

¿Los trabajadores de plataformas son independientes?

Análisis de sentencias internacionales que niegan el carácter laboral de la relación contractual

BORRADORES DE TRABAJO Y DERECHO

oct. 2021 #2

Natalia Ramírez Bustamante

Juan Felipe Parra Rosas

Andrés Rodríguez Morales



Este informe es resultado del Semillero de Investigación Trabajo y Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes, un espacio de reflexión e investigación tanto para profesores como para estudiantes de pregrado y posgrado en torno a temas relacionados con el empleo, el acceso al mismo y la seguridad social.

 @laboraluniandes

Natalia Ramírez Bustamante

Abogada y filósofa con maestría en derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). LL.M. y Science Juris Doctor de la Universidad de Harvard (EE. UU.). Profesora asistente de la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Colombia). Directora del Semillero de investigación Trabajo y Derecho.

Correo electrónico: ramireznb@uniandes.edu.co

Juan Felipe Parra Rosas

Estudiantes del programa de Maestría en Derecho, Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Investigación Trabajo y Derecho.

Correo electrónico: jf.parra12@uniandes.edu.co.

Andrés Rodríguez Morales

Abogado de la Universidad del Rosario. Estudiante del Doctorado en Derecho de la Universidad de los Andes. Miembro del Semillero de Investigación Trabajo y Derecho.

Correo electrónico: a.rodruiguez10@uniandes.edu.co.

Imagen de portada:

Foto de Brett Jordan en Unsplash

https://unsplash.com/photos/phUtWl8RyFE?utm_source=unsplash&utm_medium=referral&utm_content=creditShareLink

Resumen

Este informe analiza ocho decisiones judiciales en distintas jurisdicciones alrededor del mundo en las que se niega la existencia de una relación laboral entre domiciliarios y/o conductores y las plataformas digitales de reparto. El análisis que presentamos ofrece la identificación de estos fallos y sintetiza los argumentos utilizados por jueces en distintas jurisdicciones para motivar sus decisiones cuando se han negado a declarar la existencia de una relación laboral. En el Primer Borrador de Trabajo y Derecho, que inauguró esta serie de publicaciones, presentamos el análisis de las treinta sentencias que declararon la existencia de una relación laboral entre domiciliarios, conductores y las plataformas de reparto. Estas 38 sentencias son un listado exhaustivo de las sentencias existentes entre 2018 y marzo de 2021 en los siguientes idiomas: español, inglés, portugués, italiano y francés.

Palabras clave: trabajo en plataformas, derecho laboral, subordinación, domiciliarios, conductores.



Introducción

La comprensión del trabajo en plataformas digitales de reparto ha significado un reto importante. Académicos, jueces, diseñadores de políticas públicas y legisladores, se han enfrentado al desafío conceptual de entender la materialidad de la relación entre los domiciliarios/ conductores y estas plataformas.¹ Este informe busca contribuir a afrontar este reto en el escenario judicial, complementando el análisis presentado en el Borrador No. 1 en el cual se analizaron treinta sentencias adoptadas por tribunales alrededor del mundo que declararon la existencia de una relación laboral entre conductores/domiciliarios y las plataformas de reparto.² En este segundo número de los Borradores de Trabajo y Derecho, el Semillero de Investigación analiza en profundidad los ocho casos en los cuales tribunales alrededor del mundo han declarado la inexistencia de tal relación. El análisis solamente se concentró en las plataformas digitales de reparto en las que se presta el servicio de transporte o de domicilio.

El objetivo fundamental de estos dos informes en conjunto, es brindarles a los lectores elementos para entender el panorama amplio de la interpretación judicial global del trabajo en plataformas de reparto, las categorías legales nuevas y antiguas del derecho laboral aplicables en estos casos así como los efectos innovadores que han jalonado las nuevas tecnologías en la comprensión del derecho laboral.³ En este número nos concentramos en presentar un análisis de las sentencias en las que los jueces concluyeron que no existía una relación laboral entre domiciliarios y la plataforma. En todos estos casos, los jueces encontraron que un contrato de derecho privado era el instrumento conceptual que mejor capturaba la realidad de la vinculación entre ambos.

Para tener un panorama jurisprudencial más completo a octubre de 2021, recomendamos a los lectores realizar la lectura conjunta de los dos Borradores de Trabajo y Derecho. De esta forma, se podrá obtener una visión más amplia sobre uno de los debates más agitados en el derecho laboral actual: la tensión entre nuevas y antiguas concepciones de las manifestaciones de subordinación entre trabajador y empleado, y el uso de nuevas tecnologías para ejercer la capacidad disciplinaria del empleador de manera automática a través de

1 Sobre los retos en materia legislativa y judicial frente a la regulación del trabajo en plataformas, puede revisar el libro: Valeria Fili y Federico Costantini, eds., *Legal Issues in the Digital Economy: The Impact of Disruptive Technologies in the Labour Market* (Cambridge: ADAPT, 2019).

2 Natalia Ramírez Bustamante et al., *¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas*, borrador no. 1, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Borradores de Trabajo y Derecho (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021) Recuperado de: <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/borradores-de-trabajo-y-derecho.pdf>

3 Gérard Valenduc y Patricia Vendramin, *The Mirage of the End of Work*, report no. 6, Foresight Unit, ETUI (Brussels: ETUI, 2019),

algoritmos, aplicaciones, mensajes de texto y mecanismos que hace 10 años parecían sólo posibles en las historias de ciencia ficción.

Este texto está dividido en tres partes. En la primera presentamos la metodología que seguimos en la revisión jurisprudencial. En la segunda presentamos el análisis de los argumentos esgrimidos en las ocho sentencias de las 38 revisadas que no declararon la relación laboral y en la tercera cerramos el análisis con unos comentarios finales.

Metodología

Este informe replica la metodología utilizada en el Primer Borrador de Trabajo y Derecho. Como primer insumo, utilizamos una base de datos de decisiones judiciales sobre el trabajo en plataformas construida por la Red Internacional de Abogados Laborales de Trabajadores-ILAW Network del Solidarity Center, que fue proporcionada al Semillero de investigación de Trabajo y Derecho por parte del Centro de Solidaridad Internacional de la AFL CIO en Colombia. A partir de una depuración y complementación de esa base de datos, cuya metodología describimos detalladamente en el primer informe, culminamos con un grupo de 38 sentencias proferidas en los siguientes idiomas: inglés, francés, portugués, español e italiano. Todas las sentencias fueron leídas, analizadas y sistematizadas a través de una ficha jurisprudencial que contenía la identificación de aspectos fácticos y sustanciales de cada pronunciamiento.

Esta pretendió ser una revisión exhaustiva de las sentencias existentes en los idiomas mencionados. La sentencia más antigua de las analizadas en este informe corresponde a junio de 2017 y la más reciente a abril de 2020. Los fragmentos de sentencias que citamos en idiomas distintos al español son traducciones realizadas por integrantes del semillero y estudiantes de derecho. Hemos intentado hacer un ejercicio de traducción literal de estos fragmentos. Como se mencionó anteriormente, este texto únicamente se centra en los fallos en los que se negó la laboralidad de la relación, por lo que solamente se hará alusión a las 8 sentencias mapeadas por el semillero en las que los jueces desestimaron la relación laboral.⁴

Una aclaración sobre el uso que haremos de los términos plataforma, aplicación y algoritmo en este informe es pertinente. Con el término “plataforma” nos referiremos a las empresas cuyo objeto social consiste en ofrecer servicios a través del uso de medios digitales. Por su parte, las “aplicaciones” son diferentes programas informáticos, desarrollados por las empresas, y que utilizan dispositivos móviles o computadores con acceso a internet para generar

⁴ En esta ocasión el Semillero contó con la colaboración de Luca Ricardi, estudiante de derecho de la universidad de los Andes, y Mauricio Palacios, abogado de la Universidad del Rosario, quienes tradujeron tres sentencias. Agradecemos a Luca y a Mauricio su contribución a este informe.

conexiones entre personas que requieren un servicio y otras que lo ofrecen. Aunque plataforma y aplicación son conceptos distintos, en ocasiones nos referiremos a ellos como sinónimos, bajo el entendido de que ambas hacen alusión a la empresa y su objetivo comercial. Finalmente, por “algoritmo” entendemos un mecanismo inteligente que cada empresa modela para la gestión de sus recursos y actividades de forma eficiente de tal forma que se cumpla con el objeto de la empresa.

Caracterización de las sentencias en las que se niega la existencia de una relación laboral

Para determinar el carácter laboral de una relación contractual, la mayoría de jurisdicciones en el mundo aplica alguna versión del principio de primacía de la realidad sobre las formas jurídicas. Esto significa que, en casi todos los casos, el carácter laboral de las relaciones entre partes contratantes se evalúa con base en la práctica contractual y no por los términos de los acuerdos escritos. Por ejemplo, en el Reino Unido, la Corte Suprema ha concluido que “la naturaleza de su relación debe inferirse de la conducta de las partes, considerada en su contexto fáctico y jurídico”.⁵ Por su parte, en España, el Tribunal de Asturias reiteró la jurisprudencia laboral que dispone que “(l)a calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto”.⁶

En las ocho sentencias que analizamos en este informe, los jueces se apartaron del raciocinio internacional mayoritario en torno al trabajo en plataformas. En efecto, en 30 de los 38 casos analizados, los jueces han reconocido que entre conductores/domiciliarios y las plataformas, existe una relación laboral. En algunos de los casos que niegan el carácter laboral del vínculo, los jueces encontraron que realmente era imposible deducir del material probatorio disponible que se presentara una relación subordinada. Otros jueces, por el contrario, negaron la naturaleza laboral de las relaciones entre domiciliarios o conductores y las plataformas, utilizando argumentos procesales (aludiendo a que el conflicto era de naturaleza comercial debido a la suscripción de una cláusula compromisoria). Finalmente, un grupo de jueces concluyó que no existía relación laboral debido a que le dieron un mayor peso a las condiciones relativas de libertad que tenían los conductores y domiciliarios en las plataformas de reparto que a los mecanismos usados por éstas para “gestionar” su modelo de

⁵ *Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, The Supreme Court of the United Kingdom [2021] UKSC 5 On appeal from: [2018] EWCA Civ 2748, 19 Feb 2021.

⁶ STSJ AS 1607/2019, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social 01818/2019, Recurso de suplicación, 25 Jul 2019.

negocio. Un aspecto común a los ocho fallos es el carácter protagónico que le dan los jueces a la autonomía de la voluntad de las partes contratantes.

La mitad de las ocho sentencias analizadas fueron adoptadas por un juez europeo. El caso de Italia es particular porque es el único país en el cual la mayoría de sentencias han negado la existencia de una relación laboral. Frente a la caracterización por sector económico de la plataforma, es interesante resaltar que de las ocho sentencias, solamente en una los demandantes son conductores y en las siete restantes los demandantes son domiciliarios (Gráfica 1). Lo anterior puede ser el resultado de la asociación y similitud que tiene el servicio de transporte de personas con otro tipo de actividades en las que previamente los jueces, se habían inclinado a la laboralidad, como es el caso de la actividad de los conductores de taxis.⁷

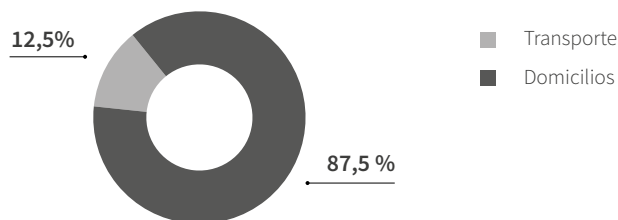


GRÁFICO 1. Sentencias que niegan la relación laboral por tipo de trabajador

El gráfico 2 presenta una línea del tiempo con los países de origen de todas las sentencias que hemos analizado en los dos Borradores y que estudian el trabajo en plataformas de reparto, así como los años en que las mismas fueron adoptadas. Las sentencias en color rojo (abajo de la línea de tiempo) muestran los fallos en los que se declaró que no existía una relación laboral y los fallos en color blanco (arriba de la línea de tiempo) muestran aquellas que declararon la relación laboral. Las sentencias están organizadas cronológicamente desde la línea divisoria hacia arriba, es decir, la primera sentencia de abajo hacia arriba es la que se adoptó más temprano en el año correspondiente y la última la que se adoptó más tarde. Añadimos números a los títulos de las sentencias para ayudar a entender su orden cronológico durante los años incluidos en esta revisión. Por ejemplo, en el caso de España, durante el año 2019 analizamos cinco sentencias. Las dos primeras (Glovo 1 y Glovo 2) reconocieron la existencia de

⁷ Nicholas Occhiuto, "Investing in Independent Contract Work: The Significance of Schedule Control for Taxi Drivers," *Work and Occupations* 44, no. 3 (August 2017), doi:10.1177/0730888417697231; *Linton v. DeSoto Cab Co., Inc.*, California Court of Appeal, 1st Appellate District, 10 May 2017; *Labour Inspector v Southern Taxis Ltd.* EMPC 191/2019, Employment Court of New Zealand Christchurch, Judgement, 14 May 2020

una relación laboral (parte superior del cuadro), mientras que Glovo 3 la negó. El mismo cuadro contiene la identificación de cuatro sentencias más contra la misma plataforma, adoptados también en España en el año 2020. Como se puede observar, es interesante que el 2020 fue el año en el que más pronunciamientos se adoptaron en la materia.

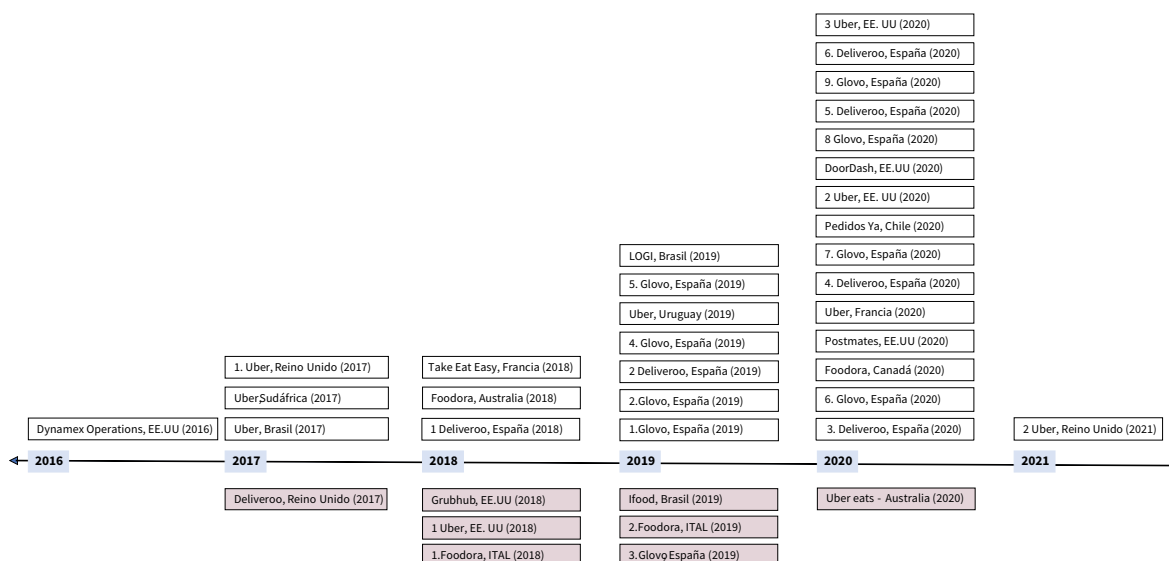


GRÁFICO 2. Línea del Tiempo - sentencias por país

Los argumentos de los tribunales para negar la existencia de una relación laboral

En las ocho sentencias analizadas los trabajadores demandantes buscaban la declaratoria del carácter laboral del contrato que los había unido con las plataformas. En todos esos casos, los jueces consideraron que no se habían acreditado los elementos de la relación laboral, otorgándole un mayor peso a la autonomía que detectaron en la relación entre los demandantes y las plataformas que a los indicios de subordinación. Esta autonomía, interpretaron los jueces, se materializaba, entre otros factores, en la capacidad de los colaboradores para escoger el horario de trabajo, no tener que justificar sus ausencias, y su libertad para determinar dónde y cómo trabajan sin que la aplicación contara con alguna potestad que pudiera coartarla. Para presentar estos argumentos y darle coherencia contextual al lector, expondremos los fallos siguiendo el orden cronológico en que los mismos han sido adoptados. El primero de estos fallos corresponde al año 2017 (Reino Unido) y el último, al año 2020 (Australia).

La primera sentencia mapeada fue proferida en el 2017 en el Reino Unido por el Comité Central de Arbitraje (CAC) que resolvió un conflicto colectivo de trabajo originado por el no reconocimiento de un sindicato por parte del empleador (la plataforma Deliveroo). El Comité negó la solicitud de reconocimiento de sindicato argumentando que entre las partes no existía una relación laboral. Esta es la única sentencia de las incluídas en este reporte en la que la subordinación no fue el elemento clave de análisis. En este caso, el Comité encontró que ni siquiera existía una prestación personal del servicio, pues los términos y condiciones de la aplicación permitían subcontratar a otra persona sin notificar a la plataforma, lo que excluía de plano la posibilidad de que el contrato fuera de trabajo. En los términos del Comité:

Al permitir un derecho de sustitución casi ilimitado, Deliveroo pierde visibilidad y, por tanto, garantía sobre quién presta servicios en su nombre, creando así un riesgo de reputación, y potencialmente un riesgo regulatorio, pero eso es un asunto que les compete a ellos. Los Riders no son trabajadores dentro de la definición legal de la s.296 TULR(C)A o de la s230(3)(b) Employment Rights Act 1996.⁸

En el año 2018, esta vez en Estados Unidos, Lawson, un domiciliario, cuestionó ante la Corte de California la clasificación de contratista independiente dada por la aplicación Grubhub, argumentando que las características de prestación del servicio para la plataforma lo hacían merecedor de ser clasificado como un empleado dependiente. Lo interesante en este caso es que el actuar de Lawson era cuestionable, ya que éste aceptaba pedidos que realmente no iba a entregar, únicamente para mantener su tasa de aceptación. En el fallo se sugiere que Lawson había aprendido a engañar a la plataforma para obtener pagos inmerecidos.

Frente a este caso, la Corte de California realizó un análisis basado en el *test Borello*,⁹ y concluyó que no existía una relación laboral debido a que el demandante no se encontraba obligado a aceptar todos los pedidos, no fue sancionado por rechazar varias entregas y podía trabajar para otras empresas:

⁸ *Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo*, Central Arbitration Committee TUR1/985(2016), Decision on whether to accept the application, 14 Nov 2017.

⁹ El Borello test es una herramienta analítica creada por la Corte Suprema de California, el cual se basa en múltiples factores para determinar si existe o no una relación laboral. Su característica principal es que requiere la consideración de todos los hechos potencialmente relevantes para encontrar diversos factores de control en el caso que está siendo analizado. Algunos de los factores que se analizan en este test son: el papel del trabajador dentro de la organización del "empleador", quién proporciona las herramientas o instrumentos para llevar a cabo la actividad y si el servicio requiere una habilidad especial, entre otros. Ver más: *S.G. BORELLO & SONS, INC., Plaintiff and Appellant, v. DEPARTMENT OF INDUSTRIAL RELATIONS*, Supreme Court of California S003956, 23 Mar 1989.

Grubhub no controló la manera o los medios de trabajo del Sr. Lawson. Tampoco si trabajó todo el tiempo o durante cuánto tiempo o con qué frecuencia, ni si realizó entregas para los competidores de Grubhub al mismo tiempo que había acordado hacer entregas para esa plataforma. Grubhub no proporcionó al Sr. Lawson ninguna de las herramientas para su trabajo (aparte de una aplicación móvil descargable) y ni Grubhub ni el Sr. Lawson contemplaron que el trabajo fuera a largo plazo o regular, sino más bien ocasional a la conveniencia del Sr. Lawson. Y aunque Grubhub tenía el derecho de rescindir el acuerdo a voluntad con un aviso de catorce días, bajo las circunstancias específicas de este caso, este derecho no le permitía a Grubhub ejercer control sobre el trabajo del Sr. Lawson.¹⁰

También en 2018, la Corte de Distrito de Pensilvania se pronunció sobre la relación contractual entre los conductores de UberBLACK y UBER, y concluyó que los conductores eran realmente contratistas independientes. La Corte partió de la definición del *Fair Labor Standards Act*, las normas laborales del Estado de Pensilvania y el *test* creado en el caso *Donovan v. Dial America Marketing*.¹¹ Siguiendo esos parámetros analíticos, la Corte argumentó que existía libertad absoluta por parte de los conductores, que los rasgos característicos de control no eran lo suficientemente fuertes para demostrar “control” (el estándar del Common Law para la subordinación) de la plataforma sobre los conductores. Para la Corte, lo único que buscaban los lineamientos establecidos por la compañía era proteger a los consumidores y asegurarse de que el servicio cumpliera con los más altos estándares de calidad. En sus términos:

Los demandados también señalan que los demandantes son completamente libres para determinar sus horas de trabajo, no tienen que presentarse a trabajar en lugares específicos, en momentos específicos o en días específicos para «marcar tarjeta». Se les permite conectarse a la aplicación el tiempo que quieran, sujeto a algunas limitaciones para los conductores que no cumplen con los estándares de calidad o seguridad, quienes pueden ser «bloqueados» o desactivados. Sin embargo, tales limitaciones sólo se aplican mientras los demandantes están en línea. Además, las limitaciones generalmente están orientadas a garantizar la seguridad y el control de calidad, como

¹⁰ *Lawson v. Grubhub, Inc.*, United States District Court for the Northern District of California Case No.15–cv–05128–JSC, 2 Ago 2018.

¹¹ Se compone de seis factores para determinar si un trabajador es un empleado subordinado: (1) el grado del derecho del supuesto empleador a controlar la manera en que se realizará el trabajo; (2) la oportunidad de ganancia o pérdida del presunto empleado dependiendo de su habilidad gerencial; (3) la inversión del presunto empleado en equipo o materiales necesarios para su tarea, o su empleo de ayudantes; (4) si el servicio prestado requiere una habilidad especial; (5) el grado de permanencia de la relación laboral; y (6) si el servicio prestado es una parte integral del negocio del supuesto empleador. Véase *Donovan v. Dialamerica Mktg. Inc.*, United States Court of Appeals, Third Circuit Case 757 F.2d 1376, 13 Mar 2018.

forzar un descanso a los conductores que han estado conduciendo sin parar durante doce horas seguidas.¹²

La Corte de Pensilvania complementó su análisis indicando que el ejercicio de un cierto control por parte de la plataforma no convierte a los conductores en empleados así como un contratista independiente no es un empleado simplemente por recibir instrucciones sobre la forma (en tiempos y calidad) en que debe desempeñar el objeto contractual. Además, la Corte concluyó que otra manifestación de autonomía tiene que ver con la posibilidad de que los conductores subcontrataran la labor de conducción con terceras personas y que la aplicación no lo prohibiera, sumado a que los conductores y sus subcontratistas estaban habilitados para trabajar con otras aplicaciones:

(...) Por otro lado, existen importantes indicios en este caso de que Uber no ejerce un control sustancial sobre los Demandantes. Por ejemplo, como dueños de negocios, los Demandantes pueden contratar o subcontratar a otros «ayudantes» para que conduzcan usando sus vehículos, y son los negocios de los demandantes los que reciben un pago, no los «ayudantes». Además, los demandantes y sus ayudantes pueden trabajar en otras aplicaciones, lo que es un indicador de que un trabajador es un contratista independiente.

(...) Además, la decisión de Uber de desactivar al demandante Razak como resultado de su condena por conducir en estado de ebriedad no sugiere «control» sino más bien un sentido de responsabilidad por la seguridad de los pasajeros que usan la aplicación (...). Así, la Corte concluye que, en conjunto, el primer factor Donovan —“el nivel de control que ejerce el presunto empleador sobre la forma en que se debe realizar el trabajo”— pesa fuertemente a favor de la condición de “contratista independiente”.¹³

En este caso, la Corte recalcó que los demandantes eran libres de comprometerse o no con la plataforma, pues podían elegir dónde y cuándo trabajar y de fundamentar sus decisiones en un análisis de conveniencia totalmente autónomo. Para los magistrados, la aplicación les ofrecía autonomía a los demandantes, limitándolos en algunos aspectos que, para la Corte, eran necesarios para el funcionamiento del modelo de negocios, sin que estas limitaciones pudieran ser consideradas manifestaciones del poder subordinante. De acuerdo con la Corte:

Es indiscutible que a los conductores de UberBLACK se les permite trabajar tanto o tan poco como deseen, sujeto a ciertas limitaciones (...) También

¹² *Razak v. Uber Techs., Inc.*, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania No. 16-573, Opinion, 11 May 2018.

¹³ *Ibid.*

se les permite trabajar durante las horas que elijan y conducir (dentro de los límites territoriales) donde prefieran. Pueden concentrar sus esfuerzos en ciertos «momentos de alta oferta» del día, la semana, el mes o el año para capitalizar los precios. Los conductores de UberBLACK también pueden trabajar para los competidores cuando creen que la oportunidad de obtener ganancias es mayor al hacerlo.¹⁴

En contraste con la interpretación de la Corte de Pensilvania, en otros casos contra UBER los jueces han concluido que algunos indicios claves de subordinación incluyen la forma de evaluación de la plataforma del desempeño de los conductores, los lineamientos sobre rutas que los conductores deben seguir y la penalización económica que pueden enfrentar si no lo hacen, la capacidad de suspender o bloquear a un conductor por violar los términos y condiciones y las sanciones y penalidades existentes por rechazar o no aceptar viajes como manifestación de su poder disciplinario.¹⁵

También en el año 2018, el Tribunal de Turín rechazó la pretensión de una demanda destinada a declarar que existía una relación laboral subordinada entre un grupo de repartidores y *Foodora*. El Tribunal basó su decisión en la inexistencia de una sujeción de los repartidores al poder directivo, organizativo y disciplinario de la plataforma,¹⁶ pues encontró que los domiciliarios tenían un alto margen de libertad por lo que consideró que en realidad existía un verdadero contrato de colaboración coordinada y continua entre demandante y demandado. Entre otros hallazgos, el Tribunal mencionó los siguientes:

(i) Se trata de un contrato de colaboración coordinada y continua, (ii) el trabajador disponía de plena libertad de postularse o no para un recorrido específico, (iii) el trabajador desarrollaba las entregas a través de una bicicleta propia que fuese “idónea y dotada de todos los requisitos solicitados por la ley para circular”. (iv) Estaba previsto que el trabajador actuaba con plena autonomía, sin estar sujeto a un vínculo de subordinación, poder jerárquico o

¹⁴ *Ibíd.*

¹⁵ Ver: Natalia Ramírez Bustamante et al., ¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas, borrador no. 1, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Borradores de Trabajo y Derecho (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021) Recuperado de: <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/borradores-de-trabajo-y-derecho.pdf>

¹⁶ En este fallo se toma como fundamento la sentencia número 2728 de la Corte de Casación, que señala que: “Son innumerables las sentencias que se han ocupado de la distinción entre trabajo subordinado y autoempleo, pero el principal criterio desarrollado por la jurisprudencia del Tribunal de Casación es aquel según el cual “constituye un requisito fundamental de la relación laboral subordinada —para el efectos de su distinción del trabajo por cuenta propia— el vínculo de sujeción del trabajador al poder directivo, organizativo y disciplinario del empleador, que se deriva de la emisión de órdenes específicas, así como del ejercicio de una diligente actividad de supervisión y control de la ejecución de los servicios de obra” BA v. CD, Corte Suprema di Cassazione (ud. 17/11/2009, dep. 08/02/2010) n.2728, 8 Feb 2019.

disciplinar, pero era necesaria la coordinación general con la actividad prestada”(...) el desarrollo de la actividad se realizaba a través de una plataforma digital denominada *Shyftplan*: “cada trabajador podía dar su propia disponibilidad para los cupos de entrega —de acuerdo con sus exigencias personales— sin estar en la obligación de hacerlo”.¹⁷

Adicionalmente el Tribunal concluyó que la aplicación no fue utilizada por *Foodora* para dar órdenes específicas y sujetar al trabajador a una estricta actividad de vigilancia y control, puesto que “la determinación del lugar y del horario no venía impuesta de forma unilateral por la empresa que se limitaba a publicar en la aplicación los espacios con los turnos de trabajo; el trabajador tenía plena libertad de dar o no la propia disponibilidad para cada uno de ellos”¹⁸. Asimismo, la sentencia encontró que “la verificación de los riders en el punto de partida y de su respectiva activación de perfil en el aplicativo entra en la modalidad de coordinación. Es evidente que *Foodora* necesitaba conocer el número de trabajadores disponibles para efectuar las entregas posteriores”.¹⁹

El Tribunal tampoco encontró indicios de la posible existencia de un poder disciplinario en cabeza del demandado, pues el domiciliario tenía la posibilidad de cancelar el servicio incluso después de haber aceptado el turno sin generar algún tipo de sanción, multa o castigo. Finalmente, el Tribunal consideró que premiar a aquellos *riders* que cumplían con sus turnos no se traducían en una sanción para quienes no lo hacían. Por ende, ante la ausencia de multas, suspensiones, llamados de atención, rescisión del contrato, entre otros, el Tribunal concluyó que no existía poder disciplinario de parte de la plataforma.

Esa sentencia fue apelada por los domiciliarios demandantes. En segunda instancia, la Corte de Turín en el 2019 confirmó que no existe una relación de subordinación entre la plataforma y los domiciliarios, basándose en la libertad contractual de las partes, tanto en la celebración del acto jurídico como en la ejecución del mismo:

Las relaciones laborales no tenían un carácter subordinado a la luz de las siguientes consideraciones: 1) la voluntad de las partes se materializó en los convenios de colaboración coordinada y continua; 2) el hecho de que los demandantes no estaban obligados a dar su disponibilidad para trabajar en uno de los turnos indicados por *Foodora* y, a su vez, que el acusado pudiera aceptar la disponibilidad dada por los solicitantes; 3) el acusado nunca adoptó acciones disciplinarias contra los actores (...). En el presente caso, *Foodora* sólo podría beneficiarse del trabajo de los recurrentes si decidían solicitar

¹⁷ *Riders (fattorino) non è qualificabile come lavoro subordinato quando manca la subordinazione al potere direttivo*, Tribunale di Torino no. 778, sentenza, 7 May 2018.

¹⁸ *Ibíd.*

¹⁹ *Ibíd.*

horarios para trabajar.²⁰(...) Sin embargo, lo que es relevante para excluir la existencia de la subordinación, es la circunstancia de que los recurrentes eran libres de dar, o no, su disponibilidad para los distintos turnos ofrecidos por la compañía. Ellos fueron los que decidieron si, y cuándo, trabajar sin tener que justificar su decisión o buscar un sustituto (...). En realidad, nadie estaba obligado a hacer un turno para el que había ofrecido su disponibilidad. Como ha señalado correctamente el juez de primera instancia, no parece que en tales casos la empresa haya adoptado medidas sancionatorias.²¹

En ese sentido, la Corte de apelación de Turín no declaró la relación laboral, pero, sorprendentemente, concedió la pretensión subsidiaria de los apelantes, calificando dicha relación como una relación de coordinación. Para la Corte la *app* se limita a decidir los turnos, proporcionar las direcciones de entrega a los mensajeros y establecer el tiempo en el que se debía llevar a cabo el domicilio, dejando en cabeza de los repartidores la autonomía en la ejecución del servicio, sin someterlos a alguna potestad disciplinaria. La implicación práctica de conceder esta pretensión a los accionantes se tradujo en otorgarles el derecho a algunas garantías contenidas en la legislación laboral italiana.²²

En el 2019 el Tribunal Laboral de São Paulo resolvió una demanda radicada por el Ministerio Público contra iFood en la que se pretendía la declaratoria de la relación laboral entre la plataforma y los domiciliarios, junto con una condena por generar una intensificación del trabajo y su pauperización. El Tribunal llegó a la conclusión de que no se configuraba una relación laboral porque el accionante no logró probar sus elementos esenciales dentro del proceso. De hecho, basándose en el material probatorio presentado, el Tribunal interpretó que los domiciliarios gozaban de plena libertad para realizar los domicilios, pues eran ellos los que mediante sus medios de producción (la bicicleta o automotor) llevan a cabo la labor sin sufrir ninguna injerencia disciplinaria por parte de la plataforma:

[E]l repartidor es realmente libre de elegir si quiere trabajar, cuándo quiere trabajar, por cuánto tiempo quiere trabajar, siendo limitado o motivado únicamente por la necesidad inherente de cualquier ser humano de obtener ingresos para vivir y su anhelo por la cantidad de ingresos que se propone obtener.

²⁰ *Pisano Marco y otros v. DIGITAL SERVICES XXXVI ITALY S.R.L.*, Corte D'appello di Torino 468/2018, sentenza, 4 Feb 2019.

²¹ *Ibíd.*

²² Italia, Decreto Legislativo 81/2015, art. 2. Según esta disposición normativa a los trabajadores en una relación de coordinación les son aplicables las reglas en materia de protección laboral y seguridad social que tienen los empleados subordinados.

La evidencia testimonial dejó claro que el repartidor cuando se encuentra conectado (a la plataforma) puede elegir la entrega que realizará, considerando que antes de aceptar se le da a conocer la distancia y el monto a pagar por la entrega (...) y también puede elegir la ruta a través de la aplicación que mejor se adapta a sus necesidades.

Demostrando que no existe obligación de ponerse a disposición para recibir pedidos, el repartidor podrá permanecer días, semanas o meses con la aplicación apagada y, al ponerse a disposición, podrá hacerlo durante más de una hora, pudiendo rechazar, sin ningún tipo de sanción, los pedidos entrantes. Queda demostrado, por tanto, que la figura indispensable de la subordinación no está presente en la relación analizada, ya sea en la dimensión clásica, objetiva o estructural, para caracterizar la relación laboral.²³

En esa misma sentencia, el Tribunal argumenta que las nuevas tecnologías traen consigo nuevos modelos de negocio con el fin de solventar las necesidades sociales. A su juicio, se generan situaciones a las que el derecho no ha respondido, dando cabida a nuevos modelos intermedios de regulación del trabajo.

Para 2019, los jueces españoles ya habían decidido cuatro casos a favor de los demandantes en dos plataformas distintas (dos sentencias contra Deliveroo y dos sentencias contra Glovo). Sin embargo, ese mismo año, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid en un caso entre un domiciliario y la aplicación Glovo²⁴ confirmó la sentencia de primera instancia que negaba la relación laboral. Para llegar a esta conclusión se basó en la libertad de elección de la franja horaria que tenía el demandante, su libertad de aceptar pedidos, la inexistencia de un pacto de exclusividad y la inexistencia de sanciones por no prestar el servicio. Textualmente, el Tribunal indicó que:

La libertad de elección de la franja horaria en la que desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad, e incluso dentro de ese periodo, puede no activar la posición de auto asignación, lo que significa que no desea estar disponible, aunque ello le supone cierta penalización en el sistema de puntuación, salvo causas justificadas. (...) La libertad de aceptar aquellos pedidos (slots) que desea realizar, sin tener que ejecutar

²³ ACPCiv 1001058- 88.2018.5.02.0008, Tribunal Regional Do Trabalho Da 2ª Região, sentencia, 1 Feb 2019.

²⁴ Dentro del proceso existió una primera acción por despido tácito, en donde se solicitó la nulidad del despido por la vulneración de derechos fundamentales y un abono de una indemnización por ello, una segunda acción sobre la reclamación de la extinción del contrato por voluntad del trabajador por incumplimiento grave y culpable del empresario y la tercera, en reclamación por despido expreso. Lo que tienen en común estas demandas son que todas solicitaban de manera principal que se reconociera la relación laboral entre el accionante y la plataforma Glovo.

un mínimo de ellos, con posibilidad de su rechazo incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna) (...) La libertad de elegir la ruta para llegar al destino fijado por el cliente, siendo éste y no la sociedad demandada quien establece las características bien del producto a adquirir bien de la forma de entrega, estableciéndose una relación directa entre repetidor y cliente.²⁵

La decisión del Tribunal enfatiza que a la hora de determinar la naturaleza de la relación contractual de los domiciliarios cada caso se debe evaluar de forma particular, ya que “la materia se rige por el más puro casuismo, de forma que es necesario tomar en consideración la totalidad de las circunstancias concurrentes en el caso, a fin de constatar si se dan las notas de ajenidad, retribución y dependencia, en el sentido en que estos conceptos son concebidos por la jurisprudencia”.²⁶ De hecho, los magistrados traen a colación la dificultad que implica diferenciar el contrato de trabajo de otros vínculos contractuales similares (particularmente los contratos de ejecución de obra y de arrendamiento de servicios), que se encuentran regulados por la legislación civil o comercial. El Tribunal concluye que es necesario darle una normativa propia al trabajo en plataforma, ya que este fenómeno abre la puerta a discusiones jurídicas muy complejas a las que los encajes dogmáticos clásicos no puedan dar una respuesta.

A pesar de que la decisión adoptada por el Tribunal desconoció la laboralidad de la relación, esta no fue unánime. El magistrado que salvó su voto sostuvo que sus compañeros de sala olvidaron analizar las libertades de los repartidores en el contexto de una red organizada y gestionada por la plataforma de reparto. A su juicio, el diseño del modelo de negocio le permite a la plataforma ofrecer “libertad” a los repartidores dada la sobreoferta de trabajadores. Sin embargo, el comportamiento de los repartidores sigue siendo controlado por la aplicación:

Hay una estructura organizativa en la que se insertan los repartidores y se diseña de tal modo que se puede conceder a cada uno de ellos un amplio margen de decisión. Así, el dato de esa libertad de acción resulta engañoso, porque solo existe gracias a la organización del servicio que establece la demandada, quien además efectúa una evaluación del repartidor que tiene en cuenta su comportamiento en tales aspectos. GLOVO necesita un cierto tipo de repartidores que se ajusten a unas pautas de organización de la plataforma y al disponer de un gran número de ellos, puede permitirles gozar de un cierto margen o flexibilidad de actuación. El glover existe porque existe

²⁵ nº 715/2019, Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social, sec. 4ª rec. 195/2019, sentencia, 19 Sep 2019.

²⁶ *Ibíd.*.

GLOVO y a la inversa, GLOVO no podría existir sin glovers. No cabe hablar de cientos de repartidores autónomos que organizan libremente su actividad, sino de una empresa que recluta a cientos de trabajadores insertándolos en una gran red en la que por sus dimensiones es posible atribuir a aquellos un margen de decisión sobre la realización del trabajo.²⁷

Posteriormente esta sentencia fue objeto de control por parte del Tribunal Supremo de España en el año 2020, a raíz del recurso de casación para la unificación de doctrina interpuesto por Glovo. Como resultado de este recurso el Tribunal Supremo español decidió casar y anular parte de la sentencia debido a que a su juicio existían pruebas suficientes para demostrar la existencia de una relación laboral entre el domiciliario y la plataforma de reparto.²⁸

En un caso similar en Australia contra UberEats, en el año 2020 la Comisión de Trabajo Justo consideró que los sistemas de puntuación no necesariamente implicaban subordinación y que en cambio eran un método para mantener los estándares de calidad del servicio que prestaba la plataforma:

El grado de control ejercido por Portier Pacific a través de las diversas obligaciones impuestas por el contrato de servicio, las directrices y el sistema de calificaciones para exigir el desempeño del trabajo a un estándar satisfactorio no necesariamente apunta a una relación laboral. No hay nada particularmente inusual en que un director establezca y aplique estándares de desempeño y calidad con respecto a los contratistas independientes contratados para realizar el trabajo.²⁹

En esa sentencia, la Comisión encontró que en la materialidad del trabajo desarrollado por la demandante nunca se le solicitó usar logos o uniformes de la aplicación y que tenía libertad en el desarrollo de sus compromisos con la plataforma hasta el punto de no tener que realizar entregas para la misma. Para la Comisión:

La [demandante] no se presentó como una representante del negocio UberEats en el desempeño de su trabajo: no se le exigió que usara uniforme, su automóvil no tenía logotipos y no hay evidencia de que se le requiriera siquiera manifestar que ella era parte del negocio de Uber Eats más allá de lo necesario para recoger la comida en el restaurante y entregarla al cliente. (...) Ella era libre de realizar las entregas que quisiera, o ninguna entrega.

²⁷ *Ibíd.*

²⁸ STS 805/2020, Tribunal Supremo. Sala de lo Social en Pleno, sentencia, 25 Sep 2020.

²⁹ *Amita Gupta v Portier Pacific Pty Ltd; Uber Australia Pty Ltd t/a Uber Eats*, Fair Work Commission Australia C2019/5651, Decision, 21 Abr 2020.

Podía iniciar sesión en cualquier momento. Ella podía optar por no iniciar sesión. Aunque hubiera aceptado una oportunidad de entrega, podría luego cancelarla.³⁰

En este caso la comisión omitió referirse al valor probatorio que le otorgaba al hecho que los domiciliarios aceptaran domicilios sin conocer la distancia que tendrían que recorrer hasta recoger el paquete en el restaurante y entre el restaurante y el domicilio del usuario. En contraste, este mismo hallazgo fue interpretado como un indicio de subordinación en el caso estudiado por el Tribunal de Apelaciones en el Reino Unido contra UBER.³¹ Asimismo, tampoco consideró como indicio de subordinación que los domiciliarios fueran desconectados temporalmente de la aplicación cuando ignoraban tres pedidos seguidos, factor que también fue interpretado como indicio de subordinación en el caso mencionado del Reino Unido.³²

La razón de la negativa: problemas probatorios, posibles sesgos interpretativos y verdaderas plataformas colaborativas

Este interrogante parece difícil de responder teniendo en cuenta que no conocemos la totalidad de los expedientes de los casos y el único material de análisis con el que contamos son las sentencias que ponen fin a los procesos. Sin embargo, es posible plantear algunas hipótesis que surgen del estudio de los fallos como proponemos en esta sección. Por ejemplo, en el caso del Tribunal de Madrid, en el de la Corte de Pennsylvania y en el de la Comisión de Trabajo Justo de Australia se podría intuir que los jueces tienen un sesgo frente a lo que entienden como trabajo subordinado. En otras ocasiones, como es el caso de Ifood en Brasil y Deliveroo en el Reino Unido, existe un ejercicio probatorio deficiente del demandante. Otras veces los jueces se encuentran con una aplicación particular en la que realmente no existe subordinación y se está frente a una verdadera plataforma de economía colaborativa, como es el caso de Grubhub. Finalmente, en algunos casos, como sucede en Italia, existen figuras jurídicas intermedias en las que se puede encuadrar la relación de los domiciliarios con las plataformas digitales.

30 *Ibíd.*

31 El Tribunal del Reino Unido concluyó que con base en el material probatorio examinado, los conductores no podían hacer crecer su propio negocio porque no tenían la capacidad de negociar los términos de la prestación con los pasajeros y tenían que aceptar los términos del negocio tal como Uber los impusiera. *Employment Appeal Tribunal. UBER B.V. vs. Aslam. 2017. 10/11/2017*

32 *Ibíd.*

a) ¿Sesgo de los jueces?

El caso del Tribunal de Madrid es llamativo porque se produjo después de que cuatro fallos habían concedido el reconocimiento a la relación laboral entre los domiciliarios y una plataforma de reparto. En ese caso, que fue resuelto en contra de los repartidores de Glovo, se puede observar que la mayoría de los magistrados le dieron un mayor peso a la aparente libertad que tenía el repartidor en su trabajo, sin entrar a estudiar las posibles manifestaciones de subordinación en lo que se hace mayor énfasis en los demás casos en la misma jurisdicción. En ese sentido, dentro de su concepto de trabajo subordinado, los magistrados no concebían la dinámica de mayor libertad que proporciona el trabajo en plataformas como un trabajo que pudiera ser al mismo tiempo subordinado. El argumento es problemático, pues tener mayor libertad no deriva necesariamente en un indicio que descarta de plano la subordinación. Aún más cuando en el derecho español —como en el colombiano— la potestad disciplinaria y de dirección se consideran indicios de subordinación³³, los cuales estaban probados y presentes en el caso. En efecto, las plataformas de reparto utilizan los mecanismos de evaluación, los sistemas de puntos, el control algorítmico y la posibilidad de rescindir el contrato por violar los terminos y condiciones como mecanismos de sanción contra los domiciliarios que no cumplen con los estándares de las plataformas.³⁴

Del recuento fáctico que realizó esa misma sentencia, se deduce que el accionante se concentró, en su ejercicio probatorio, en acreditar los hechos relacionados con las incapacidades médicas que le impidieron durante algunos periodos prestar su servicio a la plataforma, su remuneración, y la modalidad de la labor que desempeñaba. Sin embargo, la interpretación que hizo el tribunal indica que el accionante no cumplió con su carga probatoria para demostrar la existencia de una relación subordinada. Pese a lo anterior, en la descripción del modelo de negocios el fallo deja a entrever que existen elementos suficientes para entender que se configura una relación subordinada entre el accionante y la aplicación. A este respecto el Tribunal señaló que:

³³ Véase por ejemplo: STS 1449/2020, Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, Sala Social. sentencia 12 Mayo de 2020

³⁴ Es precisamente en estos mecanismos en los que el Tribunal Supremo Español encontró que existen indicios fuertes de laboralidad en la relación entre GLOVO y sus domiciliarios, señalando que: “El sistema de puntuación de los repartidores se nutre de tres factores, uno de los cuales es la realización de los servicios en las horas de mayor demanda (las denominadas horas diamante)”. “(...) En la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución”. STS 805/2020, Tribunal Supremo. Sala de lo Social en Pleno, sentencia, 25 Sep 2020.

En ambos sistemas la puntuación del repartidor se nutre de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa «horas diamante». La puntuación máxima que se puede obtener es de 5 puntos.

Existe una penalización de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada por él. Si la no disponibilidad obedece a una causa justificada, existe un procedimiento para comunicar y justificar dicha causa, evitando el efecto penalizador.

(...)

Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.³⁵

En la sentencia de la Corte de Pennsylvania contra UBER, los magistrados también parecen sostener una visión restringida respecto de la subordinación en el trabajo en plataformas. En este caso, los magistrados omitieron un examen profundo sobre los mecanismos de evaluación del desempeño de los conductores de la plataforma, la capacidad de suspensión y bloqueo, así como las sanciones y penalidades existentes por rechazar o no aceptar viajes, entre otros, que han sido acreditados en otros casos contra la compañía. Estas pruebas, que para la mayoría de otros jueces en otras jurisdicciones son manifestaciones de subordinación, fueron interpretadas por la Corte de Pennsylvania como herramientas necesarias para el buen funcionamiento de la plataforma. Además, como lo sugiere la Corte en la sentencia, la estrategia de los demandantes no era sólida, ya que no contaban con buen material probatorio y sus testimonios fueron confusos, llegando a la conclusión de que “(l)os demandantes no han aportado pruebas suficientes para cumplir con su carga de demostrar que son empleados”.³⁶

Sin embargo, al igual que en el caso del Tribunal de Madrid, la Corte de Pennsylvania pasó por alto y no se detuvo en ninguna de las 38 páginas de la sentencia a realizar un análisis sobre los indicios de subordinación que se encuentran en el funcionamiento de la aplicación. De esta forma, la decisión de la Corte sugiere un sesgo frente a la conceptualización de la relación subordinada, encuadrando el sistema de puntuación y las sanciones que impone la plataforma en herramientas de gestión, mientras que para varios otros tribunales en el mundo son indicios fuertes de subordinación.³⁷

³⁵ n° 715/2019, Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social, sec. 4ª rec. 195/2019, sentencia, 19 Sep 2019.

³⁶ *Razak v. Uber Techs., Inc.*, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania No. 16-573, Opinion, 11 May 2018.

³⁷ Ver por ejemplo: Employment Appeal Tribunal. *UBER B.V. vs. Aslam*. 2017. 10/11/2017

Por otro lado, en la sentencia de la Comisión de Trabajo Justo de Australia algunos apartes de la sentencia sugieren que los jueces intuían que podían existir elementos suficientes para acreditar una relación laboral entre la demandante y Uber Eats. De hecho, en el acápite de las consideraciones la Comisión cita la sentencia del Tribunal de Apelación del Reino Unido contra Uber y señala que la relación existente entre la demandante y la aplicación no puede ser catalogada de entrada como independiente. Sobre este punto la Comisión señala lo siguiente:

(...) no consideramos que el hecho de que la Sra. Gupta deba proporcionar su propio vehículo y celular para realizar su trabajo indique necesariamente que sea una contratista independiente.³⁸

Sin embargo, al igual que lo hace la Corte de Pennsylvania, la Comisión desecha la idea de que el sistema de calificación, las obligaciones y directrices impuestas por Uber Eats sean indicios de subordinación. En su argumentación la Comisión estimó que el ejercicio de una cierta dirección de la labor en términos de desempeño y calidad con respecto a los contratistas no necesariamente implica la existencia de subordinación laboral.³⁹

Por lo tanto, la Comisión termina desechando indicios que en otras sentencias han sido clave para declarar una relación laboral.⁴⁰ Ahora bien, en este caso la Comisión hubiera podido argumentar de una manera totalmente distinta y llegar al mismo resultado sin tener que desestimar los indicios de control que se encuentran en el funcionamiento de la plataforma. En particular, de acuerdo con los hallazgos probatorios, era el esposo de la accionante quien conducía el vehículo de domicilios la mayoría de las veces, lo que materialmente habría podido eliminar la prestación personal del servicio a favor de la plataforma.

b) A juicio de los jueces, el ejercicio probatorio por parte de los demandantes fue deficiente

En el caso de iFood en Brasil, los jueces argumentaron que existió una muy mala tarea probatoria por parte del accionante. De hecho, la sentencia textualmente

³⁸ Portier Pacific Pty Ltd; Uber Australia Pty Ltd t/a Uber Eats, Fair Work Commission Australia C2019/5651, Decision, 21 Abr 2020.

³⁹ Ver cita 29.

⁴⁰ Natalia Ramírez Bustamante et al., ¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas, borrador no. 1, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Borradores de Trabajo y Derecho (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021) Recuperado de: <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/borradores-de-trabajo-y-derecho.pdf>

señaló que “el presunto fraude para evadir la relación laboral no fue probado en el proceso, ni surgió de la evidencia aportada⁴¹”, cosa que salta a la vista en toda la sentencia cuando se citan los testimonios de los accionantes de los cuales se puede deducir que “los demandantes no estaban interesados en brindar servicios a través del operador logístico bajo la figura de la subordinación, es decir, cumpliendo una jornada laboral bajo la dirección continua de la plataforma”⁴². Por ende, la valoración probatoria de los testimonios aportados por el accionante llevaron al Tribunal a rechazar la solicitud de reconocimiento de la relación laboral, ya que de los relatos de los demandantes era posible concluir que “[e]l tema de la inexistencia de relación laboral se decidió por la falta de cumplimiento de los requisitos necesarios, por las peculiaridades de la forma de organización del trabajo, que, de hecho, es innovadora y solo es posible a través de la tecnología”.⁴³

En esa misma línea, en el caso del Reino Unido llevado ante el Comité Central de Arbitraje (CAC) se evidenciaron fallas en la estrategia de litigio de los demandantes. Durante el proceso, las partes acordaron que el material probatorio sería examinado conforme a unos nuevos términos y condiciones que la aplicación (Deliveroo) redactó durante el conflicto colectivo. De la sentencia se extrae que el sindicato se vio presionado a aceptar esa condición, pues varios de los domiciliarios tenían miedo de que la declaratoria de contrato realidad mermara su libertad de elegir cuándo trabajar y cuándo no. La presión para el sindicato era fuerte, pues para que la solicitud de reconocimiento como sindicato fuera exitosa, además de la existencia de la relación laboral, era necesario probar que la organización sindical estaba conformada por al menos el 10% de los trabajadores de la “unidad de trabajo” y que por mayoría se apoyara la solicitud. Estos retos probatorios elevaron los requisitos para el éxito de los demandantes.

c) Una verdadera plataforma de economía colaborativa

En el caso de la aplicación Grubhub, todo parece indicar que los jueces realmente se encontraban frente a una plataforma de trabajo colaborativo, en la que no existía control o ejercicio de potestad disciplinaria contra los domiciliarios. Es más, del modelo de negocio de esta plataforma se puede dilucidar que existe poco control sobre los detalles del trabajo que adelantan los domiciliarios. Lo anterior, teniendo en cuenta que existe libertad en el medio de

⁴¹ ACPCiv 1001058- 88.2018.5.02.0008, Tribunal Regional Do Trabalho Da 2ª Região, sentencia, 1 Feb 2019

⁴² Ibíd

⁴³ Ibíd..

transporte, no existen exigencias relativas al vestuario, no existe un entrenamiento particular para el ejercicio de la labor, la aplicación no controlaba el tiempo, modo y lugar del trabajo del domiciliario, no existían requerimientos relativos al tiempo de entrega o número de pedidos y no tenían mecanismos para sancionar a los domiciliarios.

d) Una figura intermedia aplicable a los trabajadores de plataforma en italia

Por otro lado, en el caso italiano es importante tener presente la particularidad de la decisión, ya que su ordenamiento jurídico tiene una figura intermedia en la que el trabajador permanece, técnicamente, «autónomo» pero para todos los demás aspectos, y en particular a los de seguridad en el trabajo, salario, jornada laboral y seguridad social, la relación se rige por el estatuto que contiene las disposiciones relativas al empleo en Italia⁴⁴. Y precisamente es en esa figura en la que la Corte de Apelación de Turín encuadra la relación de los domiciliarios con la plataforma Foodora. Sin embargo, para la Corte no es posible afirmar que existe subordinación o potestad disciplinaria en tanto que es el cliente quien ostenta el poder de determinar el desempeño del colaborador, definiendo los tiempos y lugares de trabajo sin «traspasar» el ejercicio del poder jerárquico o disciplinar.

Comentarios finales

En las ocho sentencias que niegan la existencia de una relación laboral se puede identificar que, al momento de analizar la materialidad de la relación, los jueces le otorgaron un mayor peso a la libertad que tienen los conductores y domiciliarios para llevar a cabo su labor que a los indicios de subordinación. Esta postura, a su vez, se encuentra afianzada en la autonomía de la voluntad de las partes, cuya manifestación es palpable en los casos analizados en la elección del vínculo contractual que se concreta en contratos de derecho privado en los que las partes se encuentran “en igualdad de condiciones”.

Aunque existen especificidades en los casos, y una cierta dependencia de las decisiones judiciales de la habilidad probatoria de las partes en los distintos procesos, a diferencia de los fallos analizados en este informe, la mayoría de jueces han declarado la existencia de una relación laboral entre conductores/ domiciliarios y las plataformas que los emplean. Por ejemplo, es interesante

44 Decreto Legislativo 81/2015

cómo frente al caso de Glovo⁴⁵, Deliveroo⁴⁶, Uber⁴⁷ y Foodora⁴⁸ existen muchos más pronunciamientos judiciales en distintos países del mundo que, haciendo un análisis del modelo de negocio y el funcionamiento material de la aplicación, llegan a la conclusión de que existen distintos factores que indican un peso fuerte de control, dirección y disciplinamiento que se concretan en lo que se podría denominar “subordinación algorítmica”. Este concepto encuentra su fundamento en las nuevas técnicas de control que, aunque removidos del control directo empleador-trabajador, se valen de desarrollos tecnológicos que, en la práctica, tienen el mismo objetivo y efecto de supervisión y control de la ejecución de la labor que en muchos otros casos han derivado en la declaratoria de la existencia de una relación laboral.⁴⁹

De acuerdo con nuestra evaluación de los casos a partir de los textos de las sentencias y de la comparación entre ellos, de los casos que se revisaron, solamente la plataforma Grubhub Holdings no hacía uso de ningún mecanismo de sanción, seguimiento de la ejecución de la labor ni control sobre la labor del domiciliario.

Los hallazgos de este informe muestran que el debate entre autonomía de la voluntad y primacía de la realidad sobre las formas jurídicas está presente en el ejercicio de taxonomía jurídica de la relación de los domiciliarios o conductores con las plataformas de reparto en varias jurisdicciones en el mundo. Si bien a primera vista estos los modelos de negocio de las plataformas son novedosos y rompen con la construcción clásica fordista de la relación de trabajo, lo cierto es que, como se mostró tanto en el Primer Borrador de Trabajo y Derecho como en esta segunda entrega, las formas de control siguen estando presentes aunque sus manifestaciones sean menos directas y requieran una

⁴⁵ La jurisdicción española en 8 ocasiones reconoció la existencia de la relación laboral entre los domiciliarios y la plataforma Glovo. Para ver el análisis de estos fallos: Natalia Ramírez Bustamante et al., ¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas, borrador no. 1, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Borradores de Trabajo y Derecho (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021) Recuperado de: <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/borradores-de-trabajo-y-derecho.pdf>

⁴⁶ En el caso de Deliveroo la justicia española ha reconocido en 6 ocasiones que su modelo de negocio materialmente conlleva a que exista una relación laboral entre los domiciliarios y la plataforma. Ibid.

⁴⁷ En el Reino Unido (2 sentencias), Sudáfrica (1 sentencia), Brasil (1 sentencia), Uruguay (1 sentencia), Francia (1 sentencia) y Estados Unidos (2 sentencias) los jueces encontraron que entre los conductores de Uber y la plataforma existe una relación laboral. Ibid.

⁴⁸ Por ejemplo, en Australia y Canadá los jueces encontraron que la relación de los domiciliarios de Foodora con la aplicación se encuadraba en una relación laboral. Ibid.

⁴⁹ Para ver el análisis de estos fallos: Natalia Ramírez Bustamante et al., ¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas, borrador no. 1, Facultad de Derecho, Universidad de los Andes, Borradores de Trabajo y Derecho (Bogotá: Universidad de los Andes, 2021) Recuperado de: <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/borradores-de-trabajo-y-derecho.pdf>

interpretación más amplia de la relación laboral y las modalidades posibles de las nuevas formas de subordinación.

Quedan sobre la mesa varias preguntas relacionadas con la esfera o ámbito en el que se debería zanjar esta discusión. Como hemos visto, alrededor del mundo, han sido los jueces, hasta ahora, quienes se han encargado de clasificar dicha relación, lo que es muestra, quizás, de que las bases conceptuales del derecho laboral clásico podrían ser suficientes para responder en primera medida a este fenómeno. Será interesante hacer un seguimiento de los intentos regulatorios que ya comienzan a hacerse en el mundo y de qué tanto se adhieren o distancian de la relación laboral tradicional.

Referencias

- ACPCiv 1001058- 88.2018.5.02.0008, Tribunal Regional Do Trabalho Da 2ª Região, sentencia, 1 Feb 2019
- Amita Gupta v Portier Pacific Pty Ltd; Uber Australia Pty Ltd t/a Uber Eats*, Fair Work Commission Australia C2019/56
- BA v. CD*, Corte Suprema di Cassazione (ud. 17/11/2009, dep. 08/02/2010) n.2728, 8 Feb 2019.
- Chafee, Zechariah, Jr. “Do Judges Make or Discover Law?” *Proceedings of the American Philosophical Society* 91, no. 5 (December 3, 1974): 405-20.51, Decision, 21 Abr 2020.
- Donovan v. Dialamerica Mktg. Inc.*, United States Court of Appeals, Third Circuit Case 757 F.2d 1376, 13 Mar 2018.
- Filì, Valeria, y Federico Costantini, eds. *Legal Issues in the Digital Economy: The Impact of Disruptive Technologies in the Labour Market*. Cambridge: ADAPT, 2019.
- Independent Workers’ Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo*, Central Arbitration Committee TUR1/985(2016), Decision on whether to accept the application, 14 Nov 2017. 2017.
- Italia, art. 2 del Decreto Legislativo 81/2015, art. 2.
- Labour Inspector v Southern Taxis Ltd*. EMPC 191/2019, Employment Court of New Zealand Christchurch, Judgement, 14 May 2020 NZERA Christchurch 104 (2018)
- Lawson v. Grubhub, Inc.*, United States District Court for the Northern District of California Case No.15-cv-05128-JSC, 2 Ago 2018
- Linton v. DeSoto Cab Co., Inc.*, California Court of Appeal., 1st Appellate District, 10 May 2017
- nº 715/2019, Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social, sec. 4ª rec. 195/2019, sentencia, 19 Sep 2019
- Occhiuto, Nicholas. “Investing in Independent Contract Work: The Significance of Schedule Control for Taxi Drivers.” *Work and Occupations* 44, no. 3 (August 2017): 268-95. doi:10.1177/0730888417697231.

- Pisano Marco y otros v. DIGITAL SERVICES XXXVI ITALY S.R.L.*, Corte D'appello di Torino 468/2018, sentencia, 4 Feb 2019.
- Ramírez Bustamante, Natalia, Juan Felipe Parra Rosas, Antonia Celis Noguera, Andrés Rodríguez Morales, María Camila Salazar Patiño, y Juan Sebastián Sánchez Gómez. *¿Son trabajadores o contratistas independientes? Balance jurisprudencial del trabajo en plataformas*. Borrador no. 1. Facultad de Derecho, Universidad de los Andes. Borradores de Trabajo y Derecho. Bogotá: Universidad de los Andes, 2021. 1-23. Disponible en: <https://derecho.uniandes.edu.co/sites/default/files/borradores-de-trabajo-y-derecho.pdf>.
- Razak v. Uber Techs., Inc.*, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania No. 16-573, Opinion, 11 May 2018.
- Riders (fattorino) non è qualificabile come lavoro subordinato quando manca la subordinazione al potere direttivo*, Tribunale di Torino no. 778, sentencia, 7 May 2018.
- S.G. BORELLO & SONS, INC., Plaintiff and Appellant, v. DEPARTMENT OF INDUSTRIAL RELATIONS*, Supreme Court of California S003956, 23 Mar 1989.
- STS 805/2020*, Tribunal Supremo., Sala de lo Social en Pleno, sentencia, 25 Sep 2020
- STSJ AS 1607/2019*, Tribunal Superior de Justicia. Sala de lo Social Tribunal Superior de Justicia de Asturias Sala de lo Social, Oviedo. Sentencia 01818/2019, Recurso de suplicación, 25 Jul 2019.
- Uber BV and others (Appellants) v Aslam and others (Respondents)*, The Supreme Court of the United Kingdom [2021] UKSC 5 On appeal from: [2018] EWCA Civ 2748, 19 Feb 2021
- Valenduc, Gérard, y Patricia Vendramin. *The Mirage of the End of Work*. Report no. 6. Foresight Unit, ETUI. Brussels: ETUI, 2019. 1-16.

ANEXO 1. Sentencias que niegan la laboralidad de la relación

1. *ACPCiv 1001058- 88.2018.5.02.0008*, Tribunal Regional Do Trabalho Da 2ª Região, sentencia, 1 Feb 2019.
2. *Amita Gupta v Portier Pacific Pty Ltd; Uber Australia Pty Ltd t/a Uber Eats*, Fair Work Comission Australia C2019/56
3. *Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) v. RooFoods Limited T/A Deliveroo*, Central Arbitration Committee TUR1/985(2016), Decision on whether to accept the application, 14 Nov 2017. 2017.
4. *Lawson v. Grubhub, Inc.*, United States District Court for the Northern District of California Case No.15-cv-05128-JSC, 2 Ago 2018
5. *nº 715/2019*, Tribunal Superior de Justicia de Madrid. Sala de lo Social, sec. 4ª rec. 195/2019, sentencia, 19 Sep 2019
6. *Pisano Marco y otros v. DIGITAL SERVICES XXXVI ITALY S.R.L.*, Corte D'appello di Torino 468/2018, sentenza, 4 Feb 2019.
7. *Razak v. Uber Techs., Inc.*, United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania No. 16-573, Opinion, 11 May 2018.
8. *Riders (fattorino) non è qualificabile come lavoro subordinato quando manca la subordinazione al potere direttivo*, Tribunale di Torino no. 778, sentenza, 7 May 2018.

