, además de relacionarse con los consumidores y realizar la gestión de ellos.

En la balanza del Contrato tenemos por un lado el peso de la autonomía que se traduce con la inexistencia de jornada y horario de trabajo, que el repartidor participa con sus propias herramientas de trabajo y la posibilidad de desarrollar actividades en otras plataformas, no existe exclusividad; del otro lado los elementos indiciarios

de la subordinación que van desde la confección unilateral del Contrato que evidencia el desequilibrio de las partes, los requisitos de ingreso para prestar el servicio de reparto en la plataforma, la imposibilidad de valerse de terceros o subcontratar por parte del repartidor para realizar el servicio o prestar directamente este al Consumidor sin la intervención de la plataforma, la posibilidad de extinción del vínculo jurídica a discrecionalidad de Rappi, el establecimiento unilateral del precio por Rappi además de ciertas indicaciones de cómo proceder con el cobro en efectivo por parte del repartidor y el pago a este luego de la liquidación correspondiente, las calificaciones realizadas por el Consumidor respecto a su satisfacción por el reparto que puede ser utilizado por Rappi para extinguir la relación o asignar mejores pedidos, la posibilidad de modificación unilateral del precio del servicio, entre otros aspectos.

Al parecer la balanza se inclinará para determinar la existencia de subordinación.

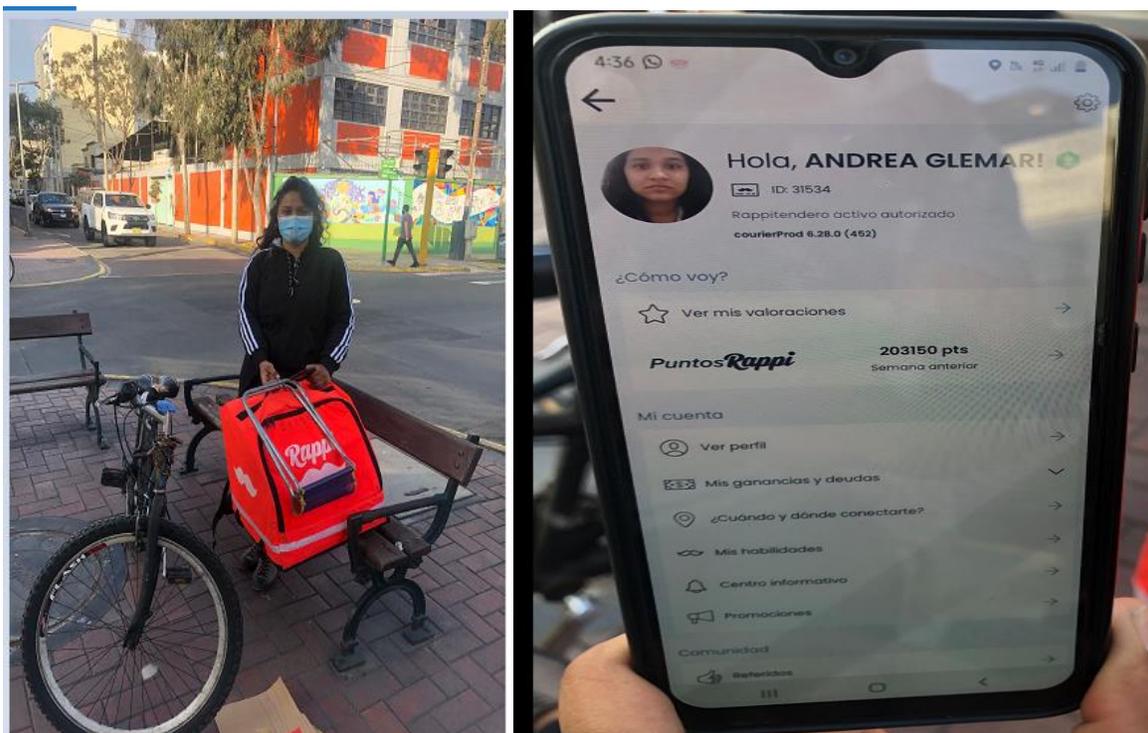
¿Así la inexistencia de jornada y horarios será suficiente para alegar la autonomía de los repartidores? Al parecer no, pues el hecho de no conectarse a la plataforma implica autonomía sólo en este escenario lo cual no se cumple una vez se conectan a la plataforma, pues es ahí donde concurren todas las características que hemos señalado en el párrafo anterior como indicios de laboralidad. Una vez conectados tienen la facultad de no aceptar solicitudes, ello también evidencia autonomía, no obstante el no aceptar solicitudes afecta el porcentaje de calificación del repartidor, pues ello genera la asignación de pedidos de menor calidad, así como podría conllevar su desconexión conforme a las declaraciones de los repartidores ante la comisión del Ministerio de Trabajo que realizó el estudio de este modelo organizativo, pese a que en el Contrato se establece que ello no genera ningún efecto.

Las herramientas de trabajo que aporta el Rappitendero, smatphone, conexión a internet, motocicleta o bicicleta no son trascendentales frente a las que les facilita Rappi: la plataforma y la marca. Sin estas últimas el repartidor no podría conseguir la cantidad de repartos que obtiene a través de la plataforma, debido a que los Consumidores y establecimientos no confiarían en él, a diferencia de pertenecer a Rappi quien en el mercado tiene presencia y genera confianza en los agentes del mercado por el poder de su marca.

A mayor abundamiento, conforme se verifica del Informe Final del Grupo de Trabajo de Naturaleza Temporal del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo que analizó la problemática sobre las condiciones de empleo de las personas que prestan servicios en las plataformas digitales, como resultado de las reuniones de dicho grupo de trabajo con los repartidores de Rappi y otros aplicativos, representantes de las empresas de plataformas digitales y de las evidencias de la encuesta a 50 repartidores “resultado de la encuesta a prestadores de servicios de

plataformas digitales” y páginas web de las plataformas se tiene la siguiente información respecto al desenvolvimiento de la ejecución de estos servicios que corrobora y muestra indicios de subordinación:

- Las herramientas y vehículos para la ejecución del reparto son de propiedad del repartidor quien asume los gastos de mantenimiento de los mismos.
- Los repartidores afirman que trabajan durante un lapso de 13 horas diarias
- En algunas plataformas rige un sistema de evaluación por puntuación mensual. A partir del cual se establecen beneficios y penalidades, tal como asignación de turnos. El sistema de puntos se erige en base a las siguientes variables: i) cumplimiento de pedidos en horario de alta demanda, ii) valoración del restaurante, de la plataforma y del cliente, además de iii) eficiencia del servicio y antigüedad del repartidor.
- Para obtener la máxima puntuación en el indicador los repartidores deben cumplir 52 pedidos en el horario de alta demanda (horas en viernes, sábado, domingo y feriados) y en horarios de almuerzo y madrugada.
- En una plataforma, desactivarse durante un turno reservado baja puntos.
- La reasignación de pedidos baja puntos.
- Los repartidores no son consultados sobre la modificación de tarifas, entre otros.

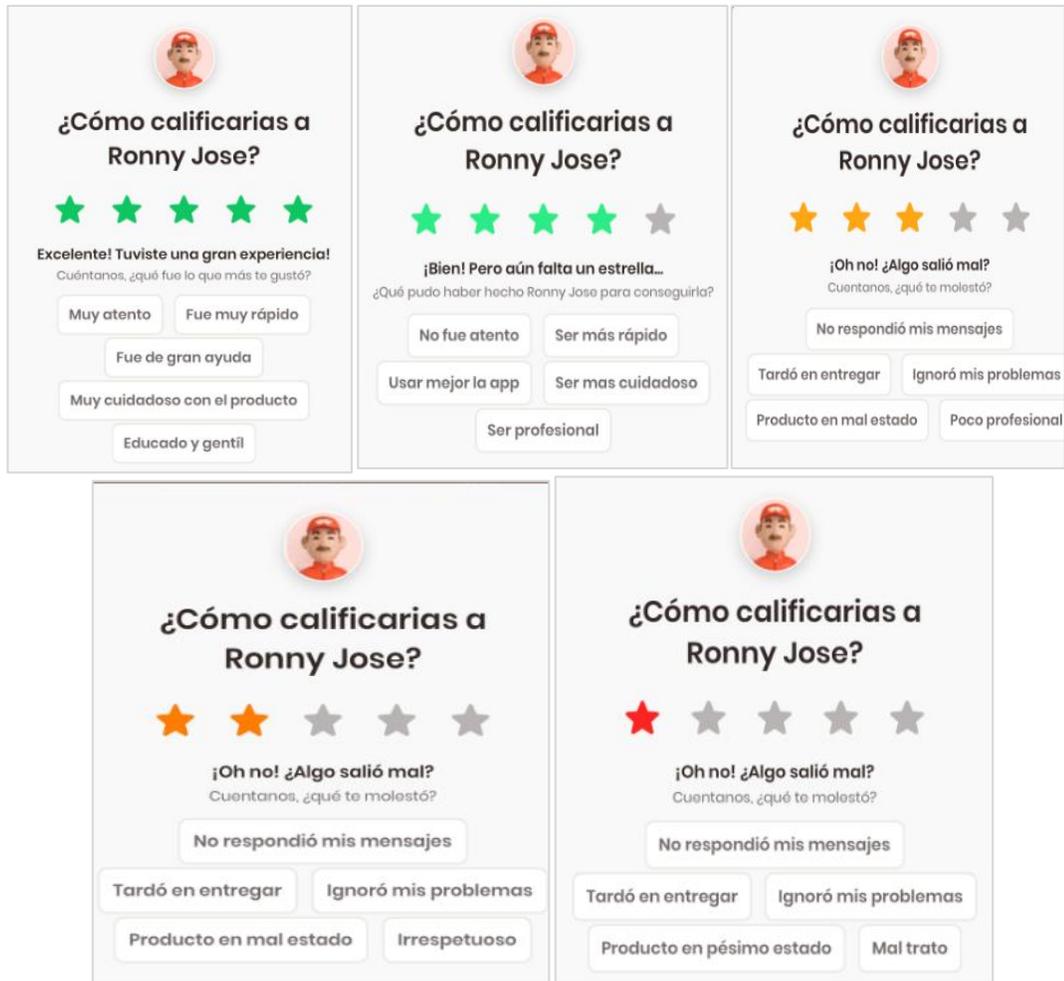


Elaboración propia: Imagen tomada a Andrea, quien participó de la encuesta que forma parte como Anexo 1 del presente trabajo.

Así tenemos que en función a los indicios directos o indirectos de subordinación establecidos por la doctrina jurisprudencial del Tribunal Constitucional y Corte

Suprema de la República en el Contrato entre el Rappitendero y Rappi concurre la subordinación:

- Integración del Rappitendero a la organización de Rappi
- Entrega de herramientas o materiales trascendentales para la realización de la prestación: Plataforma y marca. Sin ellas el repartidor no podría realizar estas actividades. Son los verdaderos medios de producción, sin ellos no sería posible desarrollar esta actividad en la dimensión en la que se realiza.
- El Rappitendero se relaciona con los Consumidores en nombre de Rappi pues en todo momento ejecuta el reparto proyectando la imagen corporativa de Rappi, la marca.
- Sujeción de la actividad propia a la de la empresa, debe cumplir requisitos para acceder a contratar con Rappi, directivas relativas al procedimiento a seguir en caso de pago en efectivo, Rappi es quien establece el precio. Ello lleva a determinar que repartidor ajuste la prestación a los criterios organizativos de Rappi, más aún si se verifica que el repartidor un tiene una organización empresarial propia y se les limita la prestación a que sea personalísima lo que demuestra la inexistencia de oportunidades de desarrollo empresarial.
- Facultad del dador del trabajo de impartir órdenes, así como la de sustituir, a su conveniencia su voluntad a la del trabajador. Indicios de ello son el establecimiento del precio, el procedimiento de manejo de efectivo, el cumplimiento de los requisitos que debe observar el repartidor para prestar servicios a Rappi, la imposibilidad de valerse de terceros o facilitar su usuario a estos para realizar el servicio, la capacitación sobre el uso del sistema.
- Sujeción de quien presta el servicio a las órdenes del dador de trabajo: Existe una flexibilización de la subordinación que ya no sólo se limita a la jornada laboral y centro de trabajo, que se evidencia con la jurisprudencia que tomamos como base para analizar el presente caso. Así al Rappi limitar la autonomía del repartidor prohibiendo la prestación directa al Consumidor materializa una orden de no hacer. Si bien no se verifican órdenes expresas si se advierte sujeción al poder de dirección del repartidor frente a Rappi.
- Poder de quien proporciona trabajo de dirigir y controlar prestación: Mediante el sistema de calificación de Rappi a través del que los Consumidores realizan la evaluación del repartidor Rappi unilateralmente puede extinguir el vínculo contractual en caso de calificaciones baja debido a que pone en riesgo su reputación corporativa, así como estas calificaciones son la base de las decisiones que realiza el algoritmo de la plataforma para asignar solicitudes de menor o mejor precio. Establece las estrategias comerciales y económicas manteniendo la facultad de modificar en cualquier momento las tarifas. A continuación, imágenes del sistema de puntuación de Rappi.



- Ejercicio del poder disciplinario y sancionador; carácter personal y no sustituible de la obligación de prestar personalmente el servicio. En cualquier momento Rappi puede extinguir la relación jurídica con el Rappitendero, incluso de manera incausada.
- Carácter permanente o continuo de la prestación. Rappi se dedica a prestar el servicio de reparto, actividad que desarrolla el Rappitendero de manera permanente y continua.
- La calidad del trabajo del Rappitendero es controlada a través del sistema de calificación de Rappi, donde el Consumidor evalúa al repartidor. Esta información la usa Rappi para evaluar el porcentaje de calificación del repartidor en función al cual se le asignas mejores solicitudes o incluso puede ser inhabilitado.
- Utilización y ropa de trabajo proporcionado por la empresa: El Rappitendero proyecta la imagen corporativa, la marca, de Rappi con el uniforme de trabajo proporcionado por Rappi de manera gratuita u onerosa, si bien de acuerdo al Contrato el uso es facultativo, la utilización de las cajas adheridas a sus vehículos donde llevan los recados si es obligatorio y proyecta en esta la marca.

- Ausencia de asalariados: Rappi según lo señalado por su CEO cuenta con diez mil repartidores como veremos en el siguiente párrafo, no obstante, según la información de la SUNAT antes referida sólo tiene en promedio 100 trabajadores en planilla.
- Fijación de precios, rutas, provisión de cartera de clientes
- Relación con terceros (ajenidad del mercado): Los usuarios son de Rappi no del Rappitendero.

Si a lo anterior le sumamos hechos notorios y de pública conocimiento como es la entrevista del CEO y cofundador de Rappi en el Diario el Comercio el 26 de abril de 2020¹³ en el marco de la pandemia del Covid 19 manifestó que proveerán de mascarillas y gel a los diez mil Rappitenderos con los que cuentan en Perú, así como centros de desinfección de mochilas y motocicletas, además de un estricto protocolo de seguridad para su cuidado donde se establecen pautas para salvaguardar la seguridad de ellos, y la de los clientes, que contrariamente a lo establecido en el Contrato donde los repartidores son responsables de su seguridad y salud en la ejecución de sus labores vemos una intervención clara de Rappi sobre el particular, lo cual evidencia una de las obligaciones de todo empleador, que no es otra que la de prevenir y mitigar cualquier riesgo hasta su mínima expresión a la que pudiera estar expuesto un trabajador de acuerdo a la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo y su reglamento. Además de ello otorgarán una suma de dinero a los repartidores que sean diagnosticados con Covid 19.

En esa línea, el 28 de abril de 2020 en la entrevista realizada por Joaquín Rey en el programa “La Voz del 21” del diario Perú21¹⁴, el Gerente General José Ignacio Bernal de Rappi en Perú, señaló que cuentan con 3500 restaurantes afiliados a la plataforma a quienes les brindan el servicio de reparto, así como 2 millones de usuarios que se conectan a la plataforma. Lo cual abona a la conclusión de que es Rappi quien organiza el servicio de reparto.

En conclusión, de someterse a los tribunales peruanos la controversia de determinar si nos encontramos frente a una relación de trabajo entre Rappi y los Rappitenderos la probabilidad de que se declare la existencia de una relación laboral como consecuencia de la primacía de la realidad, tan sólo analizando el contrato, es alta. Ello implicaría asignar todo el bloque de derechos laborales que prevé la legislación laboral que regula las relaciones laborales en el sector privado. Esta regulación no

¹³ <https://elcomercio.pe/economia/dia-1/coronavirus-rappi-seguiremos-insistiendo-en-que-somos-una-operacion-segura-para-el-delivery-en-peru-podemos-demostrarlo-rappi-delivery-produce-noticia/>

¹⁴ <https://www.facebook.com/peru21/videos/1669162483235967/?vh=e&d=n>

resulta compatible con el modelo organizativo de las plataformas de trabajo y no contribuye a la seguridad jurídica. No tengo duda que la probabilidad de dicho resultado será el mismo, de realizarse una inspección laboral, por parte de la Superintendencia Nacional de Fiscalización Laboral seguirá la misma suerte.

A mayor abundamiento, la Nueva Ley Procesal de Trabajo, ley N° 29497 establece en su artículo IV título preliminar y décima disposición complementaria que “Los jueces laborales, bajo responsabilidad, imparten justicia con arreglo a la Constitución Política del Perú, los tratados internacionales de derechos humanos y la ley. Interpretan y aplican toda norma jurídica, incluyendo los convenios colectivos, según los principios y preceptos constitucionales, así como los precedentes vinculantes del Tribunal Constitucional y de la Corte Suprema de Justicia de la República”, así como la Décima Disposición Complementaria establece que “Conforme a lo establecido en la cuarta disposición final y transitoria de la Constitución Política del Perú, los derechos laborales, individuales o colectivos se interpretan de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y con los tratados y acuerdos internacionales sobre la materia ratificados por el Perú, sin perjuicio de consultar los pronunciamientos de los órganos de control de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y los criterios o decisiones adoptados por los tribunales internacionales constituidos según tratados de los que el Perú es parte”.

En tal sentido, considerando que existe una obligación de los jueces laborales imparten justicia con arreglo a los convenios y acuerdos internacionales de la OIT, así como tener en cuenta los pronunciamientos de los órganos de control de la OIT, es que si bien es cierto la recomendación 198 no ha sido ratificada por Perú, resulta una herramienta de interpretación, y si se debe tener en cuenta para resolver los casos relativos a la naturaleza jurídica de los sujetos que participan en la prestación de servicios de las plataformas digitales de trabajo a dicha recomendación a partir de que ha sido abordada por el Comité de Expertos en Convenios de Convenios y Recomendaciones de la OIT, además de que es un instrumento internacional cuyo origen se da del acuerdo tripartido de los estados parte y de los representantes de los empleadores y trabajadores.

En efecto, el Comité de Expertos en Convenios de Convenios y Recomendaciones en su informe en el marco de la Conferencia Internacional del Trabajo 109 en 2020¹⁵ señaló como conclusiones respecto a la aplicación de la Recomendación 198 que “los tribunales y otras formas de autoridad judicial desempeñan un papel decisivo en la determinación de la existencia de una relación de trabajo, en función de las circunstancias de cada caso. La ley siempre deja espacio para la interpretación y la aclaración” además que la determinación de la relación laboral no se debe limitar a los indicios que establece dicha recomendación “342. La Comisión considera que,

¹⁵ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf

aunque existen ciertas consideraciones que sugieren la necesidad de revisar la relación de trabajo para reconocer la evolución del mundo del trabajo y no se limite a los factores e indicios mencionados anteriormente, la Comisión observa que el examen de las últimas sentencias judiciales sobre el trabajo en plataformas y la situación de sus trabajadores muestra que los tribunales siguen basando sus decisiones en condiciones e indicadores” clásicos.

Así la recomendación 198 de la OIT establece:

“Los Miembros deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo. Entre esos indicios podrían figurar los siguientes:

(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador (...)”

Como se podrá verificar la referida recomendación complementa los indicios antes enunciados para determinar una relación laboral, entre ellos se encuentra la integración del trabajador a la organización, además de que el trabajo es realizado única o principalmente en beneficio de otra persona, ello denota que las ganancias que originen el trabajo humano generen ingresos a otro, como en el presente caso. El repartidor al realizar el servicio genera un beneficio para Rappi. Determinar si es únicamente o principalmente dependerá si sólo presta servicios a dicha plataforma u otra, siendo que en el último supuesto deberá ser principalmente, de lo que se desprende en un porcentaje mayor a un 50% o más del beneficio. Estas características podrían presentarse de manera copulativa o individual para la configuración del contrato de trabajo.

Lo anterior refuerza la conclusión de laboralidad a la que se arribó sobre la base de la obligación legal de los jueces ordinarios laborales de tener en consideración la normativa internacional del trabajo al momento de resolver las controversias sometidas a su jurisdicción. Parece que la subordinación va dejando de lado su exclusividad para determinar la relación laboral excluyendo a otros indicadores para la configuración de esta relación, dando apertura a otros indicios como el beneficio del trabajo en favor de otra persona.

Cabe resaltar que lo recogido en la recomendación evidencia que la configuración de la relación laboral no sólo depende de la subordinación clásica, sino también del indicio de laboralidad antes anotado en caso se presente en un determinado proceso.

Claramente al ser un instrumento jurídico internacional cuyo origen es tripartito, y busca desentrañar la verdadera naturaleza jurídica laboral de una relación encubierta para dotar al trabajador de seguridad y protección.

La irremediable respuesta a esta posible situación es la intervención del estado para regular un régimen especial laboral que recoja las peculiaridades de la organización del trabajo sobre la base de las plataformas digitales marcadas por una alta dosis de flexibilidad que proteja al trabajador y a la vez permita el desarrollo de estos modelos organizativos de producción, otorgando seguridad jurídica a las partes contratantes.

4.5 Informalidad laboral en Perú

Según la Recomendación 204 de la OIT sobre la transición de la economía informal a la economía formal la «economía informal»: “hace referencia a todas las actividades económicas desarrolladas por los trabajadores y las unidades económicas que — en la legislación o en la práctica — están insuficientemente cubiertas por sistemas formales o no lo están en absoluto” entendiéndose por unidades económicas a aquellas “unidades que emplean mano de obra”, “las unidades que pertenecen a personas que trabajan por cuenta propia, ya sea en solitario o con la ayuda de trabajadores familiares auxiliares no remunerados” y “las cooperativas y las unidades de la economía social y solidaria”.

Asimismo, se precisa:

“Reconociendo que la alta incidencia de la economía informal, en todos sus aspectos, representa un importante obstáculo para los derechos de los trabajadores, con inclusión de los principios y derechos fundamentales en el trabajo, así como para la protección social, las condiciones de trabajo decente, el desarrollo inclusivo y el Estado de derecho, y tiene consecuencias negativas para el desarrollo de empresas sostenibles, los ingresos públicos y el ámbito de actuación de los gobiernos, en particular por lo que se refiere a las políticas económicas, sociales y ambientales, así como para la solidez de las instituciones y la competencia leal en los mercados nacionales e internacionales”.

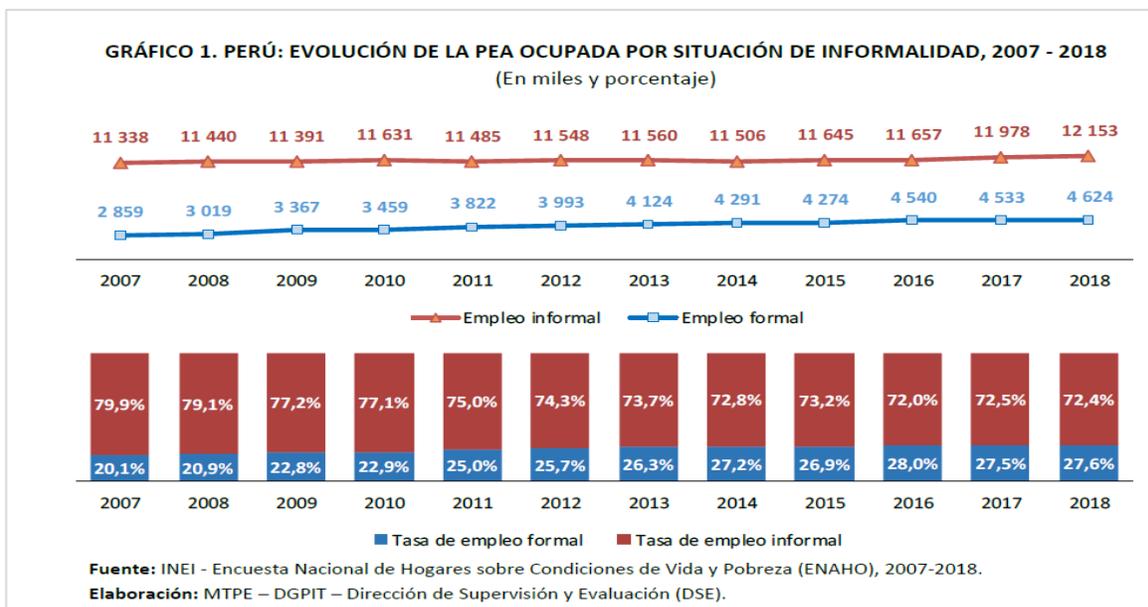
La informalidad laboral en el país no debe ser soslayada, por ello es crucial forme parte de la ecuación para que el estado regule derechos laborales aplicables a un determinado sector y grupo de trabajadores. Se entenderá como informalidad laboral a aquellos trabajadores que no cuentan con derechos mínimos laborales fundamentales en la relación jurídica que mantienen con la persona a quien prestan

servicios, tal como remuneración mínima, jornada laboral máxima, libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo, cobertura de salud, así como seguridad social. Las que se pueden presentar de manera conjunta o no. De soto (1989) señala que el sector informal implica encontrarse fuera del ordenamiento jurídico y cargas tributarias, así como no tener cobertura de los servicios sociales que el estado ofrece. El Instituto de Estadística e Informática define como parte de la informalidad laboral a aquellos trabajadores que laboran sin beneficios sociales o que laboran en unidades de producción no registradas.

Según Vanessa Belapatiño, Francisco Gripa y Hugo Perea (2017) “La informalidad laboral afecta negativamente el crecimiento económico, la productividad de los trabajadores y el bienestar social (dificulta el acceso al crédito y, al reducir la recaudación tributaria, induce una menor cobertura y calidad en la provisión de bienes y servicios públicos)”.

Loayza (2007) sostiene que la informalidad laboral “No tiene una causa única, sino que es producto de la combinación de servicios públicos deficientes, de un régimen normativo opresivo y de la débil capacidad de supervisión y ejecución del estado. Dicha combinación resulta especialmente explosiva cuando el país se caracteriza por tener bajos niveles educativos, fuertes presiones demográficas y estructuras productivas primarias”.

Así tenemos que de acuerdo a la Encuesta Nacional de Hogares realizada por el Instituto de Estadística e Informática –INEI– en el 2018, la población económica activa (PEA) ocupada la conforman 16 777 000 (dieciseis millones setecientos setenta y siete mil) personas, de las cuales 12 153 000 (doce millones ciento cincuenta y tres mil) forman parte del empleo informal y 4 624 000 (cuatro millones seiscientos veinticuatro mil) del empleo formal. El empleo informal representa el 72.4% de la PEA ocupada.



El Reporte Anual del Ranking de Competitividad Global de World Economic Forum de 2019, sitúa a Perú en la posición 65 de 141 países. Este ranking mide 12 pilares, entre ellos el octavo pilar mercado laboral, donde Perú se sitúa en la posición 77. En la posición 134 respecto a contratación y despido y en el 120 respecto a políticas laborales sobre el mercado laboral.

Asimismo, según el Anuario Estadístico Anual del Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo de 2018, similar a la de 2019, el empleo formal en dicho año se encontró compuesto en promedio mensual por 3 490 000 (tres millones cuatrocientos noventa mil trabajadores) que pertenecen al régimen laboral del sector privado y representa el 62% de este universo, mientras que el régimen laboral del sector público está compuesto en promedio mensual por 1 320 000 (un millón trescientos veinte mil trabajadores) y representa el 38% del empleo formal.

CUADRO N° 74

PERÚ

TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN RÉGIMEN LABORAL
2018

RÉGIMEN LABORAL	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
PRIVADO GENERAL - DECRETO LEGISLATIVO N° 728	2 468 817	2 468 525	2 543 593	2 576 256	2 588 575	2 583 358	2 588 527	2 584 097	2 590 499	2 582 083	2 553 948	2 584 234
MICROEMPRESA D. LEG. N° 1088	251 945	254 753	266 885	271 698	275 828	272 300	283 049	286 833	289 421	293 582	293 389	289 276
PEQUEÑA EMPRESA D. LEG. N° 1088	90 145	90 769	95 573	98 845	98 625	98 987	101 071	103 208	103 137	102 587	102 605	102 938
AGRARIO LEY N° 27360	354 288	298 414	283 870	271 054	273 631	270 155	313 942	358 644	388 584	384 305	377 621	398 716
MINEROS	36 406	36 345	36 941	37 082	36 981	36 635	37 488	37 479	37 130	36 726	34 289	36 683
CONSTRUCCIÓN CIVIL	98 922	99 655	100 758	103 577	109 057	103 601	112 611	112 561	112 020	108 261	106 856	108 306
OTROS NO PREVISTOS	32 585	31 951	32 767	33 611	34 798	33 173	34 622	34 773	34 683	36 308	36 487	36 651
NO DETERMINADO	67 752	57 336	52 155	48 348	44 917	42 574	39 507	38 005	35 064	35 168	33 610	32 319
TOTAL	3 400 840	3 337 648	3 412 542	3 438 459	3 460 412	3 419 083	3 510 907	3 555 400	3 589 438	3 589 000	3 538 805	3 597 123

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCION DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018

TRABAJADORES DEL SECTOR PÚBLICO POR MESES, SEGÚN RÉGIMEN LABORAL
2018

RÉGIMEN LABORAL	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
PRIVADO GENERAL - DECRETO LEGISLATIVO N° 728	147 973	150 160	152 464	156 334	157 758	155 533	161 256	162 018	161 219	163 373	168 874	165 590
PÚBLICO GENERAL - DECRETO LEGISLATIVO N° 276	239 820	246 562	246 783	252 751	250 247	251 081	250 959	246 346	251 191	253 220	248 602	244 389
PROFESORADO - LEY N° 24029	113 842	121 453	104 836	114 444	110 573	113 227	95 303	80 692	82 554	84 300	82 002	79 610
MAGISTERIO - LEY N° 29062	94 315	98 966	84 170	90 183	87 053	88 690	76 335	68 610	68 891	70 222	69 283	64 562
DOCENTES UNIVERSITARIOS - LEY N° 23733	16 870	15 445	15 066	16 223	17 849	18 074	20 507	19 672	16 634	19 938	20 685	18 838
PROFESIONALES DE LA SALUD LEY N° 23836	12 117	12 148	12 241	12 309	10 745	10 810	10 188	10 482	11 153	11 302	10 970	10 881
TÉCNICOS Y AUXILIARES ASIST. DE LA SALUD - LEY N° 28561	6 994	6 923	7 009	6 794	6 703	6 846	6 991	6 620	6 984	6 984	7 036	7 091
SERUM - LEY N° 23330	6 372	6 360	6 362	6 361	8 339	5 347	7 604	8 038	8 042	8 282	8 096	8 099
JUECES - CARRERA JUDICIAL - LEY N° 29277	16	16	55	55	54	51	54	53	53	53	53	217
FISCALES - D. LEG. N° 052	1	1	1	-	-	-	1	-	1	2	2	1
SERVICIO DIPLOMÁTICO DE LA REPÚBLICA - LEY N° 28091	495	493	493	525	593	594	646	685	685	682	683	683
MILITARES	50 349	50 112	50 071	50 172	50 130	50 070	50 028	49 989	49 884	49 841	49 794	49 776
POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - LEY N° 27238	125 486	125 248	125 024	124 780	124 506	124 183	124 125	123 930	123 629	123 331	123 178	122 881
ESPECIAL GER. PÚBLICOS DECRETO LEGISLATIVO N° 1024	198	193	186	187	187	185	187	177	172	170	174	174
CONTRATO ADMINISTRATIVO DE SERVICIOS - D. LEG. N° 1057	252 907	253 943	258 522	263 261	268 257	267 709	278 918	276 709	276 981	283 259	280 845	274 238
AGRARIO LEY 27360	470	442	299	194	244	166	108	127	127	87	276	309
MINEROS	6	5	5	8	6	6	6	6	7	9	7	5
CONSTRUCCIÓN CIVIL	7 562	9 493	10 378	10 862	11 218	10 182	12 730	13 257	12 976	13 832	15 922	15 569
PÚBLICO GENERAL SERVICIO CIVIL - LEY 30057	112	108	114	154	129	123	136	139	161	171	169	195
MAGISTERIO - LEY 29944	26 516	28 877	38 116	47 545	51 541	50 946	110 183	136 182	149 815	151 490	153 031	144 678
POLICÍA NACIONAL DEL PERÚ - D. LEG. 1149	1	1	2	2	2	1	2	1	1	2	2	2
SERVIDORES PENITENCIARIOS - LEY 29709	-	1	1	1	1	1	2	1	4	1	2	4
OTROS NO PREVISTOS	78 464	83 595	75 950	76 351	80 545	76 678	63 439	59 987	59 993	58 549	58 647	58 596
NO DETERMINADO (N.D.)	116 751	114 901	110 152	104 890	103 372	103 589	95 580	89 361	91 503	91 228	88 453	87 463
TOTAL	1 297 467	1 323 476	1 298 300	1 334 386	1 340 052	1 334 392	1 365 468	1 352 982	1 372 640	1 390 328	1 386 786	1 353 871

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y La PLAME 2018

El 33% de los 3 490 000 (tres millones cuatrocientos noventa mil) de trabajadores del sector privado cuentan con un contrato a plazo indefinido o indeterminado y el 67% que con un contrato a plazo fijo o determinado.

PERÚ

TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN TIPO DE CONTRATO O CONDICIÓN LABORAL

2018

TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO / CONDICIÓN LABORAL	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DECIEMBRE
A PLAZO INDETERMINADO - D.LEG. N° 728	1 179 891	1 171 418	1 179 383	1 183 559	1 179 878	1 188 827	1 180 476	1 175 213	1 178 899	1 181 540	1 155 803	1 183 379
A TIEMPO PARCIAL	112 078	110 735	129 896	146 631	150 555	148 894	149 032	139 187	150 278	152 208	153 562	153 854
POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	578 480	582 296	597 346	601 066	607 466	602 859	618 800	622 061	620 818	621 482	615 043	627 120
POR NECESIDADES DEL MERCADO	478 292	480 574	495 992	500 448	502 635	499 026	507 068	508 854	508 233	508 280	504 294	506 893
POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	4 771	4 808	4 799	4 911	4 911	4 834	4 808	4 808	4 730	4 632	4 556	4 503
OCASIONAL	5 579	5 068	5 110	5 262	5 231	4 981	5 539	5 281	5 504	5 637	5 731	5 374
DE SUPLENCIA	6 921	7 102	7 368	7 337	7 676	7 478	7 673	7 873	7 843	7 905	7 841	7 885
DE EMERGENCIA	712	695	726	692	640	627	662	676	648	636	609	618
PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	528 607	533 887	591 370	566 875	580 296	571 836	591 330	600 120	601 087	597 707	581 888	595 549
INTERMITENTE	233 675	199 223	193 328	198 834	192 981	191 165	220 899	250 862	267 938	269 062	282 256	280 016
DE TEMPORADA	51 024	43 584	42 901	43 339	45 015	42 722	47 598	51 881	52 638	54 870	63 947	67 313
DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL D.LEY 22342	87 325	76 402	76 491	76 172	71 368	68 380	72 047	82 618	85 403	82 490	84 666	85 074
DE EXTRANJERO - D.LEG. N° 689	4 324	4 466	4 678	4 907	5 178	5 451	6 174	6 771	7 131	7 346	7 633	8 024
A DOMICILIO	43	42	42	42	44	41	39	43	40	51	45	37
FUTBOLISTAS PROFESIONALES	252	336	463	517	525	515	514	523	540	545	480	200
MIGRANTE ANDINO DECISIÓN 545	772	758	776	786	783	808	818	811	824	828	754	806
OTROS NO PREVISTOS	59 619	58 214	59 493	60 924	60 727	58 619	60 065	60 028	60 896	58 164	56 029	57 557
NO DETERMINADO	68 505	57 950	52 392	48 157	44 505	42 330	39 385	37 990	36 210	35 387	33 958	32 923
TOTAL	3 400 840	3 337 648	3 412 542	3 438 459	3 460 412	3 419 083	3 510 907	3 555 400	3 589 438	3 589 000	3 538 805	3 587 123

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018

PROMEDIO DE TRABAJADORES DEL SECTOR PRIVADO POR RANGO DE EDAD, SEGÚN TIPO DE CONTRATO O CONDICIÓN LABORAL

2018

TIPO DE CONTRATO DE TRABAJO / CONDICIÓN LABORAL	RANGO DE EDAD								TOTAL PROMEDIO MENSUAL
	Menor o igual a 13	14 - 18	19 - 25	26 - 34	35 - 49	50 - 64	65 a más	No Determinado	
A PLAZO INDETERMINADO - D.LEG. N° 728	3	3 281	97 503	253 079	165 465	283 110	49 492	342 898	1 174 831
A TIEMPO PARCIAL	1	3 075	35 551	28 090	14 784	21 398	4 540	33 978	141 394
POR INICIO O INCREMENTO DE ACTIVIDAD	1	3 639	123 468	210 627	81 948	48 291	5 720	134 025	607 717
POR NECESIDADES DEL MERCADO	-	2 966	92 794	169 377	69 085	44 938	5 549	115 323	500 032
POR RECONVERSIÓN EMPRESARIAL	-	26	718	1 671	743	461	50	1 087	4 756
OCASIONAL	-	26	827	1 570	649	761	156	1 388	5 375
DE SUPLENCIA	-	23	1 373	3 063	1 067	396	37	1 586	7 575
DE EMERGENCIA	-	4	100	221	107	65	17	149	662
PARA OBRA DETERMINADA O SERVICIO ESPECÍFICO	7	2 684	86 891	185 403	89 389	57 955	5 482	148 087	575 878
INTERMITENTE	0	4 853	52 233	59 644	28 215	25 143	2 164	56 771	229 022
DE TEMPORADA	-	911	11 330	13 792	6 425	5 097	513	12 493	50 561
DE EXPORTACIÓN NO TRADICIONAL D.LEY N° 22342	-	1 447	17 683	21 738	10 779	7 623	373	19 403	79 044
DE EXTRANJERO - D.LEG. N° 689	-	-	8	14	5	8	6	5 967	6 007
A DOMICILIO	-	-	4	10	6	7	4	11	42
FUTBOLISTAS PROFESIONALES	-	28	210	110	19	5	-	78	448
MIGRANTE ANDINO DECISIÓN 545	-	-	2	4	1	-	-	787	794
OTROS NO PREVISTOS	-	221	5 857	15 643	9 055	9 958	1 615	16 845	59 195
NO DETERMINADO	-	430	9 580	12 477	5 540	5 513	955	10 657	44 139
TOTAL	13	23 613	535 111	976 528	483 290	490 725	76 651	901 540	3 487 471

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018
NOTA : DIFERENCIAS EN TOTALES POR REDONDEO DE CIFRAS

En relación al grado de instrucción de los 3 490 000 trabajadores del sector privado, se verifica que en promedio 1 600 000 cuentan con secundaria completa y tienen como ingreso mensual promedio S/. 1 600 soles, lo que representa el 46% de ellos.

**TRABAJADORES EN EL SECTOR PRIVADO POR MESES, SEGÚN NIVEL EDUCATIVO
2018**

NIVEL EDUCATIVO	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
SIN EDUCACIÓN FORMAL	30 145	25 153	25 591	24 977	24 815	24 645	25 555	26 899	26 556	26 395	27 055	26 341
EDUCACIÓN ESPECIAL INCOMPLETA	1 982	1 915	1 957	1 988	1 934	1 916	1 988	1 994	1 991	1 991	1 975	1 982
EDUCACIÓN ESPECIAL COMPLETA	4 250	4 145	4 810	4 783	4 920	4 932	5 087	5 204	5 102	5 125	5 107	5 108
EDUCACIÓN PRIMARIA INCOMPLETA	18 675	15 457	15 315	15 131	15 304	15 552	17 247	18 722	19 417	20 059	18 938	18 022
EDUCACIÓN PRIMARIA COMPLETA	60 900	56 168	54 055	51 993	52 481	53 321	59 882	60 446	59 880	60 088	54 640	61 074
EDUCACIÓN SECUNDARIA INCOMPLETA	75 720	71 355	68 881	69 839	70 702	70 685	76 251	79 069	77 901	78 621	79 853	82 881
EDUCACIÓN SECUNDARIA COMPLETA	1 583 543	1 538 621	1 546 485	1 546 251	1 558 591	1 527 599	1 586 900	1 627 963	1 650 363	1 646 813	1 626 290	1 663 821
EDUCACIÓN TÉCNICA INCOMPLETA	134 022	133 588	134 908	135 112	135 818	134 614	137 399	137 208	136 656	137 015	135 380	137 882
EDUCACIÓN TÉCNICA COMPLETA	478 163	477 376	492 216	497 044	501 321	497 730	507 341	511 286	510 402	511 143	501 777	506 853
EDUCACIÓN SUPERIOR (INSTITUTO SUPERIOR, ETC) INCOMPLETA	98 311	98 591	103 548	104 432	104 609	103 674	105 235	105 708	105 108	104 838	102 189	103 147
EDUCACIÓN SUPERIOR (INSTITUTO SUPERIOR, ETC) COMPLETA	138 450	139 849	147 875	148 950	149 872	148 877	150 270	151 085	152 557	152 720	150 419	149 838
EDUCACIÓN UNIVERSITARIA INCOMPLETA	188 084	190 195	199 497	199 785	199 803	197 688	199 881	198 652	198 487	198 314	195 026	199 049
EDUCACIÓN UNIVERSITARIA COMPLETA	223 335	225 465	239 432	245 857	248 333	248 484	252 561	254 056	256 230	257 161	253 877	256 434
GRADO DE BACHILLER	90 315	91 325	95 177	96 882	97 804	98 047	99 065	99 482	100 802	100 873	99 585	101 133
TITULADO	170 371	171 143	185 208	194 556	196 783	196 519	195 910	192 123	198 400	199 482	199 131	198 635
ESTUDIOS DE MAESTRÍA INCOMPLETA	4 086	4 187	4 382	4 514	4 463	4 472	4 397	4 359	4 410	4 387	4 326	4 280
ESTUDIOS DE MAESTRÍA COMPLETA	10 999	11 098	11 744	12 222	12 250	12 239	12 087	11 865	12 250	12 209	12 037	12 084
GRADO DE MAESTRÍA	19 588	18 580	22 423	27 001	27 994	27 891	26 891	24 128	28 900	28 476	29 251	28 208
ESTUDIOS DE DOCTORADO INCOMPLETO	292	282	308	334	340	340	331	311	328	329	332	336
ESTUDIOS DE DOCTORADO COMPLETO	1 270	1 290	1 394	1 509	1 505	1 500	1 495	1 433	1 518	1 508	1 513	1 489
GRADO DE DOCTOR	3 197	2 972	3 749	4 722	4 811	4 790	4 559	4 053	4 916	4 885	5 025	4 799
NO DETERMINADO	69 284	59 605	53 685	46 617	46 323	43 930	41 012	39 384	37 428	36 560	34 968	33 750
TOTAL	3 400 840	3 337 648	3 412 542	3 438 459	3 460 412	3 419 083	3 510 907	3 555 400	3 589 438	3 589 000	3 538 805	3 597 123

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018

CUADRO N° 88

PERÚ

**PROMEDIO DE REMUNERACIÓN (SOLES S./.) DE TRABAJADORES EN EL SECTOR PRIVADO
POR MESES, SEGÚN NIVEL EDUCATIVO
2018**

NIVEL EDUCATIVO	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
SIN EDUCACIÓN FORMAL	1 897	1 979	2 123	2 023	2 111	1 982	1 921	1 943	1 923	1 941	1 976	2 055
EDUCACIÓN ESPECIAL INCOMPLETA	1 915	1 907	1 856	1 863	1 898	1 897	1 899	1 920	1 901	1 916	1 895	2 114
EDUCACIÓN ESPECIAL COMPLETA	1 882	1 851	1 853	1 946	2 001	2 005	2 012	1 951	1 926	2 008	1 967	2 026
EDUCACIÓN PRIMARIA INCOMPLETA	1 310	1 288	1 343	1 384	1 454	1 378	1 397	1 371	1 342	1 356	1 371	1 410
EDUCACIÓN PRIMARIA COMPLETA	1 321	1 299	1 351	1 420	1 505	1 406	1 385	1 381	1 397	1 409	1 435	1 458
EDUCACIÓN SECUNDARIA INCOMPLETA	1 496	1 446	1 469	1 570	1 659	1 557	1 544	1 546	1 531	1 545	1 562	1 612
EDUCACIÓN SECUNDARIA COMPLETA	1 581	1 525	1 559	1 646	1 720	1 637	1 635	1 640	1 623	1 640	1 652	1 691
EDUCACIÓN TÉCNICA INCOMPLETA	1 578	1 533	1 564	1 607	1 627	1 609	1 612	1 634	1 613	1 633	1 624	1 637
EDUCACIÓN TÉCNICA COMPLETA	2 069	2 015	2 127	2 098	2 114	2 081	2 087	2 098	2 092	2 097	2 115	2 141
EDUCACIÓN SUPERIOR (INSTITUTO SUPERIOR, ETC) INCOMPLETA	1 826	1 795	1 823	1 854	1 890	1 858	1 883	1 908	1 929	1 947	1 960	1 897
EDUCACIÓN SUPERIOR (INSTITUTO SUPERIOR, ETC) COMPLETA	2 812	2 890	2 724	2 712	2 731	2 684	2 710	2 708	2 699	2 711	2 719	2 808
EDUCACIÓN UNIVERSITARIA INCOMPLETA	2 371	2 325	2 438	2 355	2 385	2 369	2 383	2 372	2 372	2 378	2 387	2 408
EDUCACIÓN UNIVERSITARIA COMPLETA	4 334	4 287	4 539	4 193	4 148	4 101	4 082	4 124	4 108	4 095	4 101	4 265
GRADO DE BACHILLER	4 546	4 474	4 856	4 434	4 398	4 332	4 310	4 333	4 296	4 307	4 303	4 443
TITULADO	5 193	5 094	5 433	4 871	4 733	4 695	4 787	4 848	4 728	4 739	4 683	4 924
ESTUDIOS DE MAESTRÍA INCOMPLETA	6 383	5 908	7 109	5 821	5 842	5 710	5 847	5 820	5 740	5 780	5 805	6 232
ESTUDIOS DE MAESTRÍA COMPLETA	9 847	9 310	11 652	9 982	9 795	8 451	8 863	8 749	8 560	8 645	8 528	9 333
GRADO DE MAESTRÍA	10 629	11 029	13 064	8 483	8 291	7 827	8 175	8 216	7 728	7 671	7 549	8 843
ESTUDIOS DE DOCTORADO INCOMPLETO	5 595	5 674	7 929	5 152	5 310	5 296	5 338	5 489	5 586	5 294	5 399	5 598
ESTUDIOS DE DOCTORADO COMPLETO	6 655	7 032	6 508	7 531	6 371	6 215	6 910	6 584	6 316	6 656	6 787	7 177
GRADO DE DOCTOR	8 906	9 365	8 654	6 857	6 933	6 781	7 037	7 888	6 638	6 740	6 650	6 868
NO DETERMINADO	1 835	1 854	2 058	2 152	2 088	2 074	2 108	2 148	2 134	2 147	2 187	2 238
TOTAL	2 311	2 288	2 447	2 373	2 402	2 343	2 335	2 341	2 330	2 340	2 353	2 406

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018

Finalmente, tenemos en promedio a 727 000 los locadores de servicios o autónomos que no tienen una relación laboral y por tanto derechos que el ordenamiento laboral establece para ello, dispersos entre el sector privado (590 000) y sector público (137 000). Tributan en caso sus ingresos anuales sean superiores a las 7 UIT, y mensualmente pagan impuestos ascendentes al 8% de sus ingresos, suma que es retenida por la persona natural o jurídica a quien prestan servicios.

**PRESTADORES DE SERVICIO DE 4ta. CATEGORÍA-LOCADORES EN EL SECTOR PRIVADO
POR MESES, SEGÚN REGIONES
2018**

REGIONES	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
AMAZONAS	974	1 110	1 062	1 194	1 245	1 129	1 377	1 280	1 198	1 655	1 518	2 120
ÁNCASH	3 753	4 046	4 199	4 612	4 753	4 793	4 844	4 928	5 015	5 239	4 814	5 973
APURÍMAC	1 011	1 150	1 106	1 657	1 369	1 301	1 720	1 604	1 470	1 606	1 768	2 154
AREQUIPA	22 675	23 788	25 046	26 713	27 421	27 215	28 424	28 295	27 548	30 016	29 099	35 798
AYACUCHO	1 471	1 690	1 771	1 887	1 982	1 924	2 018	1 943	2 013	2 019	1 954	2 565
CAJAMARCA	3 442	4 040	4 314	4 623	4 631	4 599	4 889	4 969	4 907	5 267	5 026	6 621
CALLAO	15 818	16 477	16 795	18 304	18 409	17 534	18 420	18 319	18 122	19 340	18 574	21 295
CUSCO	11 520	10 906	12 945	14 949	15 710	15 328	15 694	15 236	14 633	15 662	15 539	18 782
HUANCAVELICA	319	361	454	391	452	467	466	387	407	441	490	748
HUÁNUCO	2 776	3 028	3 289	3 765	3 761	3 422	4 016	3 703	3 810	4 206	4 262	5 521
ICA	7 102	7 391	7 863	8 978	8 775	8 707	9 420	9 126	9 011	9 570	9 354	11 012
JUNÍN	8 558	8 832	9 705	10 436	10 675	10 426	11 017	10 951	10 728	10 973	11 287	13 803
LA LIBERTAD	12 823	13 211	13 941	14 207	14 565	13 997	15 278	14 834	14 634	15 203	15 056	17 486
LAMBAYEQUE	9 184	9 532	10 360	11 561	11 697	11 127	11 337	10 735	11 115	11 727	11 056	13 210
LIMA	355 531	369 389	390 532	405 289	412 350	401 160	417 951	412 321	408 191	437 395	420 425	477 669
LORETO	6 350	6 742	6 968	7 444	7 948	7 355	7 606	7 565	7 211	7 932	7 792	8 540
MADRE DE DIOS	1 399	1 493	1 670	1 739	1 778	1 805	1 926	1 864	1 810	1 987	1 903	2 045
MOQUEGUA	1 310	1 599	1 455	1 668	1 734	1 593	1 829	1 611	1 717	1 846	1 845	2 546
PASCO	1 293	2 066	2 016	1 919	1 777	1 989	1 841	1 477	1 603	1 650	1 481	2 051
PIURA	12 942	13 727	14 960	16 154	16 390	15 624	16 632	16 523	16 136	17 278	16 670	19 798
PUNO	3 515	3 504	4 117	4 529	4 645	4 853	4 969	5 181	4 891	5 447	5 055	6 311
SAN MARTÍN	5 263	5 796	5 648	6 116	6 307	6 079	6 458	6 162	6 077	6 767	7 041	9 165
TACNA	4 466	4 717	4 626	4 839	4 656	4 918	5 131	4 715	4 919	5 033	4 670	6 042
TUMBES	1 226	1 390	1 382	1 409	1 480	1 215	1 417	1 280	1 267	1 348	1 233	1 791
UCAYALI	4 572	4 637	5 163	5 373	5 576	5 072	5 463	5 239	5 271	5 713	5 622	7 078
TOTAL	499 293	520 620	551 397	579 756	590 586	573 632	600 143	590 228	581 734	625 320	604 114	700 992

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018 / Ubigeo de la Empresa Privada

**PRESTADORES DE SERVICIO DE 4ta. CATEGORÍA-LOCADORES EN EL SECTOR PÚBLICO
POR MESES, SEGÚN REGIONES
2018**

REGIONES	MESES											
	ENERO	FEBRERO	MARZO	ABRIL	MAYO	JUNIO	JULIO	AGOSTO	SEPTIEMBRE	OCTUBRE	NOVIEMBRE	DICIEMBRE
AMAZONAS	519	644	875	808	946	804	930	918	890	949	818	1 120
ÁNCASH	975	1 358	1 340	1 765	1 956	1 972	2 190	1 957	2 074	2 357	2 403	2 100
APURÍMAC	791	312	658	691	1 012	990	1 102	1 088	984	1 003	1 075	1 547
AREQUIPA	2 635	3 305	4 763	4 907	5 045	4 840	4 999	4 918	4 829	5 469	5 339	6 399
AYACUCHO	603	637	751	1 152	1 143	1 177	1 228	1 306	1 032	1 392	1 395	1 727
CAJAMARCA	1 414	1 145	1 940	2 137	2 021	2 067	2 268	2 469	2 418	2 380	2 418	2 544
CALLAO	4 666	8 988	9 366	10 237	10 329	10 299	12 126	10 415	10 241	10 843	9 147	9 726
CUSCO	3 601	3 271	4 456	5 227	4 839	5 699	6 179	5 361	5 186	5 951	5 716	7 559
HUANCAVELICA	1 451	700	1 029	1 227	1 449	1 587	1 338	1 364	1 389	1 600	1 575	2 079
HUÁNUCO	882	868	1 423	1 593	1 664	1 443	1 583	1 726	1 646	1 687	1 587	2 050
ICA	1 296	1 982	2 804	2 471	2 417	2 459	2 725	2 575	2 218	2 608	2 326	2 626
JUNÍN	1 675	1 541	2 493	2 365	2 391	2 533	2 441	2 741	2 278	3 225	2 737	3 242
LA LIBERTAD	1 331	1 687	2 432	2 405	2 748	2 784	3 156	3 113	3 086	3 378	3 191	3 573
LAMBAYEQUE	1 365	1 235	1 628	1 818	2 065	1 569	2 032	2 205	2 006	1 936	1 991	2 539
LIMA	37 678	62 590	67 045	68 767	75 027	72 220	83 364	77 746	74 976	129 659	92 897	136 164
LORETO	695	870	1 520	1 237	1 571	1 354	1 419	1 289	1 240	1 279	1 349	1 462
MADRE DE DIOS	336	621	770	751	742	590	656	625	654	654	613	849
MOQUEGUA	1 354	1 358	2 238	1 990	1 962	1 968	2 043	2 005	1 961	2 321	2 146	3 107
PASCO	697	1 073	1 273	1 396	1 321	1 313	1 364	1 339	1 333	1 426	1 516	1 589
PIURA	3 233	4 203	6 466	7 078	7 446	6 938	7 398	7 043	6 838	7 660	6 000	6 728
PUNO	1 236	664	1 302	1 632	1 337	1 322	1 516	1 231	1 352	1 684	1 529	1 824
SAN MARTÍN	846	1 319	1 854	1 692	2 128	2 018	2 076	2 211	1 844	2 267	2 124	2 182
TACNA	1 332	1 346	1 968	1 913	1 946	1 689	1 918	1 789	1 756	2 052	2 339	2 380
TUMBES	255	451	569	417	571	547	488	522	459	1 282	510	616
UCAYALI	118	152	181	203	240	176	282	305	241	259	313	456
TOTAL	71 287	92 720	121 334	126 119	134 316	130 198	146 720	138 259	131 793	195 323	153 667	206 541

FUENTE : MINISTERIO DE TRABAJO Y PROMOCIÓN DEL EMPLEO / OGETIC / OFICINA DE ESTADÍSTICA
BASE DE DATOS : PLANILLA ELECTRÓNICA / T-Registro y PLAME 2018 / Ubigeo de la Entidad Pública

A ello debemos sumar la intervención del Tribunal Constitucional y Corte Suprema de la República quienes con sus interpretaciones de la normativa laboral han establecido mayor rigidez en las relaciones laborales. Esto desde establecer la reposición en el empleo ante un despido arbitrario además de obtener indemnizaciones económicas por el tiempo que duró la desvinculación hasta la efectiva reposición.

Como vemos la tasa de informalidad laboral en el país es sumamente alta, una de las razones que sustenten ello es el costo laboral que genera las normas laborales y sociales con la formalización, además de las tributarias. Por ello, es importante tener en cuenta la informalidad laboral del país en la regulación de los derechos de los trabajadores de las plataformas digitales, que tenga por objeto protegerlos y a la vez permitir que las empresas de las plataformas digitales de trabajo se desarrollen.

4.5.1 Informalidad laboral y pandemia del Covid -19

Los indicadores antes mostrados se han agravado drásticamente a partir de la recesión y crisis económica auto inducida por el gobierno como resultado y medida de cuidado de la salud y la vida de los peruanos producto de la pandemia del Covid-19. Para ello basta con mirar las cifras del reporte de setiembre de 2020 del INEI sobre la tasa de desempleo de Lima, donde se encuentra la tercera parte de la población nacional y concentra casi al 70% de la población económicamente activa en edad para trabajar de junio, julio y agosto del presente año versus dichos meses de 2019, donde la PEA varió a la baja en 18%, la población ocupada disminuyó en 26%, así como los desocupados se incrementaron en un 118%

Subempleo

Por su parte, la población ocupada subempleada aumentó en 10,3% (180 mil 700 personas). Los subempleados por insuficiencia de horas (subempleo visible) se incrementó en 24,9% (158 mil 800 personas) y los subempleados por ingresos (subempleo invisible) en 2,0% (21 mil 900 personas).

CUADRO Nº 09

Lima Metropolitana: Población económicamente activa según niveles de empleo

Trimestre móvil: Jun-Jul-Ago 2019 y Jun-Jul-Ago 2020

(Miles de personas, variación absoluta y porcentual)

Niveles de empleo	Jun-Jul-Ago 2019	Jun-Jul-Ago 2020	Variación	
			Absoluta (Miles)	Porcentual (%)
Total Población económicamente activa	5 237,3	4 277,1	- 960,2	- 18,3
I. Ocupados	4 932,1	3 611,3	-1 320,8	- 26,8
. Adecuadamente empleados	3 185,0	1 683,5	-1 501,5	- 47,1
. Subempleados	1 747,1	1 927,8	180,7	10,3
-Subempleo por insuficiencia de horas (visible)	638,5	797,3	158,8	24,9
-Subempleo por ingresos (invisible)	1 108,6	1 130,5	21,9	2,0
II. Desocupados	305,2	665,8	360,6	118,2

Fuente: Instituto Nacional de Estadística e Informática -Encuesta Permanente de Empleo.

A lo largo del 2020 la tasa de desempleo en promedio subió a 13 % versus el 6% de 2019. Ello mostró la problemática estructural del empleo y del mercado de trabajo del país. La informalidad laboral se elevó a los máximos históricos de este

ciclo. Llegamos a 80% de informalidad e incluso algunos economistas señalaron que bordeó el 90%. En este contexto se perdieron más 3 millones de puestos de trabajo.

En cualquier emprendimiento relativo a regulación laboral que se pretende efectuar resulta insoslayable considerar la estructura del mercado de trabajo y el impacto que tendrá en el mismo la regulación que se implemente. Generar empleo de calidad y decente teniendo a la persona que trabaja como eje central de las políticas económicas y sociales. Debe guardar un adecuado equilibrio con el desarrollo de las empresas, que finalmente son las que generan empleo. La calibración de la normativa destinada a abordar y regular el trabajo de las plataformas digitales de trabajo *on demand* u *offline* debe verificar las características de la actividad, esto es la dimensión, alcance, ventajas y desventajas, además del impacto que genera en el mercado, en los consumidores y sobre todo en el empleo como medio de subsistencia.

En conclusión, es palmario que las plataformas digitales de trabajo generan empleo, ingresos a los que desarrollan sus actividades en este entorno. Hablamos de en promedio 15 mil repartidores que generan ingresos según información divulgada por sus representantes en distintos medios, los cuales se incrementaron durante la pandemia, pues los jóvenes que perdieron su empleo se refugiaron y ampararon en esta actividad para generar ingresos. Sin embargo, no cuentan con derechos sociales y menos laborales. Protección fundamental que no genere un impacto potencial en el mercado. Libertad sindical, seguridad y salud en el trabajo, jornada laboral máxima, descanso semanal, prestaciones de salud ante una incapacidad e invalidez producto de la ejecución de las labores.

Imaginemos calificar como trabajadores sujetos al régimen laboral general de la LPCL a los repartidores trabajadores de la plataforma virtual, ello implicaría un 170% de costo adicional por mano de obra, una remuneración fija y el costo no salarial asociado al mismo. Los 15 mil puestos de trabajo informal se perderían. La plataforma anunciaría seguramente su salida del mercado, debido a que no podría soportar el pago a los repartidores por sus servicios basado en la regulación de la LPCL. Los usuarios de esta plataforma que en promedio cobran entre S/. 5.00 y S/. 10. 00 soles se verían afectados ya sea porque la plataforma se retira del mercado o pese a las exigencias de la LPCL continúe y eleve drásticamente el precio de cada servicio.

De acuerdo al Banco Interamericano de Desarrollo (2017) “Medición del costo del trabajo asalariado en América Latina y el Caribe” los costos no salariales del Perú

son alrededor del 70% y conjuntamente con el de Brasil y Argentina son los más altos de la región.

Por ejemplo, sólo Rappi opera en 07 ciudades (Lima, Arequipa, Trujillo, Piura, Chiclayo y Cusco) cuenta con más de 2 millones de usuarios que se conectan a su aplicación que requieren el servicios de reparto no sólo de los restaurantes, también de farmacias, supermercados entre otros y 3500 locales comerciales –restaurantes-afiliados a la aplicación¹⁶.

Por ello, se debe incentivar la inversión privada para el desarrollo de la tecnología en el país. Genera empleo especialmente en los jóvenes, y resulta una agente importante en el mercado para el empleo juvenil, que representan un porcentaje mayoritario de la masa de trabajadores de la plataforma *offline*.

Parece razonable, necesario e idóneo. Necesario al otorgar y proteger los derechos sociales a este segmento de trabajadores, idóneo y razonable por el mecanismo a emplear la laboralización de la actividad con asignación de derechos fundamentales que irán siendo progresivos para alcanzar la aplicación de los derechos del régimen general e incluso mayores beneficios caminando de la mano con el estado del mercado.

4.6. La necesidad de una regulación laboral especial para los trabajadores con autodeterminación restringida de las plataformas digitales de trabajo a demanda.

La dualidad de la construcción jurídica sustentada por un lado, en la subordinación que tuvo como eje de construcción el modelo organizativo industrial, que asigna derechos laborales al operar la protección del Derecho del Trabajo; y por otro el de la autonomía en la ejecución de actividades inserta en el campo de aplicación del derecho civil que no genera ningún nivel de protección social y derechos laborales a quien presta servicios, se enfrentan a una actividad desarrollada sobre las tecnologías de la comunicación e información. La autonomía de quien presta servicios no es plena, es restringida y la vez es huérfana de derechos sociales, y basado en esta independencia las plataformas encajan al trabajador en el ordenamiento civil y así evaden los costos sociales y tributarios de su calificación como trabajador dependiente, mientras que la jurisprudencia y doctrina mayoritaria

¹⁶ <https://www.facebook.com/peru21/videos/1669162483235967/?vh=e&d=n>

lo sitúan dentro del campo de aplicación subjetiva del ordenamiento laboral y otros en menor medida les asignan derechos de carácter laboral manteniéndolos como independientes. Un régimen laboral especial que recoja las fundamentales características de ambos cuerpos normativos, flexibilidad para ejecutar las actividades y protección social fundamental para la persona que trabaja considerando la realidad del mercado laboral peruano se asoma como solución inmediata a la problemática del encaje del trabajador de las plataformas digitales a demanda en uno u otra rama del derecho.

El trabajador de las plataformas digitales de trabajo a demanda no cuenta con autonomía pura en el desarrollo de sus actividades, su autodeterminación para tal efecto es restringida e implica que la capacidad que ostenta para decidir por sí mismo sobre el modo y forma se encuentra condicionada al establecimiento por parte de la plataforma de los fundamentales aspectos de la relación entre ambos, como la fijación del precio del servicio, participación de herramientas, además de los sistemas de evaluación por puntajes de las plataformas digitales de trabajo a través de la cual controlan y a la vez regulan la ejecución de sus labores e impacta sobre la presunta flexibilidad con la que cuentan.

Todoli (et al p.239) sostiene:

“Una de las particularidades, a la que se aferrado Uber para defender la inexistencia de la relación laboral entre ella y los conductores, tiene que ver con el tiempo de trabajo puesta a disposición de Uber, que en principio parece tener carácter voluntario para el conductor tanto en términos cuantitativos como (duración de la jornada) como cualitativos (distribución). Este hecho, sin embargo, ha de ser contrastado con aquella situación por la cual si los conductores no aceptan un número determinado de servicios podrían ser desconectados (despido). Una suerte de libre desistimiento que diluiría la libertad/voluntariedad con la que en un primer momento parece contar el conductor de Uber en materia de tiempo de trabajo”

En efecto, si bien el trabajador de la plataforma cuenta con la facultad de decidir cuándo y a qué hora trabaja y la retribución por sus servicios es a destajo y no por tiempo de trabajo, también lo es que esta libertad traducida en flexibilidad no es absoluta, es limitada, es restringida. Si no se conecta no podrá sumar puntos a su calificación para la asignación de buenos turnos que implica alta demanda y mejores repartos, una vez conectado si rechaza los encargos será penalizado, el precio del servicio lo establece la plataforma, así como todas las otras características de la relación y ejecución de los servicios. Su autodeterminación es restringida, y lo es más cuando se conecta a la plataforma.

Depende económicamente de la plataforma para generar sus únicos o principales ingresos, no cuenta con estructura y organización propia para desarrollar el servicio, presta el servicio personalmente destacando la fuerza de trabajo que realiza sobre las herramientas que aporta, la plataforma a través del algoritmo organiza y dirige la prestación y determina las condiciones del servicio, modo, forma y calificación de este, además del precio del servicio, sumado a la ajenidad del mercado: los consumidores, su gestión y relacionamiento al igual que la marca son de la plataforma. El sistema de puntuación se encuentra relacionado al cumplimiento de las condiciones de la plataforma, aceptación de pedidos y satisfacción del cliente, y medios de control tal como la geolocalización, el propio algoritmo y la calificación de los clientes.

Abona a lo anterior el hecho que existiendo una multitud de trabajadores conectados y disponibles compiten entre sí para obtener un encargo, pierde sentido los horarios de trabajo, pues si no están conectados unos u otros rechazan pedidos por la exponencial mano de obra con la que cuentan las plataformas ello no perturbará el normal y eficiente funcionamiento del servicio de reparto que vincula a los tres agentes, trabajador, plataforma y usuario. Ello se evidencia con la encuesta realizada que se adjunta como anexo 1, donde se verifica que uno de los aspectos que no agrada o disgusta a los trabajadores de Rappi es el tiempo de espera para la asignación de un servicio, el cual se ha incrementado drásticamente como consecuencia de la pandemia pues originó un mayor número de trabajadores que optaron por esta actividad que les genere ingresos, sea porque perdieron su empleo o debido a que no encuentran uno formal o se encuentran en búsqueda de otro trabajo.

La relación jurídica entre la plataforma a demanda y trabajadores de continuar permaneciendo dentro del campo de la disciplina del derecho civil como en la actualidad supone la perenne desprotección, precariedad e informalidad de la persona que trabaja. Ampliar el ámbito subjetivo del ordenamiento laboral general de la LPCL a esta actividad generará una protección jurídica adecuada, sin embargo no compatible con la organización del modelo productivo de las nuevas tecnologías donde el tiempo de trabajo fiscalizado se ve desplazado por el cumplimiento de objetivo o trabajo/servicio específico, además que conllevará la pérdida de flexibilidad del trabajador quien decide cuándo y qué tiempo desarrollar sus actividades, sin dejar de lado la exponencial elevación de costos por la carga social, laboral y tributaria del cumplimiento con las exigencias de las referidas disposiciones. Ello supondría la alta probabilidad de la huida de las compañías que se dedican a estas actividades comerciales, desempleo e impacto negativo sobre todo en los jóvenes que obtienen ingresos desarrollando esta actividad, además del perjuicio en los consumidores que utilizan este servicio por su bajo costo y eficiencia.

Ante esta disyuntiva, cabría una regulación a la medida que englobe las bondades de ambas legislaciones teniendo como centro para su construcción a la persona que trabaja, que considere que le asisten derechos fundamentales pero también que permitan el ejercicio, efectividad y cumplimiento de los mismos en un mercado altamente informal donde prima el trabajo precario, además del desarrollo de las compañías de tecnologías que generan empleo, además de la competitividad y productividad del país y no distorsione el mercado donde se desenvuelven.

El trabajador de las plataformas digitales de trabajo a demanda no cuenta absolutamente con derechos laborales y sociales que lo protejan en la ejecución de sus labores. Partiendo de la razón de ser y origen de la disciplina jurídica del trabajo que no es otra que equilibrar la relación de las partes contratantes que se ve en absoluto condicionada por una sobre la otra que origina la limitación de la autodeterminación para desempeñar la prestación del servicio es que se debe regular esta relación a través de la intervención del estado con normativa de orden público. Una de las razones que justifican la protección de los trabajadores de las plataformas de trabajo es la desigualdad en el poder de negociación al igual que en la revolución industrial y que dio origen al Derecho del Trabajo, al no poder negociar las condiciones de la relación contractual, no quedando otra opción a aquellos que aceptarlas o no prestar sus servicios. Al igual que en el siglo XIX donde los trabajadores que aceptaban percibir la menor retribución por sus servicios en las subastas que realizaba el empresario diariamente al ingreso a las fábricas, ahora los trabajadores de las plataformas buscan trabajar la mayor cantidad de horas para generar ingresos mayores a los necesarios para su subsistencia, lo que sumado a la gran cantidad de trabajadores provoca una “subasta a la baja del valor del trabajo” (Adrián Todoli 2017, p.29).

Es en ese contexto que el trabajador merece protección regulada por normativa que garantice que la realización de su trabajo sea decente. Derechos fundamentales laborales que aseguren la protección de la persona que trabaja en la relación jurídica de ambas partes que la actual regulación no brinda. Abona a lo anterior, que presta servicios a una empresa de la que depende económicamente y resulta ser la parte débil de esta relación contractual debido a que al ser parte del proceso productivo o de servicios en el que se inserta encuentra condicionado el modo de su prestación, por lo que requiere de protección.

Como podemos verificar la autonomía organizativa y ejecutiva del trabajador se encuentra condicionada a los requisitos técnicos del proceso productivo y de organización de las plataformas digitales de trabajo a demanda que está obligado a cumplir. Si a ello le sumamos que las plataformas son las que gestionan a los clientes, consumidores, y la escasa posibilidad que tiene de tener sus propios clientes debido por un lado al poder de la marca de la plataforma y de otra que les

está prohibido ofrecer sus servicios directamente, evidencia que su trabajo, su fuerza de trabajo, resulta lo trascendental en la prestación de sus servicios, más allá de las herramientas que aporta en base a las características propias de este modelo que sitúa al trabajador en una posición de debilidad clara no solo personal y económica, también estructural frente a las plataformas.

Vega Ruiz (2019) señala “las formas de prestación laboral requieren de nuevas formas de protección y cobertura social que el derecho del trabajo existente no puede garantizar con su actual campo de aplicación” (Pag. 89).

Agrega:

“Teletrabajadores, franquicias, freelancers, pasantes, etc... pueden ser categorías de trabajo muy próximas a los independientes o los dependientes, pero que necesitan igualmente de criterios básicos de protección y determinadas garantías sociales. En este contexto, el elemento de extensión e igualdad que puede aportar una negociación colectiva de cobertura amplia es fundamental para la aplicación efectiva de una protección adecuada. Desde esta perspectiva todas estas categorías difusas y propias de los nuevos mercados de trabajo deben gozar de una serie de criterios mínimos de protección (seguridad) que permitan el desarrollo social de los individuos, las entidades económicas y el país”.

Por su parte, Luz rodriguez (2018) sostiene que incluso independientemente de la calificación jurídica del trabajador de la plataforma digital de trabajo *online* merece protección con pisos mínimos, señala:

“Hay derechos como la protección de la salud, la prohibición de discriminación, la protección de datos o el derecho a organizarse y defenderse colectivamente, por poner sólo algunos ejemplos, que deben estar por encima del estatuto jurídico y que, por tanto, deben protegerse con independencia de que la persona sea un trabajador o un autónomo. Elaboremos un catálogo común de derechos aplicables al trabajo en cuanto género, especialmente en relación con la protección social que deban tener los prestadores de servicios, y el combate sobre el lado de la frontera en que se hallan será menos trascendente porque habrá un mínimo común que les proteja en su relación con el empleador, incluido cuando éste es una plataforma on-line”.

No obstante, lo sostenido por dicha autora el dotar de derechos selectivos laborales a los trabajadores que permanecen dentro de la regulación del ordenamiento civil trae consigo dos aspectos a partir de los que es posible cuestionar esta postura: i)

la construcción del ordenamiento laboral y con ello su protección y beneficios se sustenta en la calificación jurídica de trabajador subordinado. Sin la calificación de trabajador subordinado será cuestionable la aplicación de los derechos laborales de manera progresiva. El considerarlo como autónomo dificultará la ampliación del catálogo de derechos laborales por parte de las plataformas debido a que verían limitada el otorgamiento de mayores derechos laborales a los de la asignación selectiva al contribuir con ello a indicios de laboralidad y con ello a la desnaturalización de la relación jurídica especial, lo cual traerá consigo la aplicación en bloque de todo el derecho laboral. Se mantendrá la incertidumbre jurídica de su calificación. En efecto, el hecho que de considerar legislativamente como autónomo con derechos selectivos laborales a los trabajadores de la plataforma digital de trabajo continuaría la problemática de la inseguridad jurídica pues ante controversias surgidas sobre la naturaleza laboral de la relación habrá mayores indicios que apuntalen a concluir que es su real naturaleza tal como sucedió en el caso francés. Se estableció que los derechos selectivos laborales asignados a los trabajadores autónomos de la plataforma no podrían ser considerados como indicios de laboralidad, no obstante el Tribunal de Casación de dicho país determinó pese a ello la naturaleza laboral de la relación y asignación en bloque de todos los derechos laborales; ii) La evolución del Derecho del Trabajo se estancaría y no sería necesaria la adaptación de esta disciplina a las nuevas formas de organización del trabajo sobre la base de las tecnologías, que dirige y controla de otra forma a sus trabajadores que al trabajador de la fábrica. Más allá de estos aspectos, independientemente de la calificación jurídica del trabajador los derechos fundamentales laborales deben buscar proteger a quien trabaja.

Actualmente, no hay que perder de vista que la asignación de derechos laborales que se viene otorgando a los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo a demanda en el país es temporal y se encuentra dependiente de del periodo de la emergencia sanitaria ampliado hasta el 07 de diciembre de 2020 mediante Decreto Supremo N° 27-2020-SA. A través de la Resolución Ministerial N° 163-2020-PRODUCE se aprueba “el Protocolo Sanitario de Operación ante el COVID-19 del Sector Producción para el inicio gradual e incremental de actividades, de la Fase 1 de la “Reanudación de Actividades”, en materia de servicio de entrega a domicilio (delivery) por terceros, que como “anexo forma parte de la presente Resolución Ministerial”. Se exige a las plataformas digitales como obligación previa para operar contar con el correspondiente Plan para la Vigilancia, Control y Prevención del Covid 19 donde no sólo deben considerar a los Trabajadores sino también a los Repartidores Independientes, y con ello otorgar derechos de corte laboral, de manera selectiva, a los repartidores que los protejan frente al Covid-19: i) La entrega de EPPs a los repartidores a cargo de las plataformas: Mascarillas comunitarias, Guantes de Nitrilo, Alcohol Isopropílico, alcohol Gel, lentes protectores; ii) Capacitación y sensibilización frente al Covid-19 sobre Seguridad y Salud en el Trabajo; iii) Seguro privado contra Covid con cobertura por 90 días, que incluye hospitalización hasta por 60 días, orientación médica las 24 horas, e indemnización por alta y fallecimiento, un iv) Fondo económico para repartidores con diagnóstico de Covid: otorga una suma de dinero mientras se encuentren con Covid y se

recuperen, así como v) Los aplicativos contarán con supervisores de campo para velar por el cumplimiento por los repartidores del Protocolo y uso de EPPs. Estos derechos deben mantenerse independientemente del periodo de tiempo de la emergencia sanitaria y formar parte de la regulación especial para este segmento de trabajadores y no sólo limitarse al Covid sino expandir su cobertura a cualquier accidente o enfermedad con ocasión del trabajo del repartidor.

Todoli (2017) manifiesta que “la legislación no puede permitir que las ventajas competitivas de negocio del S. XXI provengan de explotar agujeros legales para no tener que aplicar las protecciones a los trabajadores obtenidas en los últimos siglos”. Los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo “son mano de obra fungible dentro de una larga lista virtual de demandantes de trabajo. Si no encajan en la definición legal de trabajador no es porque no se enfrentan a la misma realidad social, sino porque tenemos una legislación anticuada que no se amolda bien a los nuevos modelos de prestación de servicios” (p. 39).

La pregunta que surge es quien es el obligado a garantizar la protección de la persona que trabaja, su seguridad y salud en la ejecución de sus actividades, la limitación de jornadas máximas, realizan estas actividades quince horas diarias como se verifica del Informe del Ministerio de Trabajo que aborda esta problemática y en la encuesta realizada que forma parte del presente trabajo como anexo 1. Cómo podrían mejorar las condiciones laborales y económicas si no cuentan con el derecho a la libertad sindical para que colectivamente defiendan sus intereses y derechos. No cuentan con cobertura de salud o de incapacidad frente a un accidente, en una actividad que se encuentra entre las 3 principales con mayor tasa de accidentes de trabajo según la información del Ministerio de Trabajo, considerando claramente al trabajo formal y empresas que se obligan a informar sobre los accidentes de trabajo que sufren sus trabajadores dependientes o terceros según lo dispone la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo.

Como ejemplo, en esa línea, es fundamental prevenir los accidentes de trabajo y enfermedades por ocasión del trabajo o que se generen durante la realización del trabajo, así como reducir los daños que se pudieran ocasionar a la salud de los trabajadores de las plataformas *offline*. El Estado es el obligado a garantizar la prevención de lo anterior con la participación de las organizaciones de los empleadores y trabajadores. Ello sobre la base de la Política Nacional de Seguridad y Salud en el Trabajo aprobada por Decreto Supremo N° 02-2013-TR y modificaciones, atendiendo a lo dispuesto por la Constitución Política que reconoce como un derecho fundamental a la salud y su protección de acuerdo a su artículo 7, convenio de la OIT sobre la materia, así como a la Decisión N° 584, Instrumento Andino de Seguridad y Salud en el Trabajo y reglamento, y Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo, Ley N° 29783 y reglamento. La salud no sólo es la ausencia de enfermedad según la Organización Mundial de la Salud sino también un estado de perfecto bienestar físico, mental y social.

Durante el 2019 se han notificado 34800 accidentes de trabajo al Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo según el Informe Anual Estadístico Sectorial del 2019 de este sector. De ellas 4123, 11.85%, corresponden al sector transporte, almacenamiento y comunicaciones, y se ubica en el tercer lugar del ranking de accidentes de trabajo, luego del sector de industria manufacturera con 8130, 23%, y de inmobiliarias, empresariales y de alquiler 6440, 11.85%. Según la clasificación del accidente, ocurrieron 134 atropellamiento de vehículos, 0.39%, mientras que se presentaron 82 choques de vehículos, 0.24%. Según el agente causante, vehículos y transporte en general provocaron 647 accidentes, 1.86%. Por tipo de accidente, de los 34800 accidentes, 13211 fueron accidentes leves, 37.1%, 21584 accidente incapacitante, 61.61% (total temporal 15219, parcial permanente 6274) y 241 accidentes mortales, 0.59%. En 2018 se presentaron 20132 notificaciones de accidente de trabajo según el anuario de estadística del indicado ministerio de dicho año.

Según la información de la Dirección de Estadística de la Policía Nacional del Perú, en el 2018 como consecuencia de los accidentes de tránsito se presentaron 61512 heridos y 3244 muertos. De ellos en promedio el 10% representan hombres en edades de entre 20 y 30 años y el 41% tuvo que asumir el financiamiento de la atención médica de las lesiones sufridas según el Centro de Epidemiología, Prevención y Control de Enfermedades del Ministerio de Salud.





Como se podrá advertir de la información antes indicada en el empleo formal sobre la que se cuenta con estadística los accidentes dentro del sector transporte, donde podemos incorporar a las actividades de las plataformas digitales de trabajo para estos efectos, se encuentran dentro de las 03 principales actividades que generan accidentes de trabajo, de ellos un 65% provocan incapacidad temporal y permanente lo cual por lo menos es un parámetro importante a tener en cuenta. También, casi un 48% de los que sufren accidentes de tránsito deben financiar su recuperación médica y casi un 10% de los 68000 accidentes de tránsito que se presentaron en el 2018 son jóvenes entre 20 y 30 años de edad, segmento mayoritario de trabajadores de las plataformas digitales de trabajo.

De lo anterior podemos advertir que los accidentes de tránsito superan largamente en más de 100% a la totalidad de accidentes de trabajo del empleo formal reportados al Ministerio de Trabajo. Ello implica que los trabajadores de reparto se exponen a un riesgo elevado de sufrir un accidente de tránsito en la ejecución de sus actividades y no cuentan con seguros para cubrir su atención médica o subsidios para el periodo que dure su incapacidad para trabajar o queden incapacitados permanentemente.

Mediante Decreto Supremo N° 26-2020-SA se aprobó la Política Nacional Multisectorial de Salud al 2030 “Perú país saludable” que tiene como ejes transversales: i) la salud como derecho humano fundamental que implica “condiciones ambientales y laborales saludables” y ii) un enfoque basado en derechos humanos que comprende:

“un conjunto de normas jurídicas nacionales e internacionales, principios éticos ejercidos individual e institucionalmente, así como políticas públicas aplicadas por el Estado que involucran a actores públicos y privados, empoderando a los/las titulares de los derechos en la capacidad de ejercerlos y exigirlos. Se concreta en actitudes que llevan a la práctica el ideal de la igual dignidad de todas las personas (...). El enfoque basado en derechos humanos incluye los principios rectores sobre empresas y derechos humanos: proteger, respetar y remediar”.

En consecuencia, resulta vital que como parte del contenido normativo para los trabajadores de las plataformas digitales de reparto se asegure el derecho a la seguridad y salud en la ejecución de sus actividades, y tengan como consecuencia de ello cobertura médica ante accidentes y subsidios frente a periodos de incapacidad temporal o permanente. Más aún cuando el artículo I de su título preliminar de la Ley de Seguridad y Salud en el Trabajo establece que el empleador garantiza el establecimiento de los medios y condiciones que protegen la vida, salud y el bienestar de aquellos que no teniendo vínculo laboral prestan servicios, así como su artículo 2 de su reglamento “En aplicación del principio de prevención, se entienden incluidos dentro del ámbito de aplicación a que se refiere el artículo 2 de la Ley, (...) a los trabajadores autónomos”. Es decir, incluso independientemente de la calificación jurídica laboral, las plataformas están obligadas a garantizar la seguridad y salud de sus trabajadores, aspecto que no se viene cumpliendo. Salvo en el contexto de la pandemia donde se encuentran obligados a brindar capacitación sobre el Covid 19, brindar equipos de protección personal frente a este riesgo biológico y brindar un seguro reducido para cubrir su hospitalización como resultado de contraer el indicado virus.

Retomando, los argumentos para la construcción de un régimen laboral especial no se deben perder de vista que el derecho laboral tiene una finalidad humana y social. María Vega (2019) precisa que el Derecho del Trabajo “comparado con otros sectores jurídicos acusadamente patrimonialistas, muestra desde sus orígenes su vocación humanitaria y social. Desde su creación, el derecho laboral (derecho social como conceptualizado en su origen) buscaba regular una realidad extensa basada en el trabajo productivo y remunerado, pero ligado a una idea ética de justicia social y distributiva que se manifestaba en su fin “equilibrador” y protector” (Pag.85).

En esta construcción, teniendo como centro a la persona que trabaja y su dignidad, cabe recordar que el artículo 1 de la Constitución Política del Perú establece que la dignidad de la persona humana es su fin supremo, es la garantía del pleno desarrollo del ser humano, valor y principio que canaliza la actividad del estado con el fin de asegurar la plena efectividad de los derechos fundamentales. El Tribunal Constitucional precisó (STC 10087-2005-PA, fundamento 5) que “... la dignidad de la persona humana constituye un valor y un principio constitucional portador de valores constitucionales que prohíbe, consiguientemente, que aquélla sea un mero objeto del poder del Estado o se le dé un tratamiento instrumental. Pero la dignidad también es un dinamismo de los derechos fundamentales; por ello es parámetro fundamental de la actividad del Estado y de la sociedad, así como la fuente de los derechos fundamentales. De esta forma la dignidad se proyecta no sólo defensiva o negativamente ante las autoridades y los particulares, sino también como un principio de actuaciones positivas para el libre desarrollo de la persona y de sus derechos”.

El Tribunal Constitucional agrega sobre la dignidad humana en el considerando 14 de la sentencia recaída en el Exp. 008-2005-P/TC:

“Ésta se encuentra consagrada en el artículo 1º del texto constitucional, cuyo tenor es que la dignidad de la persona humana es el valor superior dentro del ordenamiento y, como tal, presupuesto ontológico de todos los derechos fundamentales, incluyendo, desde luego, aquellos de contenido económico. De este modo, no serán constitucionalmente adecuadas la explicación y solución de la problemática económica desde una perspectiva alejada de la dignidad humana, pues la persona no puede ser un medio para alcanzar una economía estable sino, por el contrario, debe ser la que auspicie la consecución de un fin superior para el Estado y la sociedad; a saber, la consolidación de la dignidad del hombre”.

En un Estado social y Democrático de Derecho como el de Perú conforme a los artículos 3 y 43 de la Constitución Política, “El Estado debe ser el ente integrador del orden político y social, y el regulador de la estructura social, que asegure el ejercicio de los derechos fundamentales de las personas” conforme a lo señalado por el Tribunal Constitucional (08-2003-P/TC).

Es así que en un Estado social y Democrático de Derechos donde el fin supremo es la dignidad de la persona humana, así como la plena efectividad de los derechos fundamentales los que se deben interpretar conforme a los tratados internacionales de derechos humanos buscando la progresividad de los derechos sociales de acuerdo a las posibilidades y realidad de cada país, resulta necesario garantizar el ejercicio de estos derechos mínimos al grupo de trabajadores de las plataformas digitales de trabajo que aseguren la justicia social y el trabajo decente. Más aún cuando el artículo 23 y 58 de nuestra constitución disponen por un lado que el trabajo es objeto de atención prioritaria del Estado y de otro que el estado actúa principalmente en la promoción del empleo.

La OIT en la Conferencia Internacional del Trabajo de 2019, en su “Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo” en relación al trabajo decente declaró:

“Es imprescindible actuar urgentemente para aprovechar las oportunidades y afrontar los retos a fin de construir un futuro del trabajo justo, inclusivo y seguro con empleo pleno, productivo y libremente elegido y trabajo decente para todos. (...) La OIT, en su segundo siglo de existencia, debe seguir cumpliendo con tenacidad su mandato constitucional de lograr la justicia social desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en las personas, que sitúa los derechos de los trabajadores y las necesidades, las aspiraciones y los derechos de todas las personas en el núcleo de las políticas económicas, sociales y ambientales”.

Siendo así, a partir de ello se exhorta a los estados miembros a seguir desarrollando políticas vinculadas al futuro del trabajo centradas en las personas y su protección adecuada sobre la base de un trabajo decente teniendo en cuenta:

- el respeto de sus derechos fundamentales
- un salario mínimo adecuado, establecido por ley o negociado;
- límites máximos al tiempo de trabajo, y
- la seguridad y salud en el trabajo.

La Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible de las Naciones Unidas contempla 03 grandes ejes, económico, social y medio ambiental y tienen por objetivo erradicar la pobreza en todo en todas sus formas a nivel mundial, proteger al planeta, así como asegurar la prosperidad para todos. Cuenta con 17 objetivos de desarrollo sostenible. De ellos, el octavo, incluye al trabajo decente “trabajo decente y crecimiento económico”, compromiso internacional del país que marca una pauta y derrotero que como parte integrante de la Organización de las Naciones Unidas lo obliga a seguir.

En esa línea la Organización Internacional del Trabajo a través de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en el documento “Trabajar para un futuro más prometedor” exhorta a los países que forman parte de la organización a establecer una “Garantía Laboral Universal. Todos los trabajadores, con independencia de su acuerdo contractual o situación laboral, deberían disfrutar de derechos fundamentales del trabajo” tales como libertad sindical, negociación colectiva, no ser sometido al trabajo forzoso, trabajo infantil, discriminación, así como condiciones de trabajo mínimas: una remuneración mínima vital, límites a las horas de trabajo y que garantice la seguridad y la salud en el lugar de trabajo. Asimismo, se recomienda establecer un sistema de gobernanza que contemple la obligación de las plataformas digitales de trabajo derechos y protección mínima para con los trabajadores “Encauzar y administrar la tecnología en favor del trabajo decente (...) Debería establecerse un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales del trabajo que exija a estas plataformas (y a sus clientes) que respeten determinados derechos y protecciones mínimas.” (OIT 2019, p13)

En esa línea, la Reunión Ministerial de Cancún 2016 sobre la Economía Digital ha establecido la agenda de la OCDE para la transformación digital, siendo que 43 países que respaldaron la Declaración Ministerial de dicha ciudad comprometiéndose a lo siguiente.

“a trabajar con la OCDE y todas las partes interesadas para: (...) Identificar, desarrollar y activar la combinación de habilidades necesarias para permitir la participación inclusiva en una economía

cada vez más digitalizada; y analizar las nuevas organizaciones del trabajo habilitados por las tecnologías digitales y sus implicaciones para la calidad del trabajo y las relaciones laborales.” (p.26)

Es así que en la construcción jurídica de este marco normativo laboral especial se deben de tomar en cuenta los derechos humanos laborales y derechos constitucionales laborales mínimos que todo trabajador debe tener en sintonía con la flexibilidad de trabajo que caracteriza al trabajo de las plataformas virtuales de trabajo. No cabe duda que en la ecuación debe tenerse presente la informalidad laboral del país, el costo no salarial de la regulación laboral, así como encontrar el punto medio entre la protección y el desarrollo de las economías que se sustentan en el uso de las tecnologías y comunicación que finalmente generan puestos de trabajo sobre todo en los jóvenes.

En esa línea, la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones¹⁷ de la OIT considera como laboral la relación de las plataformas digitales con sus trabajadores:

“316. Uno de los retos principales que plantea el trabajo en plataformas es la determinación de la situación laboral de las personas que trabajan de esta manera. Si bien, en la mayoría de los casos, los trabajadores firman contratos como si fueran contratistas independientes, el examen de las condiciones en las que se asigna trabajo permite detectar ciertos indicios de la existencia de una relación de trabajo. (...)

317. Por ejemplo, aunque el trabajador soporte la mayor parte del riesgo, la plataforma ejerce cierto grado de supervisión y control, determinando exactamente cuándo, cómo y dónde debe realizarse el trabajo. Además, la utilización de sistemas de calificación o de mecanismos de revisión automática para supervisar y evaluar el rendimiento laboral está en contradicción con la presunta condición de independiente de los trabajadores de plataformas”

Finalmente, la referida comisión considera que no pueden encontrarse al margen de la aplicación de los derechos laborales, y que los principios y derechos fundamentales en el trabajo son aplicables a los trabajadores de las plataformas:

“327. La Comisión opina que la característica común de la utilización de medios tecnológicos para distribuir tareas entre un grupo de trabajadores indeterminado no puede justificar que estas actividades se consideren formas de trabajo que están al margen del resto del mercado laboral. En cualquier

¹⁷

https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/--ed_norm/--relconf/documents/meetingdocument/wcms_738283.pdf

caso, la Comisión recuerda que toda la gama de principios y derechos fundamentales en el trabajo son aplicables a los trabajadores de plataformas del mismo modo”

Adrián Todoli (2017) respecto a la necesidad de regular legislativamente los derechos y obligaciones de estos trabajadores señala que tiene por finalidad “i) por una parte proteger a los que viven de su trabajo y evitar la competencia desleal y el *dumping social* que, de lo contrario, acabará con todas las empresas que intenten mantener el modelo clásico, dejando únicamente unas pocas empresas en cada sector, que actuarían de forma monopolística; ii) por otro lado, adaptar la regulación laboral a las especialidades del nuevo modelo productivo a través de plataformas virtuales” (pag. 69)

Adicionalmente, dotará de seguridad jurídica a las partes contratantes quienes tendrán un marco jurídico especial que regule la relación entre ambos.

Así Molina (2017) sostiene que, frente a la diversidad de sentencias contradictorias sobre las plataformas digitales, su impacto en el ingreso de las personas que desarrollan actividades por seguridad jurídica se debe regular este modelo de organización:

“La conducta pasiva por parte de los legisladores contrasta con el aumento de esta clase de plataformas como vía para ofrecer determinados servicios, como señalan diferentes estudios. McKinsey reporta que el 6% de los trabajadores autónomos de EEUU y de la Unión Europa han obtenido algún tipo de ingreso a través de plataformas digitales. Por su parte, el Eurobarómetro sobre la economía colaborativa, encargado por la Comisión Europea, señala que el 5% de trabajadores autónomos ofrecen regularmente sus servicios a través de plataformas digitales, y el 18% lo hacen de manera ocasional.

En vista de esto, cada vez más se hace necesaria una regulación que evite pronunciamientos judiciales incompatibles entre sí y, además, confiera seguridad jurídica a plataformas y prestadores de servicios”.

Lo contrario supondría, la no intervención estatal, la desprotección absoluta de la persona que trabaja que se ve sometida a desarrollar actividades condicionadas por la otra con el fin de conseguir ingresos para su subsistencia.

Vega (2020) señala que “El mundo “del trabajo” necesita instituciones jurídicas laborales (centrales en el desarrollo de un estado) y en particular aquéllas que se encargan de su ordenación y puesta en práctica, y ello con independencia de cuál sea el tipo de relaciones de trabajo predominante en el mercado. Es necesario recordar que la existencia de una liberalización completa de todas las reglas

relativas a la prestación de servicios en el ámbito laboral podría conducir a un caos político y a la desprotección de los más vulnerables”

En esa línea Trillo (2020) sostiene que:

“en un contexto donde el trabajo humano ha recuperado su centralidad de la mano de la satisfacción de necesidades sociales esenciales durante la pandemia. Así, el reparto de comida a domicilio en tiempos de confinamiento se ha cargado de una sensible relevancia social que choca con el maltrato y degradación de las condiciones de trabajo que dispensan a sus trabajadores estas plataformas digitales. Tanto en Brasil, Argentina como en España, aspectos como la naturalización de la inseguridad laboral, la precariedad salarial, la transferencia del riesgo y costos empresariales a las personas trabajadoras, la facilidad de su despido (desconexión) evidencian una cultura empresarial de las plataformas digitales basada en «usar y tirar» el trabajo humano que consiente la realización de estos. La consolidación de esta cultura se pretende introducir a través del ensalzamiento de un trabajo autónomo sin derechos, pero que de manera mágica proveería a los trabajadores de autonomía y libertad”.

Un régimen laboral especial parece ser la solución, el cual recoja las características del modelo de organización de las plataformas, dote de derechos laborales mínimos, así como permita el desarrollo de esta actividad económica que genera empleo, no obstante, decente. Es obligación del estado regular, vigilar y promover estos pisos mínimos que son condición inexorable del desarrollo humano a través de los cuales se alcanzará el bienestar individual y colectivo. Asimismo, esta regulación debe sustentarse en dos pilares fundamentales: protección del trabajador y flexibilidad. Ambos deben ser transversales a toda la relación laboral, desde el inicio de ella, durante su ejecución, así como al finalizar. Esta legislación debe contemplar derechos laborales fundamentales que permitan una protección mínima a estos trabajadores, libertad sindical, seguridad social, jornada máxima laboral, seguridad y salud en el trabajo, además de seguro contra accidentes y enfermedad.

Lo anteriormente señalado, permite esbozar las características de un régimen laboral especial atendiendo a que los trabajadores de las plataformas se encuentran en la informalidad y precariedad laboral, y se busca la progresividad de los derechos sociales atendiendo a su especial modelo organizativo construido sobre la tecnología y flexibilidad. En tal sentido, además de los factores objetivos, trabajo instrumentalizado a través de la tecnología con dosis de flexibilidad, y subjetivo, jóvenes, se evidencia un aspecto social para dotar de derechos laborales fundamentales a los trabajadores de un lado, y de otro promover el empleo que generan las plataformas digitales a fin que sea decente y no más precario.

En esa línea, el Tribunal Constitucional en la Sentencia recaída en el Expediente N° 21-2014-PV/TC, declaró la constitucionalidad de la Ley de las micro y pequeñas empresas como régimen laboral especial precisó que “en el caso de las micro y pequeña empresa, el factor de especialidad para diseñar un régimen laboral especial no radica en un elemento objetivo o subjetivo, sino en la intención del Estado de apoyar a un sector empresarial concreto, con fines de generar crecimiento y empleo, que tiene reconocimiento constitucional.”

Entre otros argumentos, también se sostuvo que la progresividad de los derechos económicos, sociales y culturales importa una aplicación gradual para alcanzar la efectividad de tales derechos considerando la realidad socioeconómica de cada país y a la vez de progreso e impone la obligación de no regresividad que supone disminuir los derechos de esta naturaleza salvo excepciones tal como pese a implicar retrocesos en algunos derechos implica avances considerando la totalidad de derechos del Pacto Internacional, entre otros. La progresividad implica mejorar las condiciones de goce y ejercicio de los referidos derechos paulatinamente, con el fin de alcanzar la promoción de la formalidad de las micro y pequeñas empresas considerando el costo laboral oneroso del régimen laboral general que constituye un obstáculo para tal fin, razón por la cual si bien el contenido jurídico del régimen laboral de las mypes limita derechos frente a los del régimen laboral general, atendiendo a los antes señalado el mismo es constitucional, entendiéndose en sentido interpretativo que dicha norma tiene carácter temporal y no permanente.

Esta regulación especial igualmente tiene carácter temporal, y tiene por objeto asignar gradualmente los derechos económicos y sociales previstos en los instrumentos internacionales privilegiando la dignidad del trabajador, su seguridad y salud, además del otorgamiento de la herramienta mediante la cual le permitirá ir obteniendo a través de la negociación con el empleador mejoras de condiciones laborales y económicas que no es otra que la libertad sindical, además de fomentar la formalización de las empresas del entorno productivo de las plataformas digitales, atendiendo a las propias limitaciones del Estado y de sus recursos. Si bien es evidente que limitará los derechos que consagra el régimen laboral general por causas objetivas y justificadas al contener diferencias sustanciales del entorno productivo y factor subjetivo que regulan, asigna derechos fundamentales que en conjunto implican un gradual y progresivo ejercicio y goce en función a la totalidad de derechos que establecen los instrumentos internacionales que regulan derechos de contenido económico y social. En tal sentido, atendiendo a la naturaleza de las cosas, por las características y circunstancias especiales del entorno productivo de las plataformas como hemos indicado, así como de sus trabajadores que ameritan un tratamiento diferenciado, se justifica la emisión de esta norma conforme al artículo 103 de la constitución, además de que no resulta trasgresora del principio derecho de igualdad consagrada también en la constitución, más aún si reconoce un contenido mínimo de los derechos constitucionales laborales previstos.

Asimismo, la referida regulación se encuentra en sintonía con el Plan Nacional de Competitividad y Productividad, aprobado por Decreto Supremo N° 237-2019-EF, que considera la actualización del marco normativo laboral como una medida de política relativa al Objetivo Prioritario 5 de la Política Nacional de Competitividad y Productividad. Al respecto, señala que durante las últimas décadas la economía peruana se ha encontrado expuesta a nuevas tendencias tecnológicas globales y a cambios sustantivos en su matriz productiva; no obstante, el marco legal que rige las relaciones entre los trabajadores y empleadores no ha sido adaptado para afrontar de manera óptima los desafíos que ofrece este nuevo contexto. Para dicho propósito, se plantea una medida que consiste en actualizar el marco normativo laboral vigente”.

Esta regulación tiene por objeto flexibilizar las disposiciones laborales y a la vez modernizarlas, no obstante, cabe interpretarla en el sentido de incorporar dentro del alcance de la regulación laboral y actualizar la misma insertando a las relaciones jurídicas de las plataformas digitales, más aún cuando tiene por objeto promover la competitividad y productividad del país, así como dicha regulación brindará seguridad jurídica a las partes contratantes.

El régimen laboral especial, abona a facilitar a las plataformas digitales a dotar de mayores derechos laborales que los que preverá dicha regulación a los trabajadores, sin tener el riesgo de desnaturalizar la relación jurídica que mantienen. Si realizan capacitaciones sobre seguridad y salud en el trabajo, otorgan equipos de protección personal o facilitan un seguro médico o contra accidentes se materializan indicios de laboralidad de ser catalogada como una relación civil. El dotar de un régimen laboral especial a esta relación contribuye a la asignación de mayores derechos a los mínimos que se puedan establecer sin que exista temor de desnaturalizar la relación jurídica, como sí podría presentarse en la relación jurídica actual catalogada como de naturaleza civil por ellos.

En relación al contenido de la regulación laboral especial del trabajador con autonomía restringida el Banco Interamericano de Desarrollo (2019), en adelante BID, en el futuro del trabajo en América Latina y El Caribe se pregunta ¿Cómo garantizar los derechos de los trabajadores en la era digital? Respondiendo esta interrogante presenta soluciones a tomar en cuenta al momento de regular esta modalidad de trabajo. Así establece que los derechos que deben integrar este especial bloque normativo deberían ser “El derecho a formar sindicatos, libertad para organizarse y negociar de manera colectiva, protección de los derechos civiles como la no discriminación, igualdad de trato y la seguridad y salud en el trabajo”. (p.5)

Asimismo, al sustentarse el trabajo de las plataformas digitales en la tecnología y uso de datos se debe tener en cuenta nuevos derechos para estos trabajadores que a continuación se precisan (BID, 2019):

- a) derecho a la desconexión digital,
- b) propiedad de los datos,
- c) derecho al olvido,
- d) derecho a la portabilidad de las evaluaciones (reputación digital),
- e) limitar el control algorítmico (derecho a que las decisiones automatizadas estén bajo el control humano),
- f) derecho a no ser discriminado por un algoritmo,
- g) derecho a una explicación.

Por otro lado, resulta interesante revisar el proyecto de Ley de Argentina que según la página de Iproup Argentina el gobierno del actual presidente Alberto Fernández estaría planeando regular a las empresas de reparto vía apps, las que realizan actividades on demand, a través de un proyecto de Ley que busca crear una nueva categoría o régimen especial laboral alejado del régimen general de la Ley de Contrato de Trabajo que abarca: i) acceso a una remuneración mínima básica y variable en función a pedidos y tiempo de espera, ii) jornada laboral máxima equivalente a 48 horas semanales, iii) condiciones de trabajo donde la plataforma incrementará por cada reparto un 10% si se realiza en tiempo de lluvia o 20% si las herramientas de trabajo como la bicicleta o mochila son de propiedad del repartidor, iv) Aporte mensual por parte de la plataforma a un fondo que cubrirá enfermedad o accidente que será utilizado cuando ello ocurra por el repartidor equivalente a la retribución de tres repartos v) una remuneración mensual por año de trabajo en caso de despido arbitrario vi) derecho a la información del funcionamiento del algoritmo de la plataforma y a reclamar ante las calificaciones de los usuarios respecto a su servicio, el repartidor no podrá rechazar pedidos una vez conectado a la plataforma y en caso de no conectarse durante 30 días podrá ser despedido por causa justa por ello vii) vacaciones de un día por cada 15 trabajados, viii) derecho a sindicación y huelga, y ix) tienen derecho a contar con un seguro contra riesgos de trabajo asumido por el empleador.

Todoli (2017 pag. 59) sobre la forma de regular a través de la intervención legislativa este nuevo modelo de organización y tipo de trabajador sostiene que “La protección de las condiciones laborales existentes actualmente no parece que se adapten completamente a los nuevos modelos de negocio. La flexibilidad horaria para el trabajador es una de las características principales del nuevo tipo de negocio. El trabajador va a poder elegir cuándo desea trabajar, algo incompatible con las viejas regulaciones sobre, jornada, horarios, descansos y vacaciones existentes”.

Por ello plantea, se debe establecer una regulación especial que considere los siguientes aspectos a tener en cuenta en relación a los derechos y obligaciones de los trabajadores de las plataformas. Todoli (2017):

- 1) Independencia técnica
- 2) Libertad de horario y jornada
- 3) Libertad para trabajar en varias plataformas
- 4) Responsabilidad por daños de los trabajadores
- 5) Compensación de gastos
- 6) Subsidiariedad del Estatuto de los Trabajadores

Atendiendo a lo expuesto el contenido de la regulación laboral especial que proteja a los trabajadores de las plataformas digitales debería contemplar los siguientes derechos fundamentales laborales:

- Libertad Sindical y Negociación Colectiva
- Seguridad y Salud en el trabajo
- Seguridad Social
- Jornada laboral máxima de 48 horas semanales. Se debería considerar como tal al trabajo efectivo, esto es el tiempo que toma realizar el reparto, desde la aceptación del mismo hasta su entrega, más no a los periodos de inactividad que representa el encontrarse conectado a la plataforma esperando un pedido.
- Descanso semanal
- Vacaciones de 15 días anuales siempre que hayan realizado 210 días de labor efectiva y trabajo efectivo mayor a 20 horas semanales.
- Remuneración mínima vital. Atendiendo a cualquiera de los siguientes aspectos: i) siempre que se superen las 40 horas de trabajo efectivo, para estos efectos se debe considerar como trabajo efectivo el tiempo desde que el trabajador acepta un pedido hasta su entrega al consumidor final. En caso de realizar un tiempo menor, la remuneración será proporcional. Claro está que el cálculo de tiempo se realiza para estos efectos, pues el sistema de retribución es a destajo o por objetivos más por tiempo de trabajo. Sin embargo, la tarificación del tiempo efectivo permite tener un parámetro para la asignación de derechos o ii) Número de repartos realizados.
Este derecho no impactará económicamente en las relaciones de plataforma y trabajador, pues los ingresos de quienes dedican a realizar esta actividad excede largamente la remuneración mínima vital, actualmente de S/. 940.00 soles, como se podrá verificar del Anexo 1 del presente trabajo, pues en promedio los trabajadores de la plataforma obtienen S/. 2500.00 soles.

Derechos laborales:

- No exclusividad: Poder trabajar en otras plataformas u otras actividades.
- Flexibilidad laboral: Derecho a decidir cuándo y qué periodos trabajar.

- Propiedad de los datos
- Derecho a la portabilidad de las evaluaciones (reputación digital)
- Derecho a cuestionar las calificaciones que considere injustas
- Cobertura por incapacidad: Una alternativa es crear un fondo común donde un porcentaje de los ingresos que generan como consecuencia de los repartos se dirija al mismo, a fin de cubrir los gastos médicos o subsidiar el ingreso por el periodo de incapacidad.
- Seguro de vida.
- Seguro que cubra pensión de invalidez en caso el trabajador que como resultado de un accidente de trabajo o enfermedad profesional quedará con una incapacidad igual o mayor a 50% para trabajar.
- Causas de suspensión del contrato laboral.
- Causas de extinción del contrato laboral.

Para la producción normativa y contenido de los derechos laborales se deberá generar dialogo social entre el Estado, los representantes de las plataformas y la de los trabajadores.

La asignación de los derechos laborales, condiciones y beneficios laborales puede tomar como base el tiempo que el trabajador de la plataforma realiza horas de trabajo efectivo u ingresos que generan o números de repartos. Considerando que hay dos grandes grupos dentro de los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo a demanda, los que dependen de ella y generan sus únicos ingresos, quienes se encuentran prácticamente todo el día y semana realizando actividades, y los que obtienen ingresos secundarios que desarrollan estas actividades de manera intermitente.

Otro aspecto a tener en cuenta serán los indicios de laboralidad a aplicar para el encaje de esta modalidad de trabajo en el concepto de subordinación clásica del Derecho del Trabajo recogida en la LPCL. El elemento que debe caracterizar la configuración de esta relación jurídica laboral especial además de la subordinación que actualmente es exclusiva y excluyente debería recoger la dependencia económica como el modelo del TRADE de España o de Panamá, mediante el cual se califica a la persona que trabaja como trabajador dependiente. También, la ajenidad del mercado como sostiene Alarcon (1986, p.500) “todos trabajamos para el mercado. Sin embargo, solamente en una parte –aunque a su vez, la más relevante- de ese trabajo se produce el fenómeno de la “ajenidad en el mercado”, esto es, que entre el trabajador directo y el consumidor se interponga jurídicamente un extraño, que cobrará el precio de ese bien o de ese servicio, que habrá pagado al trabajador un salario y que procura realizar un beneficio” como es el caso de las plataformas quienes establecen el precio del servicio, obtienen un porcentaje del mismo y otro es destinado al trabajador. Igualmente, se pueden agregar indicios de laboralidad que no contempla actualmente nuestra jurisprudencia a partir de lo

establecido en el artículo 13 literal a) y b) de la Recomendación 98 de la OIT que precisa que los estados miembros deberían incorporar a la legislación laboral nacional una serie de indicios que identifiquen una relación laboral:

“(a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y
(b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador”.

Como se podrá observar a los clásicos indicios laborales, se suman unos que se adaptan a la prestación de servicios del siglo XXI sustentados en el entorno productivo de las nuevas tecnologías, tal como el trabajo efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona, requiere la disponibilidad del trabajador, implica el suministro de herramientas de la persona o empresa que requiere el trabajo, como la plataforma, o que la remuneración constituya la única o principal fuente de ingreso del trabajador.

En esa línea, también se podría establecer la presunción de laboralidad cuando concurren algunos de los supuestos del test ABC que recoge la legislación AB5 de California y que el empleador no pueda acreditar se considerará al repartidor como trabajador dependiente:

“(A) que el trabajador está libre del control y la dirección de la entidad contratante en relación con el desempeño del trabajo, tanto bajo el contrato para el desempeño del trabajo como, de hecho
(B) que el trabajador realiza un trabajo que está fuera del curso habitual de la empresa de la entidad contratante, y
(C) que el trabajador se dedica habitualmente a un comercio, ocupación o negocio establecido independientemente”

Una regulación especial laboral que considere estos aspectos para su configuración además de la subordinación clásica, permitirá el encaje sin dificultad del trabajador con autodeterminación restringida como trabajador dependiente.

CONCLUSIONES

1. Es alta la probabilidad que los órganos jurisdiccionales determinen, de someterse a su competencia una controversia sobre la naturaleza jurídica que vincula a la plataforma digital a demanda y su trabajador, que existe una relación jurídica laboral a partir de la aplicación de la LPCL, doctrina jurisprudencial de la Corte Suprema de la República y del Tribunal Constitucional. Lo anterior implica incertidumbre jurídica y otorgar el bloque normativo laboral del régimen general laboral de la actividad privada de la LPCL a los trabajadores de la plataforma.

La indicada regulación construida en base al sistema industrial no resulta suficiente para abordar normativamente el sistema de organización productiva del entorno digital de las plataformas de trabajo a demanda, además de generar costos laborales exorbitantes no previstos que seguramente perturbará el mercado en el que se desenvuelve poniendo en riesgo los empleos que genera, además de afectar a los consumidores.

2. Los trabajadores de las plataformas digitales de trabajo a demanda deben contar con protección a través de derechos mínimos que contemple los derechos laborales fundamentales. Asegurar el trabajo decente de los trabajadores de las plataformas digitales a demanda. Libertad sindical, jornada máxima, seguridad y salud en el trabajo, remuneración mínima, así como cobertura médica y contra accidentes.
3. La subordinación como elemento esencial del contrato de trabajo producto del sistema de producción industrial no resulta suficiente frente al modelo de organización de producción de servicios de las plataformas digitales de trabajo para la configuración de una relación laboral y con ello la protección que brinda el Derecho del Trabajo. Los elementos característicos de la relación de trabajo ambientales y temporales como, centro de trabajo, jornada laboral y mandos medios que supervisan las actividades se difuminan en el entorno productivo de las plataformas digitales que dificulta su encaje dentro de los requisitos para la existencia del contrato de trabajo en la relación jurídica de las partes.
4. El Derecho del Trabajo debe evolucionar y adaptarse a los cambios del entorno productivo que se presentan sobre la base de las tecnologías de la información y comunicación, como es el caso de las plataformas digitales de trabajo a demanda, a fin de continuar cumpliendo su razón de ser: equilibrar la relación jurídica y proteger a la parte débil, persona humana.
5. Las plataformas digitales de trabajo a demanda prestan un servicio subyacente y no forman parte de la economía colaborativa sino de la economía bajo demanda, pues organizan la prestación del servicio y no sólo son un

intermediario entre la oferta y demanda, además de perseguir un beneficio económico. Por tanto, son parte del Modelo *business-to-consumer* (B2C).

6. Las plataformas digitales de trabajo a demanda son una de las principales fuentes de empleo de los jóvenes mediante el cual generan ingresos para cubrir sus necesidades, pese a ejecutarlas de manera precaria. Por ello, se requiere contribuir al desarrollo de esta fuente de empleo que contribuya a la generación de ingresos, consumo y productividad del país.
7. Las plataformas digitales de trabajo a demanda desarrollan sus actividades en la informalidad laboral, razón por la cual el Estado debe intervenir a fin de regular dicha actividad.

RECOMENDACIONES

1. Normar legislativamente un régimen laboral especial que garantice los derechos laborales fundamentales y el trabajo decente de los trabajadores de reparto de las plataformas digitales de trabajo a demanda, considerando el nivel de informalidad laboral, el impacto en el mercado de trabajo y en el que desarrollan sus actividades comerciales, así como en los consumidores, además del progreso de estas empresas en busca de la productividad y competitividad del país. Ello generará seguridad jurídica respecto a las partes contratantes en relación a la naturaleza jurídica de su relación.
2. Diálogo social entre el Estado, representantes de las plataformas y de los trabajadores para establecer el contenido de la regulación laboral que les será aplicable.
3. Ampliar la configuración de la subordinación jurídica establecida en la LCPL, para efectos del régimen laboral especial del trabajador con autodeterminación restringida de las plataformas digitales de trabajo, y considerar a los indicios de laboralidad establecidos en la recomendación 198 de la OIT como supuestos que originen el contrato de trabajo.
4. El Ministerio del Trabajo y Promoción del Empleo debe contar con la información de las personas que trabajan en las plataformas digitales de trabajo. Edad, formación, ingresos, tiempo de conexión y de ejecución, accidentes, entre otras. Ello permitirá tener conocimiento adecuado del impacto que generan en el mercado de trabajo las aplicaciones de esta naturaleza y formar parte de las estadísticas del indicado ministerio. Actualmente, no se cuenta con información formal relacionada a la cantidad y características de los trabajadores de las plataformas digitales. Esta información es importante para determinar el colectivo que conforma este grupo: Nivel educativo, ingresos: primarios o secundarios, nacionalidad, edad, periodo de trabajo, entre otros.
5. Diálogo social entre el Estado, representantes de las plataformas y de los trabajadores para establecer el contenido de la regulación laboral que les será aplicable.

FUENTES DE INFORMACION

REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS:

ABC Economía de España 2020, Glovo reduce la tarifa base de sus repartidores a la mitad en pleno estado de alarma. Ver:

https://www.abc.es/economia/abci-glovo-reduce-tarifa-base-repartidores-mitad-202004160200_noticia.html?ref=https%3A%2F%2Fwww.google.com.pe%2Furl%3Fsa%3Dt

Anna Ginès i Fabrellas, Sergi Gálvez Duran (2016). Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital. Revista para el Análisis del Derecho, 44.

Alarcon Caraguel , M.R “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio de contrato de trabajo”, revista española de Derecho del Trabajo, N° 28, 1986, p. 500

APARICIO TOVAR, JOAQUÍN, Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Universidad de Castilla - La Mancha. La Reforma: Violencia Empresarial, Degradación Del Trabajo Y Mala Fe <http://www.japariciotovar.blogspot.com/2012/02/la-reforma-violencia-empresarial.html>.

Banco Interamericano de Desarrollo, 2019, El futuro del trabajo en América Latina y El Caribe se pregunta ¿Cómo garantizar los derechos de los trabajadores en la era digital?

Banco Interamericano de Desarrollo (2017) “Medición del costo del trabajo asalariado en américa latina y el caribe”
<https://publications.iadb.org/publications/spanish/document/Medici%C3%B3n-del-costo-del-trabajo-asalariado-en-Am%C3%A9rica-Latina-y-el-Caribe.pdf>

Beltran de Heredia, I. (marzo 2018). Economía de las plataformas (Plafom economy) y contrato de trabajo. Ponencia en XXiX Jornadas Catalanas de Dret Social. Barcelona. Pag. 6 Citando a SERRANO OLIVARES (2017), p. 19; y SÁNCHEZ-URÁN AZANA (2017, 3), p. 4.

Blancas Bustamante, Carlos (2011). La cláusula del estado social en la Constitución Análisis de los derechos laborales fundamentales.

Borja Suarez Corojudo, 2018, “La Gran Transición: La Economía de Plataformas Digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social” Temas Laborales núm 141/2018. P- 37-66

Codagnone, C. Y Martens, B. *Scoping the Sharing Economy: Origins, Definitions, Impact and Regulatory Issues*. Instituto for prospective technological studies digital econom, working paper, 2016/01.

“Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones *Una Agenda Europea para la economía colaborativa de 02 de junio de 2016*”.
file:///C:/Users/pc/Downloads/COM_2016_356_F1_COMMUNICATION_FROM_COMMISSION_TO_INST_ES_V2_P1_851616.pdf

De Soto, Hernando (1989), *The Other Path: The Invisible Revolution in the Third World*, HarperCollins.

De Stefano *The rise of just in time workforce: on demand work, crowdwork and labour protection in the gig economy* OIT, Ginebra 2016

Dialoguemos para innovar en la digitalización del ‘delivery’
https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/12/23/opinion/1577114103_740206.html

Diario Internacional El País, 2019 “La Sociedad da la espalda a la propiedad: usuarios de todo; dueños de nada”,
https://elpais.com/economia/2019/10/03/actualidad/1570115414_306004.html

“Dictamen del Comité de las Regiones Europeo — La dimensión local y regional de la economía colaborativa”
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015IR2698&from=ES>

Eduardo Martín Puebla *El trabajador autónomo económicamente dependiente Contexto europeo y régimen jurídico tirant lo Blanch Valencia 2012*

Eduardo Rojo Torrecilla (2019) *La regulación contractual de los trabajadores de plataformas en Francia. Lo que se quiere contar, y lo que se debe explicar. A propósito de la Ley de 24 de diciembre de 2019 de orientación de las movilidades*
<http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html?m=1>

GONZALES MÁRQUEZ, FELIPE. **Europa: crisis y respuesta**, Diario El País 12 de noviembre de 2011, Sección Política.

Irpoup Argentina. Disponible en la dirección electrónica siguiente:
<https://www.iproup.com/economia-digital/11902-rappi-glovo-pedidosya-argentina-probara-un-marco-laboral-inedito-y-el-negocio-de-las-app-se-tornara-inviabile>

Madariaga. J, Buenadicha. C, Molina. E, y Ernst. C (2019). *Economía de Plataforma y Empleo ¿Cómo es trabajar para una app en Argentina?* CIPECC-BID-OIT. Buenos Aires, 2019. Pag 15 -19

Mankiya. Lund, Robinson, Valentino y Dobss (2015) *A labor market that Works: connecting talent with opportunity in the digital age*. Mckinsey Global Institute

Miguel Rodríguez Piñero Royo y Macarena Hernández Bejarano 2017 “Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafío” Editorial Bomarzo

MOLINA, Javier, “Los retos laborales de la “on-demand economy”: el caso Über”, Cuatrecasasblog.com, 28 de octubre de 2015 (<http://cuatrecasasblog.com/laboral/2015/10/28/los-retos-laborales-de-la-on-demand-economy-el-caso-uber/>).

MOLINA, Javier, “Gig economy/on demand economy: Encaje no uniforme de las relaciones laborales” <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/gig-economyon-demand-economy-una-realidad-no-univoca-para-las-relaciones-laborales/>

LegiFrance 2019, https://translate.googleusercontent.com/translate_c?depth=1&hl=es&prev=search&rurl=translate.google.com.pe&sl=fr&sp=nm4&u=https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do%3FcidTexte%3DJORFTEX000039666574%26categorieLien%3Did&usq=ALkJrhjrPz_wbVadUzpVN-wgfRNYx2tDw

Lisa Gansky en su libro “The Mesh Why the Future of Business is Sharing” 2010 by Portafolio Pinguin

Los modelos colaborativos y bajo demanda en plataforma digitales”, Asociación Española de la Economía Digital y Sharingspaña, pag. 6-9 <https://www.adigital.org/informes-estudios/los-modelos-colaborativos-demanda-plataformas-digitales/>

Loayza, Norman (2007), Causas y consecuencias de la informalidad en el Perú. Disponible en la dirección electrónica siguiente: <https://www.bcrp.gob.pe/docs/Publicaciones/Revista-Estudios-Economicos/15/Estudios-Economicos-15-3.pdf>

OCDE 2017 “Perspectivas de la OCDE de la Economía Digital 2017”. Ver en:

<https://economicon.mx/ec0n0/wp-content/uploads/2018/06/libro-perspectivas-ocde-economia-digital-2017.pdf>

[Objetivos de desarrollo sostenible 17 objetivos para transformar nuestro mundo](#)

Olea, Alonso 1994, Introducción al Derecho del Trabajo, Madrid, Civitas, 5 ed. 1994

Olea, Alonso Manuel (1990). Las fuentes del derecho en especial del derecho del trabajo según la constitución (segunda edición) Madrid: Civitas

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

Organización Internacional del Trabajo, 2019 a través de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo en el documento “*Trabajar para un futuro más prometedor*”

PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. **Derecho del Trabajo**. Madrid. CEU-RA, 18º Ed. pág. 40

PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. **Derecho del Trabajo.**

PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL. Artículo **“Un compañero de viaje histórico del Derecho del trabajo: la crisis económica”**

PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL; **Derecho del Trabajo e ideología. Medio siglo de formación ideológica del Derecho de Trabajo Español**, Madrid, 1995.

Palomeque López, Manuel “Derecho del trabajo e ideología”Editorial Tecnos 7 Edición 2011.

PALOMEQUE LOPEZ, MANUEL y ALVAREZ DE LA ROSA, MANUEL. **Derecho del Trabajo.** Madrid. CEU-RA, 18º Ed., pág. 40

Palomeque López, Manuel Carlos (2003). El principio de favor en el derecho del trabajo. En de la Villa Gil & López Cumbre, *Los principios del derecho del trabajo* (p. 17-38)

Plaza. J, Rodríguez. D, Gómez Álvarez. R, Nuevo contexto para el trabajo: economía de plataformas y liberalismo económico en “Trabajo en Plataformas Digitales: Innovación Derecho y mercado” Editorial Aranazadi, S.A.U. Pag. 44

“Perspectivas de la OCDE de la Economía Digital 2017” p. 26 y 27

PLÁ RODRÍGUEZ, AMÉRICO: “Los Principios del Derecho del Trabajo”, Ediciones Depalma, Tercera Edición, 1998, Buenos Aires, pág. 313 y ss. Argentina.

Rodriguez María Luz <http://agendapublica.elpais.com/derechos-los-trabajadores-las-plataformas-digitales/> (2018)

Sanchez Ocaña Miguel, “La Uber Economy y el fenómeno de la economía colaborativa: el mundo del trabajo en disputa” “Trabajo en Plataformas Digitales: Innovación Derecho y mercado” Editorial Aranazadi, S.A.U. Pag. 71

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. **El derecho del trabajo como categoría histórica.** Pag. 7. Artículo publicado en <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. **“El discurso de la crisis y las transformaciones del derecho del trabajo: Un balance tras la reforma laboral de 1994”** Estudios financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social, Madrid, 1996, N° 165

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. **El derecho del trabajo como categoría histórica.** Pag. 7. Artículo publicado en <http://wilfredosanguinetti.wordpress.com/mis-articulos/>

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO (2008). La Reconstrucción Jurisprudencial del Derecho del Trabajo en la experiencia del Tribunal Constitucional Peruano. *Derecho & Sociedad*, (30), 75-83. Recuperado a partir de <http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/derechoysociedad/article/view/173301>
Artículo publicado en <http://wilfredosanguineti.wordpress.com/mis-articulos/>
SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. **El derecho del trabajo como categoría histórica**. Pag. 7.

SANGUINETI RAYMOND, WILFREDO. **“El discurso de la crisis y las transformaciones del derecho del trabajo: Un balance tras la reforma laboral de 1994”** Estudios financieros. *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, Madrid, 1996, N° 165, pág. 28

Sergio Quiñones et al (Palomeque, 2019) “El derecho del trabajo en la actualidad: problemática y prospectiva. Estudios en homenaje a la Facultad de Derecho PUCP en su centenario”

SUPIOT, Alain. “Home Juridicus” Traducción de Silvio Mattoni, edición original Parias 2005, edición en español, Buenos Aires 2007, pp. 193

Todoli Adrián (2017) *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Valencia-España: Tirant lo Blanch

Todoli et al. “Trabajo en plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado”

Todoli Signes, A., Sanchez Ocaña, J.M., Kruifhof Ausina A., (2019) *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*

Todoli, Adrián (2017) *El trabajo en la era de la economía colaborativa*

Todoli Signes, Adrian “Plataformas Digitales y concepto de trabajador: Una propuesta de interpretación finalista” *LAN HARREMANAK – REVISTA DE RELACIONES LABORALES*, nº 41 / Edición postprint, pág. 3

Toledo Toribio, Omar. “*El principio de progresividad y no regresividad en materia laboral*”, disponible en la dirección electrónica siguiente: <http://omartoledotoribio.blogspot.pe/2010/12/el-principio-de-progresividad-y-no.html>

Trillo Francisco ¿QUÉ DERECHOS LABORALES PARA LOS “RIDERS” DE PLATAFORMAS DIGITALES? UN DEBATE INTERNACIONAL. HABLA FRANCISCO TRILLO <https://baylos.blogspot.com/2020/08/que-derechos-laborales-para-los-riders.html?pref=fb&m=1>

Vanessa Belapatiño, Francisco Grippa y Hugo Perea (2017). Perú informalidad laboral y algunas propuestas para reducirla. BBVA Research, disponible en la dirección electrónica siguiente: <https://www.bbvaresearch.com/wp-content/uploads/2017/01/Observatorio-informalidad-laboral1.pdf>

Vega Ruiz, María Luz, “TRABAJO, RELACIÓN DE TRABAJO Y DERECHO DEL TRABAJO: ¿CRISIS O RENACIMIENTO?” El futuro del trabajo: cien años de la OIT XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Salamanca, 2019.

Ulloa Millares, Daniel. “La Titularidad de los Derechos Constitucionales Laborales y su Tratamiento Legal: Ideas sobre el concepto de Trabajador Previsto en la Constitución y las Relaciones Laborales Legalmente Excluidas” Derecho & Sociedad 40 (2015, pag. 111)

ANEXO 1

Encuesta realizada a 20 trabajadores del aplicativo Rappi.