

DESMONTANDO EL MODELO 2:

ACELERAR HACIA LA JUSTICIA

INFORME TEMÁTICO | DICIEMBRE 2022





Red Internacional de Abogados Laborales de Trabajadores (Red ILAW, por sus siglas en inglés) es una organización integrada por abogadas y abogados sindicalistas y personas defensoras de los derechos de las personas trabajadoras de todo el mundo. La misión central de la Red ILAW es unir a profesionales del derecho y a académicos y académicas en un intercambio de información, ideas y estrategias con el fin de promover y defender mejor los derechos e intereses de las personas trabajadoras y sus organizaciones dondequiera que se encuentren.
Foto de portada © Mike Dotta/Shutterstock.com
La información contenida en el presente informe se proporciona únicamente con fines informativos y no debe interpretarse como asesoramiento jurídico sobre ningún tema. La información contenida en este informe puede no constituir la información jurídica o de otra índole más actualizada. El informe contiene enlaces a otros sitios web de terceros, la Red ILAW no necesariamente recomienda ni aprueba dichos contenidos, los enlaces son solo para facilidad de quien lee. Las opiniones expresadas son las de las y los autores individuales, no las de la Red ILAW en su conjunto. Quien lee no debe actuar ni abstenerse de actuar sobre la base de esta información sin solicitar previamente asesoramiento jurídico de un abogado o abogada de la jurisdicción pertinente.

Nota aclaratoria: La igualdad entre hombres y mujeres en el mundo del trabajo es un valor fundamental para ILAW Network y la igualdad de género es un principio que guía nuestro actuar como Red internacional, por tanto ILAW aclara que en la interpretación de los textos contenidos en esta revista,

cuando se emplea uno de los dos géneros se incluye en su significado una referencia al otro género.

ÍNDICE

PROLOGO	5
DESMONTANDO EL MODELO 2: EL ANÁLISIS	6
EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: LO BUENO, LO MALO Y LO FEO	13
LOBUENO	15
Subordinación y control	
Herramientas del oficio	19
LOMALO	19
En Australia	
Sustitución en el Reino Unido	
Poder de negociación asimétrico	
Y LO FEO	26
INCLUIR LOS DERECHOS—O LA EXPLOTACIÓN—EN LAS LEYES	33
LAS DEFINICIONES	34
Facilitar el cumplimiento de las definiciones existentes	39
LOSDERECHOS	45
Leyes que otorgan derechos solamente a las personas trabajadoras por cuenta ajena	
Leyes que otorgan derechos en función de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena	
Leyes que otorgan derechos sin importar la condición de persona trabajadora por cuenta ajena	
Leyes que otorgan derechos a costa de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena	
LA APLICACIÓN	51
CONCLUSIÓN EN 6 PRINCIPIOS	55
RECOPILACIÓN DE LAS PRINCIPALES DECISIONES JUDICIALES	57
ARGENTINA	
Cáceres, Itatí Laura Lucía c/ Repartos Ya S.A. s/ Medida cautelar (decisión en español)	
Scornavache, Víctor Nicolás c/ Cabify S.A. y otros s/ Despido (decisión en español)	59
José Luis Bolzan c/ Cabify S.A. y otros s/ Despido	62
AUSTRALIA	
Deliveroo Australia Pty Ltd. v. Franco	
Nawaz v. Rasier Pacific Pty Ltd T/A Uber B.V Franco v. Deliveroo Australia Pty Ltd	
CANADÁ	
Heller v. Uber Technologies Inc, et. al	69
CHILE	
Eduardo José Estrada, et al. v. Pedidos Ya Chile Spa	71
COLOMBIA Álvaro Hernán Quina v. Rappi Sas (decisión en español)	72
GEORGIA	
Shakro Metreveli v. Wolt Georgia LLC (Caso nº 2B/1082) (decisión en georgiano)	
Shakro Metreveli v. Wolt Georgia, LLC (Caso nº 2/27777-20) (decisión en georgiano)	73
ALEMANIA	-
Caso nº 5 AZR 334/21	/5

International Lawyers Assisting Workers Network

ISRAEL Khazanovitch v. Wolt Enterprises Israel Ltd. (Wolt) (decisión en hebreo)	76
KAZAJSTÁN Ospan A. v. Glovo Kazakhstan & Ors. (decisión en kazajo)	78
COREA DEL SUR SOCAR v. National Labor Relations Commission (decisión en coreano)	81
MÉXICO Cason°637/2021	82
PAÍSES BAJOS Deliveroo Netherlands BV v. FNV / Deliveroo Netherlands BV v. Industry Pension Fund FNV v. Private Limited Co. Uber B.V FNV v. Helpling Netherlands BV Deliveroo Netherlands BV contra FNV (sentencia en neerlandés)	83 85
NUEVA ZELANDA E Tu Inc. v. Raisier Operations BV and Uber BV et. al	88
SUIZA 2C 34/2021 - Arrêt du 30 mai 2022 2C 575/2020 - Arrêt du 30 mai 2022	
TURQUÍA DECISIÓN Nº: 2022/701	91
REINO UNIDO Stuart Delivery Ltd. contra Warren Augustine Independent Workers Union of Great Britain v. Central Arbitration Committee & Roofoods Ltd. t/a Deliveroo (parte interesada)	
ESTADOS UNIDOS California Trucking Association, Inc. v. Bonta Vega v. Comimissioner of Labor	95 96
URUGUAY Eduardo Díaz contra Uber BV y Uber Technologies Uruguay S.A Carlos Herrera contra Uber BV y Uber Technologies Uruguay S.A	98 100
COMENTARIOS Y ANÁLISIS ADICIONALES SOBRE LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES A ESCALA MUNDIAL:	103
LEGISLACIÓN Y NORMATIVAS	104

Prólogo

La Red ILAW se complace en publicar esta actualización de su primer informe temático sobre la protección de los derechos laborales en las plataformas digitales, *Desmontando el modelo: litigio laboral frente a plataformas digitales* (Taken for a Ride: Litigating the Digital Platform Model). Este informe, dividido en tres partes, analiza la nueva jurisprudencia y legislación sobre las plataformas digitales de todo el mundo desde marzo de 2021.

La primera parte, elaborada por Jason Moyer-Lee, es un ensayo detallado en el que se analizan los principales casos relativos a la relación laboral en las plataformas digitales, ya sea para impugnar un despido improcedente, reclamar un determinado salario o prestación o para afiliarse a un sindicato y beneficiarse de un convenio colectivo. El ensayo también toma nota de los cambios legislativos y normativos, desde la Ley Rider española hasta la propuesta de Directiva de la UE sobre el trabajo en plataformas, entre otros. El ensayo termina con seis principios clave sobre cómo hacer frente a esta industria en crecimiento y lo que las y los "legisladores que trabajan a favor de las personas trabajadoras" deberían hacer para protegerles de mejor manera.

La segunda parte es un compendio de las principales decisiones judiciales relativas a las plataformas digitales, que incluye resúmenes de casos de todo el mundo. La última parte incluye breves resúmenes de los cambios legislativos y reglamentarios que se han producido o se han propuesto desde la última publicación de Desmontando el modelo.

Queremos dar las gracias a quienes integran la Red ILAW y han contribuido con muchos de estos casos.² Reconocemos que este compendio de casos y legislación no es exhaustivo y que, sin duda, existen otros casos y leyes relativas a las plataformas digitales. La Red ILAW continuará supervisando el desarrollo de la jurisprudencia y publicará actualizaciones de este compendio para garantizar que sea lo más exhaustivo posible.

Por favor, póngase en contacto con la Red por medio del correo electrónico <u>admin@ilawnetwork.com</u> para hacernos llegar cualquier sentencia, cambio legislativo o reglamentario que falte o sea nuevo, así como enlaces a cualquier análisis o comentario académico. Nos aseguraremos de incluirlos en futuras publicaciones.

² Entre quienes colaboraron se encuentran: Alejandra Martinez, Alper Yilmaz, Anthony Forsyth, Cassandra Waters, Clare LaHovary, Heewon Suh, Jeff Vogt, Jon Hiatt, Mery Laura Perdomo, Monika Mehta, Nicolas Pizzo, Ruediger Helm, Tamar Gabisonia y Ziona Tanzer.

Desmontando el modelo 2. El análisis

Por Jason Moyer-Lee¹

"Determinar la clasificación laboral no es muy difícil en la mayoría de los casos, siempre que se adopte un enfoque estructurado y se aplique un sentido común sustancial".

-Su Señoría el juez James Tayler²

INTRODUCCIÓN

"A veces tenemos problemas porque, bueno, somos jodidamente ilegales". Estas son las palabras de Nairi Hourdajian, la directora de Comunicación Global de Uber.4 Cualquiera puede entender por qué Uber la nombró para ese puesto, ya que es, sin duda, una comunicadora consumada. Lo que voy a explicar a continuación en 20.000 palabras, ella lo ha resumido en nueve. Si ella se hubiera encargado de redactar los informes jurídicos de Uber, la empresa se habría ahorrado millones en litigios, las y los jueces de todo el mundo habrían tenido menos dificultades para interpretar una relación laboral y mi

La cita de Hourdajian se reveló en los Uber Files (Documentos Uber), un conjunto de más de 124.000 documentos confidenciales filtrados a *The Guardian* y compartidos

Como se verá más adelante, son las personas trabajadoras quienes más a menudo sufren las consecuencias de la osadía y la ilegalidad de la empresa. Lo que puede ser análisis sería mucho más breve. poco más que "leyes laborales anticuadas" para las empresas de la economía gig, puede significar la diferencia entre un salario que cubra las necesidades básicas y otro que conduzca a la quiebra. El derecho a la protección de la legislación laboral también puede marcar la diferencia para las personas trabajadoras, por ejemplo, puede facilitarles el tiempo necesario para aislarse cuando tienen Covid-19, proporcionarles la seguridad necesaria para hacer una denuncia o negarse a trabajar en situaciones de peligro inminente, ofrecer reparaciones cuando sufren acoso racial o agresiones físicas (así como hacer

con periódicos, noticieros y periodistas de todo el mundo a través del Consorcio Internacional de Periodistas de Investigación. Los documentos abarcan desde 2013 hasta 2017 y revelan, como afirmó The Guardian, "la historia interna de cómo el gigante tecnológico Uber pasó por encima de las leyes, engañó a la policía, explotó la violencia contra las y los conductores y presionó en secreto a los gobiernos durante su agresiva expansión global". 5 Hourdajian no fue la única persona en un puesto directivo de Uber que fue sincera sobre las acciones ilegales de Uber cuando pensaba que sus palabras permanecerían confidenciales; algunos directivos y directivas reconocieron que "no eran legales en muchos países" y utilizaron el término "piratas" para caracterizarse. De hecho, el combativo director ejecutivo de Uber, Travis Kalanick, fue tan polémico que cuando el entonces alcalde de Londres, Boris Johnson, se negó a reunirse con él, dijo al parecer que "sería menos perjudicial políticamente que me fotografiaran con el líder del Estado Islámico que con Travis Kalanick". El hecho de que Boris lo rechazara por estos motivos habla por sí solo.

² Miembro afiliado del Workers' Rights Institute de la Universidad de Georgetown, profesor visitante de la Facultad de Derecho del University College de Londres (UCL), miembro asociado del Centre for Law at Work de la Facultad de Derecho de la Universidad de Bristol y secretario general emérito del Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB). El autor agradece a Daphne Assimakopoulos (Workers' Rights Institute de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown) y a los profesores Francisco José Trillo Párraga (Universidad de Castilla-La Mancha) y Mark Gaston Pearce ((Workers' Rights Institute de la Facultad de Derecho de la Universidad de Georgetown) sus comentarios sobre un borrador anterior. Cualquier error u omisión es responsabilidad exclusiva del autor.

³ Sejpal v. Rodericks Dental Limited [2022] EAT 91 at 7.

⁴ Harry Davies et al., Uber Broke Laws, Duped Police and Secretly Lobbied Governments, Leak Reveals, Guardian (julio 11, 2022), https://www. theguardian.com/news/2022/jul/10/uber-files-leak-reveals-globallobbying-campaign.

⁵ Para un resumen de las reacciones a los Uber Files por parte de sindicatos y activistas en Europa, ver Gig Economy Project.—The #Uber-Files: Reaction Round-Up, Brave New Europe (julio 10, 2022), https:// braveneweurope.com/gig-economy-project-the-uberfiles-reaction-

⁶ Rowena Mason, et al., We needed Dave and George to lean on Boris: Uber's battle for London, Guardian (julio 11, 2022), https://www. theguardian.com/news/2022/jul/11/we-needed-dave-george-lean-onboris-uber-battle-for-london.

recaer en el empleador la responsabilidad de tomar medidas para evitar estos incidentes), garantizarles la posibilidad de tomarse tiempo libre para estar con sus familias y proporcionar la infraestructura jurídica necesaria para facilitar que las se organicen de manera conjunta y hagan incidencia para mejorar su situación. Mientras que el coste de la ilegalidad puede medirse en dólares y centavos para las empresas, para sus trabajadores y trabajadoras se mide en sufrimiento humano.

Tras infringir la ley en todo el mundo, Uber eludió deliberadamente su cumplimiento.⁷ Como informó *The Guardian*:

En todo el mundo, la policía, las autoridades de transporte y los organismos reguladores intentaron tomar medidas drásticas contra Uber. En algunas ciudades, las y los funcionarios descargaron la aplicación y solicitaron viajes para poder tomar medidas enérgicas contra los viajes en taxi sin licencia, multando a las personas conductoras de Uber y confiscando sus vehículos. Las oficinas de Uber en decenas de países fueron objeto de redadas reiteradas por parte de las autoridades.

En este contexto, Uber desarrolló métodos sofisticados para frustrar la aplicación de la ley. Uno de ellos se conocía internamente en Uber como "interruptor de corte" (kill switch). Cuando se atacaba una oficina de Uber, las y los ejecutivos de la empresa frenéticamente enviaban instrucciones al personal informático para cortar el acceso a los principales sistemas de datos de la empresa, impidiendo así que las autoridades recabaran pruebas.

Los archivos filtrados sugieren que la técnica, aprobada por las y los abogados de Uber, se utilizó al menos 12 veces durante redadas en Francia, Países Bajos, Bélgica, India, Hungría y Rumanía.⁸

El objetivo era crecer a toda costa, incluso si, como dijo un ejecutivo de Uber, "se crean incendios". Según este ejecutivo, no había nada que temer. "Acepten el caos", dijo a las y los directivos de Uber, "quiere decir que están haciendo algo significativo". Mark MacGann, el ex alto directivo de Uber que filtró los documentos confidenciales, explicó la estrategia corporativa:

El planteamiento de la empresa en estos lugares consistía básicamente en infringir la ley, demostrar lo asombroso que era el servicio de Uber y luego cambiar la ley. Mi trabajo consistía en pasar por encima de las y los funcionarios municipales, entablar relaciones con las altas esferas del gobierno y negociar. También era lidiar con las consecuencias.¹⁰

Uber se refirió a este problema—en otra pintoresca caracterización—como "la pirámide de mierda". A lo largo de la embestida ilegal mundial de Uber, la empresa trató a sus conductores y conductoras como mano de obra barata y explotable, en el mejor de los casos —refiriéndose a ellos como "oferta" y "liquidez" —, y como carne de cañón en las guerras territoriales con taxistas y entes reguladores, en el peor de los casos. Como informó la *Canadian Broadcasting Corporation* (CBC):

Según un correo electrónico filtrado en 2015 de un director ejecutivo de Uber en Europa occidental, a la empresa le preocupaba especialmente que las autoridades pudieran acceder a su lista de conductores y conductoras, lo que haría "mucho más fácil para las y los recaudadores de impuestos, los entes reguladores y la policía aterrorizar a nuestra oferta" y aplicar medidas contra ella. "Si entregamos la lista de conductores y conductoras, se nos puede acabar el negocio", añadió.¹³

Uber negaba derechos laborales a las personas conductoras, les pagaba lo suficiente para ampliar sus operaciones y luego les recortaba el sueldo cuando la oferta de estas se estabilizaba. Una diapositiva en una presentación de la empresa en Ámsterdam resumía sucintamente el enfoque de la expansión:

Ciudad joven: aún está subvencionando su mercado. Conozca la tarifa neta/hora a la que se ajusta la oferta. Asegúrese de que las y los conductores no reciban un salario más alto de lo necesario para que se queden.¹⁴

⁷ Davies, supra note 3.

⁸ *Id*.

⁹ Jamie Susskind, *Uber Stormed Through an Open Door—Now Politicians Must Change the Locks*, Guardian (julio 12, 2022), https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/jul/12/uber-politicians-tech-capitalism

¹⁰ Paul Lewis et al., *The Uber Whistleblower: I'm Exposing a System that Sold People a Lie*, Guardian (julio 11, 2022), https://www.theguardian.com/news/2022/jul/11/uber-files-whistleblower-lobbyist-mark-mac-gapp

¹¹ Frédéric Zalac, Zach Dubinsky y Paul Émile d'Entremont, *Uber Deliberately Dodged Authorities, Ignored Rules in Early Years, Leaked Documents Show*, CBC (julio 10, 2022), https://www.cbc.ca/news/business/uber-ridehailing-ijic-1.6514563.

¹² Felicity Lawrence, *They Were Taking us for a Ride: How Uber Used Investor Cash to Seduce Drivers*, Guardian (julio 12, 2022), https://www.theguardian.com/news/2022/jul/12/they-were-taking-us-for-a-ride-how-uber-used-investor-cash-to-seduce-drivers.

¹³ Frédéric Zalac, supra note 11.

¹⁴ Felicity Lawrence, *supra* note 12. Uber no fue el único que adoptó este enfoque; por ejemplo, como informó Novara Media,

Cuando los enfrentamientos entre conductoras y conductores de Uber y taxistas se volvieron violentos en las calles de París, las y los funcionarios de Uber advirtieron al entonces director ejecutivo, Travis Kalanick, que seguir animándoles a protestar les pondría en peligro. "Creo que merece la pena", respondió Kalanick. "La violencia garantiza el éxito". 15

El comportamiento ilegal de Uber se sustentaba en una estrategia de comunicación y presión con la que pretendía manipular a políticos, a la prensa y al público en general. Uber "vendió" acciones —cuyo valor se esperaba que aumentara drásticamente cuando la empresa finalmente saliera a bolsa— a empresas de medios de comunicación para comprar influencia¹6 y pagó honorarios de seis cifras a economistas dentro de la academia para que elaboraran informes sobre los ingresos de las y los conductores que fueran favorables a Uber.¹7

Como escribió el autor y abogado británico Jamie Susskind:

Por supuesto, Uber no es la primera empre-

Foodpanda y su principal rival, Deliveroo, han impuesto recortes de tarifas a las personas dedicadas al reparto de toda Asia, que representan un blanco fácil para las medidas de ahorro en medio del aumento de los costos globales. Pero en varios países, las personas trabajadoras se han resistido. Las y los huelguistas de Myanmar se inspiraron en los éxitos cosechados el año pasado por sus homólogos de Hong Kong y Dubai, que obtuvieron rápidamente concesiones de las empresas de reparto, incluso en materia salarial.

Ben Dunant, In Myanmar, Workers and Activists Take on a Food Delivery Giant, Novara Media (agosto 15, 2022) https://novaramedia. com/2022/08/15/in-myanmar-workers-and-activists-take-on-a-food-delivery-giant/. Del mismo modo, para conocer de primera mano cómo las empresas basadas en aplicaciones desplegaron este tipo de tácticas en Bangladesh y cómo esto condujo a la sindicalización. El sindicato de Bangladesh se llama App-Based Drivers Union of Bangladesh. Ver, por ejemplo, Thousands of Drivers Unionizing Uber Tech Workers Coalition, TWC Newsletter (12 de abril de 2022), https://news.techworkerscoalition. org/2022/04/12/issue-6/. En Kenia, las y los conductores interpusieron un recurso judicial contra Uber. Uber intentó que se desestimara el caso por haberse presentado contra la filial equivocada. Cuando esa táctica no funcionó, intentó llevar el caso a arbitraje. Ver Zintie, Uber Pushes for Arbitration in Fares Dispute with Drivers in Kenya, ITNEWSAFRICA.COM (9 de mayo de 2022), https://www.itnewsafrica.com/2022/05/uber-pushesfor-arbitration-in-fares-dispute-with-drivers-in-kenya/. Para un relato de cómo las empresas —encabezadas por Gojek y Grab— desplegaron tácticas similares en Indonesia y, lo que es más importante, de cómo las personas trabajadoras se han resistido, ver Karen Hao & Nadine Freischlad, The Gig Workers Fighting Back Against the Algorithms, MIT Tech. Rev. (21 de abril de 2022), https://www.technologyreview.com/2022/04/21/1050381/ the-gig-workers-fighting-back-against-the-algorithms/.

sa (y desde luego no es la primera empresa tecnológica) que intenta utilizar su influencia para cambiar la ley. Lo más intrigante es hasta qué punto empujaba una puerta abierta. Uber fue bien recibida, incluso agasajada, en los pasillos del poder. Para cierto tipo de políticos y políticas optimistas, Uber encarnaba la promesa del progreso social impulsado por la tecnología. Esta reluciente plataforma era el futuro, las viejas y aburridas regulaciones eran el pasado.¹⁸

Uno de esos políticos optimistas fue Emmanuel Macron -entonces ministro de economía del gobierno socialista francés—, quien mantuvo un cordial intercambio de mensajes de texto con un ejecutivo de Uber, diciéndole que se ocuparía "personalmente" de distintos asuntos para favorecerlo.¹⁹ Integrantes del Partido Laborista australiano en Nueva Gales del Sur también parecían entusiasmados: "en Australia, la oposición siempre nos ve como una oportunidad", dijeron las y los ejecutivos de Uber en una presentación. "Literalmente estamos redactando un proyecto de ley para que parezcan inteligentes".20 Otro político (aunque ahora ya ha dejado de ejercer como tal) optimista, a favor de Uber, fue David Plouffe, director de campaña de Barack Obama durante la histórica campaña presidencial de 2008. Dejando a un lado las molestas consideraciones éticas —Plouffe fue multado por 90.000 dólares por presionar ilegalmente al alcalde de Chicago²¹ —, Plouffe estaba tan inspirado por la promesa de Uber que la comparó con la juventu voluntaria que ayudó a elegir al primer presidente negro de Estados Unidos durante la peor recesión económica desde la Gran Depresión:

Cuando caminas por la sede central de Uber en San Francisco, el lugar palpita con la presencia de personas jóvenes, brillantes y dedicadas que creen que forman parte de algo histórico y significativo [...]. Es una sensación que he tenido la suerte de experimentar antes.²²

Aunque los *Uber Files* dieron lugar a algunos titulares sensacionalistas y pusieron de relieve los negocios clandestinos de algunos políticos y políticas con la empresa, lo esencial de las revelaciones no habría sido una gran

¹⁵ Paul Lewis et al., The Uber Whistleblower: I'm Exposing a System That Sold People a Lie, Guardian (julio 11, 2022), https://www.theguardian.com/news/2022/jul/11/uber-files-whistleblower-lobbyist-mark-macgann.

¹⁶ Felicity Lawrence, Uber Offered Shares to Media Barons for Political Help, Leak Reveals, Guardian (julio 22, 2022) https://www.theguardian.com/news/2022/jul/11/uber-offered-shares-to-media-barons-for-political-help-leak-reveals.

¹⁷ Felicity Lawrence, Uber Paid Academics Six-Figure Sums for Research to Feed to the Media, Guardian (julio 22, 2022), https://www.theguardian.com/news/2022/jul/12/uber-paid-academics-six-figure-sums-for-research-to-feed-to-the-media.

¹⁸ Susskind, *supra* note 9.

¹⁹ Paul Lewis, *supra* note 15.

²⁰ Ben Butler, The Uber Files: Firm Knew it Launched Illegally in Australia, Then Leaned on Governments to Change the Law, Guardian (July 15, 2022) https://www.theguardian.com/news/2022/jul/15/the-uber-files-australia-launched-operated-illegally-document-leak.

²¹ Stephanie Kirchgaessner, Felicity Lawrence y Johana Bhuiyan, The Uber Campaign: How Ex-Obama Aides Helped Sell Firm to World, Guardian (julio 10, 2022) https://www.theguardian.com/news/2022/jul/10/uber-campaign-how-ex-obama-aides-helped-sell-firm-to-world.

²² Id.

sorpresa para quienes estudian y trabajan dentro de la *economía gig.*²³ Como declaró Jill Hazelbaker, vicepresidenta sénior de asuntos públicos de Uber, en la respuesta de la empresa al reportaje:

Han sobrado los informes sobre los errores de Uber antes de 2017. Se han publicado miles de historias, se han escrito varios libros e incluso ha habido una serie de televisión. Hace cinco años esos errores culminaron en uno de los mayores ajustes de cuentas de la historia del mundo corporativo estadounidense. Ese ajuste de cuentas dio lugar a un enorme escrutinio público, una serie de demandas judiciales de gran repercusión, múltiples investigaciones gubernamentales y el despido de varias personas en altos cargos ejecutivos. ²⁴



Foto © Centro de Solidaridad / Dmitriy Tikhonov

Pero, protestó Hazelbaker, la empresa había cambiado y había una nueva persona a cargo. Dara Khosrowshahi sustituyó a Kalanick y el 90% de las y los empleados actuales de Uber se incorporaron luego de eso. Khosrowshahi había renovado los valores y la gobernanza de la empresa y había trasladado la estrategia corporativa de la confrontación a la colaboración. "No hemos excusado

ni excusaremos comportamientos del pasado que claramente no están en consonancia con nuestros valores actuales", declaró Hazelbaker. "En cambio, pedimos a la opinión pública que nos juzgue por lo que hemos hecho en los últimos cinco años y por lo que haremos en los años venideros".²⁵

En marzo de 2021, el profesor Nicola Kountouris y yo redactamos un primer borrador de la sentencia. Y en lo que respecta al trato a las personas trabajadoras —cuatro años después de "uno de los mayores ajustes de cuentas de la historia del mundo corporativo estadounidense"—seguía habiendo mucha infamia, pero muy poco ajuste de cuentas. En "La 'Economía gig': litigando la causa del ²⁶trabajo" —parte del informe especial "Desmontando el modelo" de la Red ILAW²⁷ — evaluamos las estrategias que las empresas de la economía gig, como Uber, utilizaban para privar de derechos a quienes trabajan para ellos. Como escribimos:

El punto de partida para cualquier análisis de las relaciones laborales en la "economía gig" es reconocer que las empresas no son actores neutrales que simplemente operan negocios modernos tecnológicamente innovadores, cuyo personal puede o no tener derechos laborales. Más bien, [...] estas empresas hacen todo lo posible para construir un arsenal jurídico impenetrable a su alrededor, exigiendo a las personas trabajadoras, los sindicatos o al Estado que superen innumerables obstáculos si desean imponer cualquier obligación laboral a las empresas que actúan como "empleadores". Por lo tanto, la evaluación de los casos judiciales debe realizarse a través de este prisma, evaluando así el éxito de las leyes, los sindicatos, las personas trabajadoras y los Estados/las autoridades a la hora de superar los enormes obstáculos que les han puesto los mejores cerebros jurídicos de Silicon Valley.²⁸

El "impenetrable arsenal jurídico" incluía: tratar a las personas trabajadoras como contratistas independientes

²³ Sobre este punto en el contexto del Reino Unido, ver Alex Marshall, *The world is Rightly Appalled by the Uber Files-the drivers Aren't So Surprised*, Guardian (julio 12, 2022),

https://www.theguardian.com/commentisfree/2022/jul/13/uber-files-drivers-rights-union-iwgb.

²⁴ Jill Hazelbaker, *We Will Not Make Excuses: Uber Responds to Uber Files Leak*, Guardian (julio 10, 2022), https://www.theguardian.com/news/2022/jul/10/uber-response-uber-files-leak.

²⁵ *Id*.

²⁶ Jason Moyer-Lee y Nicola Kountouris, *The "Gig Economy": Litigating the Cause of Labour in ILAW: International Lawyers Assisting Workers Network,* Taken for a Ride: Litigating the Digital Platform Model en 10 (2021) [en adelante Moyer-Lee y Kountouris, "Litigando la causa del trabajo"].

https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/03/Issue-Brief-TAKEN-FOR-A-RIDE-English.pdf.

²⁷ *Id*. En 10.

²⁸ *Id*.

desde el principio, incluir cláusulas de indemnización en los contratos que establecieran que si la persona trabajadora hacía valer sus derechos tendría que pagar los costos legales de la empresa. De esa manera diseñaron complejos acuerdos contractuales por medio de los cuales la persona trabajadora supuestamente era contratada directamente por quien utilizaba la plataforma para la prestación de servicios de transporte o entrega, alegando que las empresas no eran empresas de transporte en absoluto, sino empresas tecnológicas. Se conectaban con las personas trabajadoras por medio de varias filiales y se basaban en la confusión para alegar que la persona trabajadora había presentado demandas contra la parte equivocada. Obligaban a las personas trabajadoras a aceptar el arbitraje obligatorio (con elevados costos desde un primer momento) como único método para resolver disputas legales con las empresas, incluían dis posiciones contractuales que pretendían que los contratos estuvieran sujetos a la legislación neerlandesa, ignoraban las leyes destinadas para hacerles frente y trataban de cambiar las leyes que no les gustaban.²⁹

La esencia de la estrategia del empleador de la economía gig es que, al utilizar tantas tácticas distintas para derrotar la lucha de sus trabajadoras y trabajadores por sus derechos, las empresas aumentan sus posibilidades de prevalecer. La base de estas tácticas, a menudo contrarias a la ley, es una absoluta falta de integridad. Por ejemplo, mientras habitualmente afirmaba categóricamente tanto en los contratos como en las comunicaciones públicas que las y los conductores de Uber que utilizan su servicio no son personas empleadas, cuando se vio amenazada con la certificación de una demanda colectiva en Ontario, Canadá, Uber argumentó en cambio que la situación de cada persona conductora o viajera individual debía determinarse en función de sus propios hechos. Como lo resumió el Tribunal Superior de Justicia de Ontario:

Uber argumenta, sin embargo, que cualquiera que sea la relación entre las y los usuarios de Uber y Uber, no hay ninguna fundamentación de hecho para concluir que existe comunalidad entre las y los miembros putativos de la clase. Uber sostiene que cualquiera que sea la relación que tenga o haya tenido con las y los 366.359 miembros putativos de la clase es intrínseca, inherente y fundamentalmente idiosincrásica. Uber sostiene que, independientemente de cómo se clasifique la relación, la clasificación tendría que determinarse caso por caso. Por lo tan-

to, Uber afirma que no hay problemas comunes y que los criterios de problemas comunes y de procedimiento preferente para la certificación no pueden satisfacerse.³⁰

Aunque revisamos numerosos casos en los que las empresas desplegaron con éxito estas tácticas para derrotar las demandas de las personas trabajadoras —en particular, aunque no exclusivamente— en Estados Unidos, parecía haber una tendencia general a que los tribunales reconocieran que las personas trabajadoras de la *economía gig* eran efectivamente trabajadoras y, como tales, titulares de derechos.

Ciertamente Uber no es el único autor del asalto patronal a los derechos de las personas trabajadoras de la economía gig; la empresa simplemente lidera la manada de lobos avaros. Si Uber puede tener una maquinaria de marketing más sofisticada, abogadas y abogados más costosos y contratos más creativos, la privación de derechos por parte de un competidor más pequeño no es menos grave para la persona trabajadora a la que se le están privando de sus derechos. Como argumentó un grupo de personas dedicadas al reparto que trabajaban para Pedidos Ya ante un tribunal laboral chileno:

[L]o que la [...] empresa no dice, es que gran parte de su actividad se sustenta en el trabajo de miles y miles de trabajadores y trabajadoras, como los demandantes, a quienes la empresa les niega su calidad de trabajadores dependientes y subordinados y con ello se los arrastra a la precariedad más absoluta.³¹

Y aunque es el principal problema, la denegación del estatus laboral de las personas trabajadoras no es la única problemática cuando se trata de su explotación. La falta

³⁰ Heller v. Uber Technologies Inc., 1999 CanLII ONSC 5518, para. 189 (Can. Ont.), https://canlii.ca/t/jhi5q.

³¹ 1° Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago, 17 mayo 2022, "Eduardo Jose Estrada y Otros v. Pedidos Ya Chile SPA," Rit N° T-980-2020.

²⁹ *Id*. at 25.

de salarios³² y horarios de trabajo decentes,³³ los despidos

³² Por ejemplo, en Australia, donde Menulog (una filial de Just Eat) ha ensayado el reconocimiento de algunas de las personas dedicadas al reparto de su empresa como trabajadoras por cuenta ajena, pero ha luchado (hasta ahora sin éxito) por el derecho a pagarles un salario inferior al que exigiría el Modern Award pertinente (es decir, el salario mínimo específico de la industria y el régimen de condiciones de empleo en Australia). Ver también Menulog Pty Ltd [2021] FWCFB 4053, Menulog Pty Ltd [2021] FWCFB 5227, Menulog Pty Ltd [2022] FWCFB 5, y Transport Workers Union of Australia (TWU), Menulog Riders Win Minimum Rights and Protections for the First Time, Trans. Workers' Union (28 de enero de 2022),

https://www.twu.com.au/press/menulog-riders-win-minimum-rights-and-protections-for-the-first-time/.

³³ Por ejemplo, y de nuevo en Australia, el Sydney Morning Herald informó sobre las conclusiones de una auditoría del Comisionado de Transporte Punto a Punto de Nueva Gales del Sur:

Las cifras de los documentos de la auditoría muestran que algunas personas conductoras trabajan muchas horas en la plataforma, incluido un pequeño porcentaje que está en la calle 17 horas al día. Una muestra de más de 11.000 turnos reveló que el 26% de las y los conductores habían realizado turnos de entre 12 y 13 horas. Eso incluye el tiempo fuera de la plataforma Uber, pero los documentos de la auditoría señalan que "el 79 por ciento de los tiempos fuera de la plataforma son de menos de 30 minutos y las y los conductores generalmente están conduciendo en su vehículo durante el tiempo fuera de la plataforma", lo que sugiere que están conduciendo para otras aplicaciones o haciendo viajes personales.

Una muestra distinta de 31.828 conductores y conductoras y sus datos de viaje mostró que 2.189 condujeron para Uber durante al menos 30 días consecutivos, mientras que 458 de ellos condujeron 61 días consecutivos, es decir, todo el periodo analizado.

Nick Bonyhady, *Under Immense Pressure: Uber Allowed Drivers to Work 61 days in a Row*, Sydney Morning Herald (febrero 16, 2022) https://www.smh.com.au/technology/under-immense-pressure-uber-allowed-drivers-towork-61-days-in-a-row-20220214-p59w9m.html.

Del mismo modo, la National Public Radio (NPR) de Estados Unidos informó sobre una sentencia del Tribunal Supremo chino relativa al tiempo de trabajo en la *economía gig*:

Un caso destacado en la reciente decisión del alto tribunal gira en torno a un hombre llamado Zhang. Fue contratado por una empresa de mensajería el verano pasado, trabaja de 9 de la mañana a 9 de la noche seis días a la semana —el horario que se ha hecho notorio bajo la etiqueta abreviada "996"—.

Según la legislación china, el total mensual de horas extraordinarias está esencialmente limitado a 36. Zhang se negó a trabajar cantidades ilegales de horas extraordinarias —como dictaba su horario— y fue despedido. La empresa de reparto dijo que Zhang no había cumplido los requisitos de su periodo de prueba. Pero él no estuvo de acuerdo y un panel de arbitraje ordenó a su antiguo empleador que le pagara el salario mensual de 8.000 yuanes (unos 1.237 dólares).

El tribunal superior ratificó esa decisión la semana pasada, diciendo que Zhang había sido despedido ilegalmente y que las políticas laborales de la empresa infringían la ley. improcedentes,³⁴ y, por si fuera poco, algunas represalias sindicales,³⁵ son parte integrante del *modus operandi*. La condición de persona persona trabajadora por cuenta ajena no es la cima de las aspiraciones de las personas trabajadoras; es más bien el suelo por debajo del cual se cae a las profundidades del infierno de la explotación. De hecho, la explotación de las personas trabajadoras es sistemática en todo el sector e inherente a los modelos de negocio adoptados por las empresas. Como afirmó la Indian Federation of App-Based Transport Workers (IFAT) al Tribunal Supremo de la India:

De hecho, el estatus de las personas que trabajan en aplicaciones hoy en día es el de trabajo forzoso/en régimen de servidumbre. Se afirma que una revisión de los contratos ejecutados por las personas que trabajan en aplicaciones con [empleadores basados en aplicaciones], los ciclos de deuda interminables y las condiciones de trabajo, la ausencia total de un mecanismo significativo de resolución de conflictos y la abdicación del Estado de proporcionar cualquier semblanza de una red de protección hará más que evidente que la *economía gig* está resultando ser una forma moderna de esclavitud.³⁶

Bill Chappell, Employers Can't Require People To Work 72 Hours A Week, China's High Court Says, NPR (Aug. 20, 2021), https://www.npr.org/2021/08/30/1032458104/12-hour-6-day-996-work-schedule-illegalchina-deaths-tech-industry

³⁴ Por ejemplo, el Philippine National Labor Relations Commission (NLRC) dictaminó recientemente que Foodpanda había despedido ilegalmente a un grupo de personas dedicadas al reparto. Grace Cantal-Albasin, *NLRC Orders Foodpanda to Pay 7 Dismissed Delivery Riders in Davao, Rappler* (julio 29, 2022), https://www.rappler.com/nation/mindanao/national-labor-relations-commission-orders-foodpanda-pay-dismissed-delivery-riders-davao/. Del mismo modo, las personas conductoras de Uber en Columbia Británica, Canadá, presentaron una denuncia laboral ante la Junta de Relaciones Laborales de la provincia, alegando que habían sido "despedidas tras supuestos conflictos con pasajeros que se negaban a seguir las normas de seguridad de COVID-19". Ver Jon Hernandez, B.C. Uber Drivers Say They Were Fired for Refusing Unsafe Work, File Labour Complaint, CBC (8 de octubre de 2021),

https://www.cbc.ca/news/canada/british-columbia/b-c-uber-drivers-say-they-werefired-for-refusing-unsafe-work-file-labour-complaint-1.6203671.

³⁵ Por ejemplo, en el caso de una filial de Just Eat en Israel, ver *Netherlands Nat'l Contact Point for the OECD Guidelines for Multinational Enters*, Initial Assessment of the notification of the FNV vs Just Eat Takeaway. com (2021). En otro ejemplo, en Alemania, la empresa de reparto Gorillas despidió a 350 conductores y conductoras sin previo aviso después de que las personas trabajadoras se declararan en huelga. Ver Sophie Deistler, Gorillas Allowed to Dismiss Striking Employees, S Magazine (8 de abril de 2022),

https://www.startbase.com/news/gorillas-durfte-streikende-mitarbeitende-entlassen/.

³⁶ Writ Petition at 50, Indian Fed. of App-Based Workers (IFAT) v. Union of India, No. 1068/2021 (diciembre. 13, 2021 Sup. Ct.) (India).

Las personas trabajadoras que explotan las empresas son predominantemente personas racializadas y, a menudo, inmigrantes; esto sucede de forma desproporcionada en el Norte Global. Por ejemplo, cerca de la totalidad de las personas conductoras que ofrecen servicios privados (como quienes trabajan para Uber) en Londres (Inglaterra) son racializadas.³⁷ En los Estados Unidos, según ha informado la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés): "el 30% de las personas adultas latinas, el 20% de las personas adultas negras y el 19% de las personas adultas asiáticas afirman haber realizado trabajos dentro de la economía gig, frente a solo el 12% de las personas adultas blancas".38 Del mismo modo, en los Estados Unidos, alrededor del 50% del personal de reparto de Uber³⁹ y el 69% del personal de Lyft⁴⁰ son personas racializadas. En Francia, Uber Eats desactivó recientemente 2.500 cuentas de personas trabajadoras, muchas de ellas porque eran inmigrantes sin documentación (de cuya mano de obra parecía beneficiarse la empresa anteriormente).41 Como le dijo Lorena González —la asambleísta de California que patrocinó la AB 5, la histórica ley sobre el estatuto laboral de ese estado (de la que hablaremos más adelante)— a la profesora Veena Dubal:

Las empresas que hacen parte de la economía gig reclutan estratégicamente a conductores y conductoras de clase trabajadora y comunidades racializadas. Buscan personas trabajadoras vulnerables que estén atrapadas en un ciclo continuo de desesperación y necesidad de efectivo inmediato. [Intentan] asegurarse de que estas personas que conducen —que en su inmensa mayoría

son negras y morenas— queden relegadas a una subclase permanente de personas trabajadoras que reciben menos del salario mínimo sin ningún beneficio real. ⁴²

"La condición de persona trabajadora por cuenta ajena no es la cima de las aspiraciones de las personas trabajadoras; es más bien el suelo por debajo del cual se cae a las profundidades del infierno de la explotación".

De la misma manera en que las empresas han limpiado la cara de tantos otros aspectos de sus prácticas de explotación, también lo han hecho con la cuestión de la raza. Al igual que los fabricantes de armas argumentan que las armas de fuego son buenas para la seguridad o las compañías de cigarrillos que afirman que fumar es bueno para la salud, las empresas de la *economía gig* han tratado de presentar su explotación de las personas trabajadoras racializadas como ejemplos de su antirracismo al proporcionar oportunidades de trabajo a personas que de otro modo no las tendrían.⁴³ Como escribió el profesor Dubal sobre los esfuerzos de las empresas de la *economía gig* para privar a las personas que trabajan para ellas de la condición de personas trabajadoras por cuenta ajena, a través de leyes como la Proposición 22 en

³⁷ Jason Moyer-Lee, *It's Time for the UK government to Hear the Plight of Gig Workers*, Al Jazeera (Nov. 26, 2020), https://www.aljazeera.com/opinions/2020/11/26/gig-economy-uk. Ver también el caso de discriminación presentado por el Sindicato Independiente de Trabajadores de Gran Bretaña (IWGB) que argumentó (sin éxito) que una tasa por congestión aplicada al sector de alquiler privado, en el que predominan minorías étnicas, pero no aplicada al sector de taxis, predominantemente blanco, constituía una discriminación ilegal. IWGB v. Mayor of London & Anor [2020] EWCA Civ 1046. IWGB v. Mayor of London & Anor [2020] EWCA Civ 1046.

³⁸ Federal Trade Comm., Policy Statement on Enforcement Related to Gig Work (2022) [en adelante FTC Policy Statement), https://www.ftc.gov/legal-library/browse/policy-statement-enforcement-related-gig-work.

³⁹ *Id*.

⁴⁰ Veena Dubal, The New Racial Wage Code, 15 Harv. L. & Pol'y Rev. 511, 515 (2021) [en lo sucesivo Dubal, New Racial Wage Code]

⁴¹ Le Gouvernement Interpellé pour Simplifier la Régularisation des Travailleurs Sans-Papiers des Plateformes, Le Figaro (Sept. 20, 2022), https://www.lefigaro.fr/flash-eco/le-gouvernement-interpelle-pour-simplifier-la-regularisation-des-travailleurs-sans-papiers-des-plateformes-20220920.

⁴² Dubal, *New Racial Wage Code, supra* note 40, at 529.

⁴³ Como lo explica el profesor Dubal:

La persona trabajadora de la plataforma laboral pasó a ser identificable como una persona racializada con dificultades económicas, pero las estructuras que crearon y sostuvieron las dificultades económicas y la marginalidad racializada desaparecieron en el proceso. El trabajo dentro de la *economía gig*, en esta representación, se convirtió en una solución, en lugar de una causa del problema.

Id. en 537. En estos esfuerzos, las empresas recibieron apoyo de algunas organizaciones de justicia racial y activistas que se acpetaron la narrativa, a menudo después de recibir algún tipo de apoyo financiero de las empresas. Id. Ver también Episodio 143: *PR and Prop 22-How Silicon Valley Uses Hollow "Anti-Racist" Posturing to Sell Its Exploitative Business Model*, Citations Needed (15 de septiembre de 2021) https://citationsneeded.medium.com/episode-143-pr-and-prop-22-how-silicon-valley-uses-hollow-anti-racistposturing-to-sell-its-d5b00f8b276c. Ver Laurel Rosenhall, *California NAACP President Aids Corporate Prop Campaigns- Collects \$1.2 Million and Counting*, Cal Matters (25 de septiembre de 2020),

https://calmatters.org/politics/2020/09/california-naacp-president-helps-corporate-ballot-measure-campaigns/ a propósito del ejemplo particular de la presidenta de la NAACP de California —que apoyó públicamente la campaña de la Proposición 22—, quien recibió más de un millón de dólares para su empresa de consultoría de intereses corporativos que buscaban respaldo en diferentes proposiciones.

California 44 (de la que se habla más adelante):

A medida que las empresas de plataformas y quienes las financian intentan extender este modelo de trabajo a otros sectores y la tercera categoría a otros estados, debemos conceptualizar estos esfuerzos corporativos no solo como amplios ataques a la seguridad económica, sino también como el insidioso desarrollo de imperios del capital sobre los cuerpos de minorías raciales subordinadas.⁴⁵

Por suerte, las personas trabajadoras y quienes las defienden no se guedan calladas. Como subrayamos el profesor Kountouris y yo en "Litigando la causa del trabajo", los sindicatos han estado a la vanguardia de la lucha contra el modelo empresarial de la economía gig, tanto a través de campañas como de litigios. De hecho, solo en el último año y medio desde que la Red ILAW publicó Desmontando el modelo, se han emitido decenas de sentencias sobre la condición de persona trabajadora por cuenta ajena en diferentes países y —en gran medida como reacción a la creciente cantidad de litigios— las personas trabajadoras y las empresas han impulsado la legislación en todo el mundo para mejorar o eliminar los derechos, respectivamente. Si el análisis de Desmontando el modelo se centraba en los detalles de las tácticas jurídicas de los empleadores y en cómo los tribunales se enfrentaban a ellas, el presente análisis da por sentado que los empleadores de la economía gig harán todo lo posible para derrotar las declaraciones de que existe una condición de persona trabajadora por cuenta ajena y que quien lee este informe es consciente de ello. Lo que nos interesa ahora es el papel del poder judicial y de quien legisla. En la siguiente sección analizaremos la evolución —tanto positiva como negativa— de la forma en que los tribunales han interpretado las relaciones laborales en la economía gig. La siguiente sección analizará los esfuerzos legislativos, con especial atención a las definiciones de empleo y los derechos específicos del sector. A continuación, abordaremos la cuestión del cumplimiento y presentaremos algunas conclusiones.

EVOLUCIÓN DE LA JURISPRUDENCIA: LO BUENO, LO MALO Y LO FEO

Antes de la publicación de Desmontando el modelo, los tribunales supremos de varios países de Europa occidental habían resuelto casos a favor de las personas trabajadoras de la economía gig. Por ejemplo, en España, el Tribunal Supremo (Sala de lo Social) sostuvo que un repartidor de reparto de comida a domicilio de Glovo era un empleado,46 el Tribunal Supremo del Reino Unido sostuvo47 que las y los conductores de Uber eran "trabajadores de limb b",48 el Tribunal Supremo de Casación francés sostuvo que tanto un repartidor de Take Eat Easy⁴⁹ como un conductor de Uber50 eran empleados y el Tribunal de Casación italiano sostuvo que las personas dedicadas al reparto de Foodora tenían derecho a protecciones similares a las de las personas empleadas.51 Del mismo modo, en América Latina se han resuelto varios casos a favor de las personas trabajadoras. La Corte de Apelaciones de Concepción, en Chile, confirmó una sentencia⁵² según la cual una persona dedicada al reparto de Pedidos Ya era una empleada, al igual que la Corte de Apelaciones del Trabajo de Uruguay en el caso de un conductor de Uber.53 En muchas de estas decisiones subvace el reconocimiento del poder de negociación asimétrico entre las personas trabajadoras de la economía gig y sus empleadores putativos (más información a continuación), así como la

https://www.aph.gov.au/DocumentStore.ashx?id=32cfc97b-7b83-4ef3-9b5c-77ff56a2d20c&subId=719560.

⁴⁴ *Id.* Ver también Laurel Rosenhall, *California NAACP President Aids Corporate Prop Campaigns-Collects \$1.2 Million and Counting*, Cal Matters (25 de septiembre, 2020),

https://calmatters.org/politics/2020/09/california-naacp-president-helps-corporate-ballot-measure-campaigns/

⁴⁵ *Id.* Ver también Laurel Rosenhall, *California NAACP President Aids Corporate Prop Campaigns-Collects \$1.2 Million and Counting*, Cal Matters (25 de septiembre de 2020), https://calmatters.org/politics/2020/09/california-naacp-president-helps-corporate-ballot-measure-campaigns/

⁴⁶ STS, 25 de septiembre de 2020 (nº 2924/2020), ECLI: ES:TS:2020:2924 (España)

⁴⁷ Uber B.V. & Ors v. Aslam & Ors [2021] UKSC 5

⁴⁸ Una categoría intermedia en la legislación británica entre personas trabajadoras por cuenta propia y por cuenta ajena. Para un debate sobre la condición depersona trabajadora por cuenta ajena *limb b*, ver Jason Moyer-Lee, *Taming the Beast: Making the "Gig Economy" Work for Workers* 86-107 (2021) (Australian Senate Select Committee on Job Security: Submission 229. Informe encargado por la Federación Internacional de las personas trabajadoras del Transporte (ITF, por sus siglas en inglés),

⁴⁹ Cour de cassation (Cass.), soc., noviembre 28, 2018, n. 2018/1737, ECLI:- FR:CCASS:2018:SO01737 (francés), https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000037787075/.

⁵⁰ Cour de cassation (Cass.), soc., n. 2020/374, marzo 4 2020, ECLI:-FR:CCASS:2020:SO00374 (francés), https://www.legifrance.gouv.fr/juri/id/JURITEXT000042025162?isSuggest=true.

⁵¹ Cass., sez. lavoro, 24 gennaio 2020, n. 1663/2020 (lt.), https://www.lavorodirittieuropa.it/images/Cassazione-Foodora-.pdf.

⁵² Corte de Apelaciones de Concepción (C. Apel.), 15 enero 2022, "Arredondo Montoya v. Pedidos Ya Chile SPA," Rol N° 395-2020 (Chile), https://www.diarioconstitucional.cl/wp-content/uploads/2021/01/6.1.-ICA-DE-CONCEPCION-ROL-N%C2%B0395-2020.pdf.

⁵³ Recursos Tribunal Colegiado Montevideo, Queimada, Estaban c/ Uber B.V. y otro, 3 junio 2020, IUE No: 0002-003894/2019, https://www.ilawnetwork.com/wp-content/uploads/2021/01/sent2dainst_03-06-20_laboral_uber.pdf.

primacía de los hechos y el fondo sobre los contratos escritos y la forma (más información a continuación).

Esta revisión de jurisprudencia no pretende abarcar todos y cada uno de los casos jurídicos relacionados con la economía gig del último año y medio. Nos centraremos principalmente en los casos relacionados con la condición de persona empleada,⁵⁴ pero incluso dentro de esta categoría debemos seleccionar cuidadosamente.⁵⁵ Nos basaremos en ellos para ilustrar ejemplos de avances positivos, retrocesos y enfoques jurisprudenciales peligrosos, es decir, lo bueno, lo malo y lo feo.

Lo bueno. Los casos posteriores a Desmontando en modelo, y que se revisaron para este ensayo, sugieren una continuación general de la tendencia positiva en Europa Occidental y América Latina. Por ejemplo, en dos casos diferentes, el Tribunal Supremo de Suiza examinó la clasificación laboral de las y los conductores de Uber⁵⁶ y de las personas dedicadas al reparto⁵⁷ y sostuvo que ambas eran personas trabajadoras por cuenta ajena. Del mismo modo, el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales confirmó una decisión según la cual las personas dedicadas al reparto de Stuart eran trabajadoras del *limb* b,⁵⁸ y los

54 Entre los casos de "economía gig" que quedan excluidos del ámbito de esta revisión se incluyen aquellos que se refieren más a los regímenes de licencias y a la capacidad de las empresas para operar, que a cuestiones estrictamente de derechos de las personas trabajadoras. Por ejemplo, en el caso de R (sobre la aplicación de United Trade Action Group Limited v. Transport for London [2021] EWHC 3290 (Admin), el Tribunal Superior de Inglaterra y Gales sostuvo que Uber y otros "operadores de alquiler privado" (por adoptar la terminología reglamentaria) tenían que modificar sus términos y condiciones para dejar claro que cuando un pasajero o una pasajera pedía un Uber, la persona estaba suscribiendo un contrato con Uber —y no con la persona conductora— para la prestación de dicho servicio. Así lo exigía la Private Hire Vehicles Act (Londres) de 1998. En una perspectiva similar, la decisión del Tribunal de Apelación de Bruselas de prohibir Uber en la capital belga (y de la UE). Ver Jean-Pierre Stroobants, VTC: La Cour d'Appel Bannit Uber de Bruxelles, Le Monde (25 de noviembre de 2021), https://www.lemonde.fr/economie/article/2021/11/25/vtcla-cour-d-appel-bannit-uber-de-bruxelles_6103583_3234.html. Ver Joy Belga Azar, Uber Saisit le Conseil d'État pour les Chauffeurs sous Licences Flamandes et Wallonnes à Bruxelles, VRT (3 de febrero de 2022),

https://www.vrt.be/vrtnws/fr/2022/02/03/uber-saisit-le-conseil-detat-pour-les-chauffeurs-sous-licences/ sobre la impugnación legal relacionada por parte de Uber.

tribunales de apelación de Uruguay han confirmado decisiones según las cuales las y los conductores de Uber son personas trabajadors por cuenta ajena. ⁵⁹ La primera subsección de nuestra revisión de jurisprudencia se centrará en algunos de estos casos en los que jueces y juezas adoptaron un enfoque novedoso o particularmente útil para determinar la condición de personas trabajadoras por cuenta ajena de quienes hacen parte de la *economía gig*.

Lo malo. Las cosas han sido mucho menos prometedoras en Australia, donde en una serie de casos el tribunal

de Uber que han levantado más de una ceja. En Johnson v. Transopco UK Ltd [2022] EAT 6, el Tribunal de Apelación de Empleo (EAT) sostuvo que un taxista que aceptó trabajos de la aplicación Mytaxi no era un trabajador limb b. Aunque la aplicación era en muchos aspectos como Uber, el régimen regulador al que estaba sujeto el demandante era distinto. El reclamante era un conductor de taxis, mientras que quienes trabajan para Uber son personas conductoras que ofrecen servicios privados. En el segundo caso, Commissioners for HMRC v. Atholl House Productions Limited [2022] EWCA Civ 501, el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales tuvo que considerar si los términos de un contrato entre un cliente o clienta y una empresa de servicios personales serían —para efectos fiscales— un contrato de trabajo así se hubiese realizado entre el o la clienta y la persona (en lugar de la empresa de la persona). Richards LJ —con quien coincidieron los otros dos señores jueces— sostuvo que el planteamiento de Uber y el caso anterior del Tribunal Supremo del Reino Unido de Autoclenz Limited contra Belcher & Ors [2011] UKSC 41 eran inaplicables:

> La decisión del Tribunal Supremo en Uber plantea como cuestión de umbral si es, en el contexto muy diferente del presente caso, permisible aplicar el enfoque adoptado en Autoclenz y Uber. Es de común acuerdo que para determinar si el individuo (la Sra. Adams en este caso) sería "considerado a efectos del impuesto sobre la renta como una persona trabajadora por cuenta ajena del cliente" (la BBC en este caso) en virtud del artículo 49 de la ITEPA deben aplicarse las pruebas de empleo del derecho consuetudinario. Ambas partes estuvieron de acuerdo en que el contexto estatutario no daba un significado especial al término "persona trabajadora por cuenta ajena". Por lo tanto, no se trata de un caso que plantee ninguna cuestión de interpretación legal de un término como "persona trabajadora", que debe entenderse en el contexto de la finalidad de la legislación y de la necesidad de garantizar que dicha finalidad no se vea frustrada por la forma en que está redactado el contrato pertinente. La justificación, analizada e identificada por el Tribunal Supremo en Uber, para la aplicación del enfoque aprobado en Autoclenz está totalmente ausente en el presente caso. En estas circunstancias, se deduce a mi juicio que no es legítimo aplicar el enfoque Autoclenz.

Commissioners for HMRC v. Atholl House Productions Limited [2022] EWCA Civ 501, 156.

⁵⁵ Por ejemplo, Christina Hiessl, en su informe de 2021 elaborado para la Comisión Europea, presenta una revisión de 175 sentencias y decisiones administrativas, y su análisis se limitó a solo 15 países europeos. Christina Hiessl, *Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions, Compar.* Lab. L & Pol'y J. (mayo de 2021), https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3839603.

⁵⁶ 2C 34/2021, du 30 mai 2022.

⁵⁷ 2C 575/2020, du 30 mai 2022.

⁵⁸ Stuart Delivery Ltd v. Warren Augustine [2021] EWCA Civ 1514. Aunque tenga en cuenta que en el Reino Unido ha habido dos casos des-

⁵⁹ Ver, por ejemplo, ___ c/Uber Technologies Uruguay S.A. y otro – Proceso Laboral Ordinario (Ley 18.572), Sentencia: 131/2022 [en lo sucesivo Uruguay Uber Technologies Sentencia: 131/2022] y ___ c/Uber Technologies Uruguay S.A. y otro – Proceso Laboral Ordinario (Ley 18.572), Sentencia: 151/2022 [en lo sucesivo Uruguay Uber Technologies Sentencia: 151/2022].

supremo del país revisó lo que muchas personas creían que era el enfoque judicial de la interpretación de las relaciones laborales. Es de notar que el tribunal no mostró interés alguno por el poder de negociación asimétrico que caracteriza la relación laboral, al preferir limitar su análisis al contrato escrito entre la persona trabajadora por cuenta ajena y el empleador putativo, aunque haya sido redactado por el último e impuesto a la primera sin negociación alguna. En la segunda subsección de la revisión de jurisprudencia se analizarán las implicaciones de estas decisiones. También analizaremos brevemente la principal desviación del buen historial de los tribunales británicos en este ámbito: las cláusulas de sustitución.



Foto © nrqemi / Shutterstock.com

Lo feo. En Estados Unidos un número escandalosamente alto de personas trabajadoras de la economía gig nunca pueden acceder a los tribunales, ya que este es el único país en el que los tribunales han impuesto en casi todos los casos las cláusulas de arbitraje obligatorio de la empresa. Esta subsección final analizará el enfoque de los tribunales estadounidenses sobre estas cláusulas y cómo ha privado de justicia a las personas trabajadoras de la economía gig.

LO BUENO...

Para interpretar una relación laboral entre una persona trabajadora que quiere hacer cumplir sus derechos y un empleador putativo decidido a negárselos, es esencial centrarse en la realidad de cómo se llevó a cabo el trabajo y no solo en la imagen creada por los contratos redactados por las empresas. Este enfoque se resume sucintamente en una de las sentencias sobre Uber del Tribunal de Apelación de Trabajo de Uruguay:

Para determinar en un caso concreto si quienes prestan su trabajo han decidido excluirse de la protección del derecho laboral, no bastan ni las etiquetas ni la forma pactada. Hay que centrarse en la ejecución de la relación, es decir, en cómo se comportaron realmente las partes durante el desarrollo de la relación, para deducir si los elementos verificadores del trabajo dependiente se produjeron de hecho, aplicando el principio de primacía de la realidad.⁶⁰

Una vez establecido que estos casos se fijan en la realidad de la relación más que en la ficción del contrato escrito, la siguiente cuestión es qué buscan exactamente los tribunales. En los debates políticos se ha hablado mucho de la redacción precisa de las definiciones del término "persona empleada" y de los criterios que tienen en cuenta las definiciones cuando los jueces y las juezas las interpretan. Como se verá más adelante, las definiciones y los criterios son, por supuesto, relevantes. Como señalamos en el análisis de Desmontando el modelo, aunque a los empleadores de la economía gig les había ido mejor cuando se enfrentaron a las definiciones relativamente restringidas de persona empleada del common law de la tradición anglosajona, les resultó más difícil eludir el alcance de las definiciones legales más amplias. El Reino Unido ofrece un ejemplo interesante de ello, ya que la legislación laboral de este país contempla tanto la noción de "persona empleada" derivada del common law, como el concepto legal más amplio de "persona trabajadora limb b". Aunque ambas categorías exigen que la persona

Los criterios formales, como el título del contrato, las declaraciones de las partes o las deducciones por seguros sociales, no son decisivos. Más bien hay que tener en cuenta criterios materiales relativos a la forma en que se realiza efectivamente el trabajo, como el grado de libertad en la organización del trabajo y del tiempo, la existencia o no de una obligación de rendir cuentas de la actividad y/o de seguir instrucciones, o incluso la identificación de la parte que soporta el riesgo económico.

2C_34/2021, ¶ 9.2, du 30 mai 2022. *Nota de la traductora*: traducción del autor del francés al inglés, la cual luego fue traducida al español. Citas omitidas. El Tribunal Laboral argentino subrayó un punto similar en Bolzan Jose Luis c/ Minieri Saint Beat Guillermo Mariano y Otros s/ Despido, Sentencia Definitiva nº 39351, diciendo que el contrato de trabajo es un "contrato realidad". Y un Tribunal Laboral en México llegó a conclusiones similares, apelando al artículo 17 de la Constitución Mexicana, al artículo 841 de la Ley Federal del Trabajo y al párrafo 9 de la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo sobre la relación de trabajo. Sentencia Definitiva No. 637/2021 en [62]-[63].

⁶⁰ *Id. Nota de la traductora*: traducido al español de la publicación original, ya que no se obtuvo acceso a la cita original en español. Del mismo modo, el Tribunal Federal Suizo—el tribunal supremo de ese país—se pronunció en el caso de las y los conductores de Uber, resumiendo su propia jurisprudencia:

trabajadora preste un servicio personal en virtud de un contrato con el empleador, cuando se trata de personas trabajadoras por cuenta ajena los tribunales hacen especial hincapié en el grado de control del empleador,61 mientras que en el caso de las personas trabajadoras limb b la investigación se centra más en si el trabajador o la trabajadora trabajan o no por cuenta propia.62 Los méritos de las definiciones estatutarias amplias es una cuestión a la que dedicaremos nuestra atención más adelante en la sección sobre legislación. Sin embargo, para efectos de este apartado, nos interesan los casos de construcción innovadora de los indicios tradicionales de empleo, como el control, la subordinación y la cuestión de quién suministra las "herramientas del oficio". Piense en ello como llenar botellas viejas con vino nuevo, o mejor aún, champán.

"Los empleadores de la economía gig suelen afirmar que las personas que trabajan para ellos no pueden ser personas trabajadoras por cuenta ajena porque eligen cuándo trabajar, qué trabajos aceptar y no sufren consecuencias por no realizar tareas".

Subordinación y control

Los empleadores de la economía gig suelen afirmar que las personas que trabajan para ellos no pueden ser per-

Aunque no existe una prueba universal para determinar si una persona es una persona trabajadora por cuenta propia o ajena, estoy de acuerdo con MacGuigan J.A. en que un enfoque persuasivo de la cuestión es el adoptado por Cooke J. en Market Investigations. La cuestión central es si la persona que ha sido contratada para prestar los servicios los está realizando como una persona que opera por cuenta propia. A la hora de realizar esta determinación, el nivel de control que el empleador tiene sobre las actividades de la persona trabajadora siempre será un factor. Sin embargo, otros factores para tener en cuenta incluyen si la persona trabajadora proporciona su propio equipo, si contrata a sus propios ayudantes, el grado de riesgo financiero asumido por la persona trabajadora, el grado de responsabilidad de inversión y gestión que tiene la persona trabajadora y la oportunidad de obtener beneficios en el desempeño de sus tareas. (Se omiten las citas internas.)

sonas trabajadoras por cuenta ajena porque eligen cuándo trabajar, qué trabajos aceptar y no sufren consecuencias por no realizar tareas. Aunque esto suele ser una exageración y, en ocasiones, una falsedad manifiesta, es cierto que el control al que estas empresas someten a sus trabajadores y trabajadoras suele discrepar del que podríamos asociar a las personas trabajadoras por cuenta ajena de oficina o de fábrica. El Tribunal de Ámsterdam —en un caso relativo a si las personas conductoras de Uber eran personas trabajadoras por cuenta ajena, de modo que estuvieran cubiertas por el convenio colectivo sectorial pertinente— hizo una excelente labor al debatir esta cuestión:

26. En la era actual, dominada por la tecnología, el criterio de "autoridad" ha adoptado una función de control más indirecta (a menudo digital) que se aparta del modelo clásico. Las personas trabajadoras por cuenta ajena se han vuelto más independientes y realizan su trabajo en horarios más variables (elegidos por ellas mismas). Se considera que la relación entre Uber y las y los conductores implica esta "relación moderna

Los programas "Uber Pro" y "Uber Eats Pro" ofrecen ventajas a las y los conductores y repartidores que conduzcan con mayor frecuencia, conduzcan durante los horarios preferidos de Uber y mantengan altas calificaciones y bajas tasas de cancelación. A través de Uber Pro, las y los conductores ganan puntos por prestar servicios a determinadas horas o en determinados lugares establecidos por Uber. A medida que acumulan puntos, pueden aumentar su "estatus" en el programa y ganar beneficios, incluyendo: (a) "Airport Priority Rematch", que da a las y los conductores una mejor oportunidad para recoger rápidamente a una nueva persona pasajera en una terminal de aeropuerto después de dejar a una persona pasajera en el aeropuerto; (b) "Trip Duration and Direction", que permite a las y los conductores ver la duración estimada y la dirección de todas las solicitudes de viaje antes de aceptar; (c) descuentos en el mantenimiento de automóviles y bicicletas; (d) descuentos en la preparación de impuestos; y (e) descuentos en Moneygram.

Otros ejemplos de incentivos financieros que Uber ofrece o ha ofrecido a las y los conductores y repartidores son: (a) proporcionar códigos de referencia que dan a las y los conductores un incentivo financiero para reclutar a otras y otros conductores; (b) proporcionar una compensación adicional por completar un cierto número de viajes en una semana determinada; y (c) promociones por completar viajes de noche en zonas rurales.

⁶¹ Ver, por ejemplo, Ready Mixed Concrete (South East) Ltd v. Minister of Pensions and National Insurance [1968] 2 QB 497.

⁶² Ver, por ejemplo, Clyde & Co LLP & Anor v. Bates van Winkelhof [2014] UKSC 32. Aunque hay que tener en cuenta que en Ontario (Canadá) la división entre persona trabajadora por cuenta propia y por cuenta ajena también depende en gran medida de si la persona trabaja por cuenta propia. Como declaró el Tribunal Supremo de Canadá en el caso 671122 Ontario Ltd. v. Sagaz Industries Canada Inc. [2001] 2 S.C.R. 983 at [47]:

⁶³ Un ejemplo de este control puede verse en la forma en que Uber utiliza incentivos en Ontario, Canadá, para empujar a las personas conductoras y repartidoras a realizar su trabajo de la forma en que Uber quiere que lo hagan. El Tribunal Superior de Justicia de Ontario lo resumió en el caso Heller v. Uber Technologies Inc., 2021 ONSC 5518 at [103(c)-(d)] (se omiten las notas a pie de página):

de autoridad". A modo de ejemplo, se aplica lo siguiente.

- 27. Las y los conductores solo pueden registrarse en Uber a través de la aplicación de Uber. Las condiciones en las que pueden empezar a utilizar la aplicación Uber no son negociables; primero deben aceptar plenamente todas las condiciones para poder realizar viajes en taxi a través de la aplicación. Uber determina unilateralmente las condiciones en las que trabajan las y los conductores, las cuales Uber también puede cambiar unilateralmente. Esto ocurre con frecuencia. Las y los conductores no pueden rechazar estos cambios; si quieren seguir conduciendo a través de la aplicación de Uber deben aceptar las condiciones modificadas antes de poder volver a iniciar sesión.
- 28. Después el algoritmo de la aplicación Uber determina cómo se asignan y priorizan los viajes. Para ello se basa en las prioridades establecidas por Uber. Como explicó Uber en la audiencia, cuando se ofrece un viaje, Uber proporciona una cantidad limitada de datos, de modo que la persona conductora no puede aceptar solo los viajes que le resulten más ventajosos. La aplicación Uber determina a qué conductor o conductora debe ofrecerse el viaje (en primer lugar). Se recomienda una ruta sobre la cual se basa la tarifa indicada al cliente. Las y los conductores no influyen en ese precio, ya que Uber fija las tarifas. Aunque el cliente o la cliente y las y los conductores pueden acordar mutuamente ajustar la tarifa tomando una ruta distinta de la propuesta, no hay negociación libre entre las personas involucradas. Al fin y al cabo, es muy poco probable que un pasajero o pasajera acepte una ruta diferente si con ello obtiene una tarifa más elevada.
- 29. La aplicación Uber también tiene un efecto disciplinario. Al fin y al cabo, las personas conductoras reciben una calificación a través de la aplicación Uber y, por tanto, son evaluadas, lo que puede afectar su acceso a la plataforma Uber y a los viajes que se ofrecen. Una calificación baja en promedio puede dar lugar a la expulsión de la plataforma, mientras que una calificación alta en promedio es un criterio importante para optar al esta-

- tus extra-Platino o Diamante con Uber, que reporta beneficios (financieros) para la o el conductor. Por ejemplo, una persona conductora con estatus Platino o Diamante será la primera a la que se le ofrecerán los viajes económicamente atractivos desde el aeropuerto de Schiphol.
- 30. Además, en la audiencia se declaró en nombre de Uber que Uber—por decirlo de forma sencilla—puede "controlar los botones de la aplicación" y cambiar la configuración. Este cambio afecta los rangos que deben alcanzar las personas conductoras y, en relación con ello, los viajes a los cuales pueden acceder. De este modo, la libertad emprendedora de la que tanto habla Uber está prácticamente ausente.
- 31. Aunque Uber hace hincapié en que una persona conductora puede cancelar un viaje que ya aceptó en cualquier momento, la cancelación frecuente de viajes dará lugar a la exclusión del uso de la aplicación de Uber. Rechazar un viaje ofrecido por la aplicación tres veces también significa que la persona conductora queda desconectada del sistema y, por lo tanto, ya no se le ofrecerán viajes hasta que vuelva a conectarse. Uber ha argumentado que su sistema no funcionará correctamente si se rechazan repetidamente los viajes. No obstante, es Uber guien determina a través del algoritmo si se cierra la sesión de una persona conductora y cuándo se le permite volver a iniciarla.
- 32. Por último, es Uber quien decide unilateralmente sobre una posible solución en caso de quejas de las personas usuarias, incluyendo el ajuste de la tarifa acordada. El conductor o la conductora pueden oponerse, pero la decisión final corresponde a Uber.
- 33. De este modo, el algoritmo actúa como incentivo financiero y tiene un efecto disciplinario e instructivo. El hecho de que las conductoras y los conductores —hasta cierto punto— sean libres de rechazar un viaje, determinar sus propios horarios y utilizar al mismo tiempo diferentes aplicaciones u otros sistemas de reserva no cambia esto. Una vez que utilizan la aplicación de Uber y

se registran con este fin, están sujetos y sujetas al funcionamiento del algoritmo diseñado por Uber y, por lo tanto, están sometidos y sometidas a la "moderna autoridad del empleador" de Uber."⁶⁴ 65

Una valoración similar fue confirmada por el Tribunal Federal Suizo en dos casos contra Uber,⁶⁶ así como por la sentencia de un Tribunal de Apelación Laboral uruguayo contra Uber.⁶⁷ El Tribunal de Apelación de París (Francia)

⁶⁴ Rb. Ams. 13 september 2021, ECLI:NL:RBAMS:2021:5029 (Federatie Nederlandse Vakbeweging/Uber B.V at 26-33 (Neth.). Obsérvese que los tribunales neerlandeses han considerado de forma similar que las personas dedicadas al reparto de Deliveroo son personas trabajadoras por cuenta ajena. El asunto está—en el momento de escribir estas líneas—pendiente ante el Tribunal Supremo de ese país. Cabe destacar que el Abogado General De Bock presentó una opinión consultiva en la que afirmaba que los tribunales inferiores tenían razón al haber encontrado una relación laboral. Phr 17 juni 2022, ECLI:NL:PHR:2022:578 (Deliveroo/FNV). *Ver* también Stefan Sagel & Irina Timp, (2022). Deliveroo Riders in Netherlands Are Employees, According to Advocate General, Debrauw Blackstone Westbroek (20 de junio de 2022), https://www.debrauw.com/articles/deliveroo-riders-in-netherlands-are-employ-ees-according-to-advocate-general.

65 Este pasaje recuerda al Tribunal Supremo del Reino Unido en Uber BV & Ors v. Aslam & Ors [2021] UKSC 5 at [101] (analizado en Moyer-Lee & Kountouris, "Litigando la causa del trabajo", *supra nota* 25, en 25). El enfoque exactamente opuesto puede verse en la decisión de un Tribunal Laboral chileno en un caso presentado contra la empresa de reparto Pedidos Ya: Eduardo José Estrada y Otros contra Pedidos Ya Chile SPA, Rit N° T-980-2020. El Tribunal Administrativo de Seúl, en Corea del Sur, también parece haber adoptado el enfoque opuesto en un caso relativo a la clasificación laboral de las y los conductores que ofrecen servicios privados que trabajan para Tada. Ver Seoul Court Rules Ride-Hailing Drivers Are Not Workers, Econotimes.com (12 de julio de 2022). https://www.econotimes.com/Seoul-court-rules-ride-hailing-drivers-are-not-workers-1637342.

⁶⁶ VER 2C_34/2021, du 30 mai 2022 at [10.2], supra note 55 at 10.2 (drivers). 2C_575/2020, du 30 mai 2022 supra, note 56 (couriers). En particular, este último caso confirmó la decisión del 29 de mayo de 2020 del Tribunal de Justicia de Ginebra, que sostenía lo siguiente:

Aunque las personas dedicadas al reparto parezcan tener libertad para gestionar sus trayectos, lo cierto es que, una vez conectados a la app, se les somete a una estrecha supervisión por parte de los servicios de Uber, que obtienen su información de geolocalización con el fin de vigilarlos, seguirlos y compartir con terceros dicha información, lo que puede dar lugar, en caso de utilizar un trayecto "ineficiente", a la reducción de las tarifas de entrega y, por tanto, de su remuneración. Tal control no es compatible con la independencia de las personas dedicadas al reparto alegada por el apelante [...]

Bundesgericht [BGer] May 30, 2022, 2C_575/2020, at ¶ 9(a) (Uber Switzerland GmbH/Office Cantonal de l'Emploi) (Switz.). *Nota de la traductora*: Traducción al inglés del francés extraída de *Taming the Beast, supra* nota 48, en 118, traducido al español del inglés por esta traductora. Para un análisis detallado del caso Geneva Uber Eats, *véase* Id. en 107-123.

⁶⁷ Uruguay Uber Technologies Sentencia: 151/2022, supra nota 59. En este caso, el Tribunal declaró que la libertad de la persona trabajadora para abrir la aplicación a voluntad era "irrelevante porque al distinguir

también destacó como ejemplo de subordinación el alcance de Uber en la organización de la actividad en la que se insertó el conductor:

Sin poder decidir libremente cómo organizar su actividad, buscar clientes o elegir a sus proveedores, el Sr. X Y ha pasado así a formar parte de un servicio de transporte creado y organizado íntegramente por Uber, que solo existe gracias a esta plataforma; un servicio de transporte a través del cual no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas ni las condiciones en las que se presta el servicio de transporte, [todo ello] regido íntegramente por Uber.⁶⁸

Como dijo un tribunal laboral argentino:

[...] es lógico que una empresa aplique sanciones cuando el trabajador elude sus responsabilidades; lo que no es razonable es que [la empresa] ejerza su poder disciplinario y, al mismo tiempo, niegue su condición de empleador.⁶⁹

entre trabajo independiente y subordinado, la atención debe centrarse en el momento en que se realiza el trabajo". Nota de la traductora: traducido al español de la publicación en inglés, ya que no se obtuvo acceso a la cita original en español. Aunque este punto no resultó decisivo, el Pleno de la Comisión de Trabajo Justo de Australia adoptó el enfoque exactamente opuesto en Deliveroo Australia Pty Ltd v. Diego Franco [2022] FWCFB 156 at [45]:

[...] Es difícil conciliar la cláusula 2.3 con cualquier noción convencionalmente entendida de empleo ocasional. La cláusula 2.3 establece que depende del Sr. Franco si se conecta o presta servicios, cuándo y dónde lo hace, y que la aplicación Deliveroo Rider App le permite conectarse y ofrecerse a prestar servicios en cualquier momento y en cualquier zona en la que Deliveroo prevea una necesidad de personas dedicadas al reparto. El empleo ocasional suele funcionar sobre la base de que el empleador putativo, a su discreción, ofrece trabajo en un momento y lugar determinados, y la persona trabajadora puede aceptar o rechazar esta oferta a su antojo. El empleador tiene así el control sobre los parámetros del trabajo que se le ofrece. Sin embargo, la cláusula 2.3 va un poco más allá: el Sr. Franco tiene derecho a elegir no solo cuándo sino dónde desea trabajar, y Deliveroo puede ofrecer trabajo dentro de los parámetros así determinados por el Sr. Franco. Esto constituye una inversión de un elemento de control, aunque limitado, que normalmente se asocia con el empleo ocasional [...]

⁶⁸ Cours d'appel de Paris (CA Paris), pole 6 – ch. 2, 16 sept. 2021, n 20/04929. Nota de la traductora: traducido por el autor del original en francés al inglés, traducido por la traductora al español.

⁶⁹ Scornavache Victor Nicolas c/ Minieri Saint Beat Guillermo Mariano y Otro s/ Despido. Expte N° 34.176/2019, Sentencia Definitiva N° 7248. *Nota de la traductora*: traducido al español de la publicación en inglés, ya que no se obtuvo acceso a la cita original en español. Aunque, nótese que el derecho de un empleador a controlar no siempre requiere

Herramientas del oficio

Sin duda estas personas trabajadoras no pueden ser personas trabajadoras por cuenta ajena, argumentan los empleadores de la *economía gig*, ¡porque proporcionan sus propios carros, motocicletas y bicicletas! ¿Qué persona trabajadora por cuenta ajena proporciona las herramientas de su oficio? Pues bien, ¿son esos vehículos las herramientas más importantes del oficio de la *economía gig*? En realidad no, han dicho algunos tribunales. La Cámara de Apelaciones del Trabajo uruguaya señaló que las personas trabajadoras necesitaban la aplicación — que provee la empresa— para realizar su trabajo, diciendo que "el conductor nunca podría realizar el servicio sin la plataforma, incluso cuando utiliza las herramientas restantes".⁷⁰ El Tribunal Laboral de Argentina lo expresó de forma más entretenida:

[...] el vehículo que posee el demandante no es un indicador de su independencia económica ni le sitúa en pie de igualdad con CABIFY. Su coche es solo una herramienta indispensable para conseguir el trabajo, similar a la bicicleta que Antonio Ricci intentó robar en la legendaria película "Ladrones de bicicletas" (1948).⁷¹

En todo caso, el hecho de que estas personas trabajadoras se vean obligadas a proporcionar sus propios vehícu-

un poder correlativo para sancionar. Como Lady Justice Elisabeth Laing DBE expuso con sencillez en el caso británico The Commissioner for HMRC v. Professional Game Match Officials Limited [2021] EWCA Civ 1370 (at [130]):

La formulación [del tribunal inferior] supone, erróneamente, a mi juicio, que una obligación contractual solo es exigible si el empleador dispone de una sanción efectiva en relación con ella. Una obligación contractual es, por su propia naturaleza, exigible, en caso necesario, mediante una acción judicial, independientemente de que el contrato permita al empleador aplicar una sanción por su incumplimiento.

To Uruguay Uber Technologies Sentencia: 151/2022, supra nota 59. Nota de la traductora: traducido al español de la publicación en inglés, ya que no se obtuvo acceso a la cita original en español. El Tribunal Administrativo Federal austriaco hizo una observación similar en una decisión de agosto de 2021 sobre compradores misteriosos supuestamente empleados por una plataforma de crowdsourcing. Christina Hiessl resumió la sentencia en su informe "Case Law on the Classification of Platform Workers: Cross-European Comparative Analysis and Tentative Conclusions" de la siguiente manera: "Los recursos operativos propios utilizados por las y los compradores misteriosos (carros, teléfonos móviles, computadoras) son insignificantes en comparación con la plataforma como tal como recurso principal, sobre todo porque los demás elementos también se utilizan de forma privada". Heissel, supra nota 54, en 6.

los es indicativo del control al que están sometidas. Especialmente en el caso de los carros, donde las personas trabajadoras a menudo deben suscribir costosos contratos de alquiler que nunca utilizarían si no fuera para prestar servicios de transporte por cuenta ajena, este compromiso financiero les hace más vulnerables a las consecuencias de la suspensión o el despido por parte del empleador. Aunque en este caso no se discutía la clasificación laboral, el Tribunal Federal de Trabajo alemán reconoció el desequilibrio entre un repartidor asalariado y su empleador, que le obligaba a proveer sus propias herramientas con una subvención mínima, señalando que:

El contrato de trabajo, que solo está regulado expresamente por ley en el artículo 611a del Código Civil alemán desde el 1 de abril de 2017, se basa en el supuesto básico de que la persona trabajadora por cuenta ajena (solamente) debe realizar el trabajo y el empleador proporciona el sustrato en el que o con el que se realiza el trabajo.⁷²

El Tribunal sostuvo que el acuerdo por medio del cual la persona trabajadora por cuenta ajena tenía que proporcionar su propia bicicleta y teléfono móvil era ilógicamente desventajoso para la misma.



Foto © Mike Dotta/Shutterstock.com

LO MALO...

En Australia

Uno de los retrocesos más notables en el desarrollo de la jurisprudencia desde la publicación de *Desmontando*

⁷¹ Scornavache Victor Nicolas, supra nota 68. *Nota de la traductora*: traducido al español de la publicación en inglés, ya que no se obtuvo acceso a la cita original en español.

⁷² Bundesgerichtshof [BGH] Nov. 10, 2021, ECLI:DE:BAG:2021:101121.U .5AZR334.21.0 at 17, Nov. (Ger.)

el modelo ha sucedido en Australia, donde una serie de decisiones del Tribunal Supremo del país ha bloqueado la posibilidad de que la jurisprudencia se desarrolle de manera que proteja a las personas trabajadoras de la economía gig. Honestamente, la jurisprudencia no estaba haciendo un trabajo fantástico antes de estos casos del Tribunal Supremo, pero los casos cerraron de golpe una puerta parcialmente abierta. En *Taming the Beast* resumí la situación en diciembre de 2021:

En Australia la infraestructura normativa existente ha hecho un trabajo bastante mediocre a la hora de proteger a las personas trabajadoras de la economía gig. Se han presentado ante la Comisión de Trabajo Justo (FWC, por sus siglas en inglés) un buen número de casos de despido improcedente contra empresas de la economía gig, de los cuales alrededor de la mitad resultaron en casos a favor de las empresas. Sin embargo, el caso Foodora sostuvo que la trabajadora en cuestión era una persona trabajadora por cuenta ajena según la Ley de Trabajo Justo de 2009 (FWA, por sus siglas en inglés). La Oficina Australiana de Impuestos (ATO, por sus siglas en inglés) también sostuvo que la empresa había clasificado erróneamente a sus trabajadores y trabajadoras como personas trabajadoras por cuenta propia según la legislación tributaria. En respuesta, Foodora se retiró del país, al igual que había hecho tras una sentencia similar en Ontario (Canadá). En el caso Gupta v Portier Pacific Pty Ltdd, la conductora de Uber Eats Amita Gupta apeló su caso ante el Tribunal Federal tras haber perdido tanto en primera instancia como en apelación ante la FWC. Tras un día de alegaciones ante el pleno del Tribunal Federal en el que el abogado de Uber fue reprendido repetidamente por los jueces, Uber llegó a un acuerdo de indemnización de 400.000 dólares. Pagar esa cantidad de dinero por una demanda cuyo valor probablemente no supere los 15.000 dólares es, o bien un indicio bastante obvio de que Uber esperaba perder, con las consiguientes implicaciones para su modelo de negocio, o bien un ejemplo particularmente deficiente de responsabilidad tributaria. En cualquier caso, Amita Gupta ganó a lo grande. Por último, en Franco v Deliveroo, la FWC estimó la demanda del repartidor de que era un trabajadro por cuenta ajena y había sido despedido injustamente. También hay que señalar que en el momento de redactar este informe hay pendientes ante el Tribunal Federal y el Tribunal Federal de Circuito casos de clasificación laboral contra Uber y Deliveroo, respectivamente. Por otro lado, el Fair Work Ombudsman (FWO) solo ha llevado a cabo un par de investigaciones conocidas públicamente sobre el modelo de negocio de la economía gig: sobre Foodora (que fue abandonada después de que la empresa se retirara de Australia), Hungry Panda y Uber (donde el FWO defendió el modelo de empresa). Al parecer, la ATO también ha investigado a algunas empresas del sector, pero los resultados no están a disposición del público.73

El primero de los tres goles del Alto Tribunal llegó en agosto de 2021 en forma de *WorkPac Pty Ltd v Rossato*⁷⁴. En ese caso, un trabajador que había sido tratado como "trabajador por cuenta ajena eventual"—una categoría de la legislación australiana que prevé una remuneración adicional pero menos derechos—⁷⁵ alegó que en

75 La sección 15A(1) de la Ley de Trabajo Justo de 2009 define actualmente al "persona trabajadora por cuenta ajena eventual" de la siguiente manera: (1) Una persona es trabjaadora por cuenta ajena eventual de un empleador si:

(a) una oferta de empleo hecha por el empleador a la persona se hace sobre la base de que el empleador no se compromete por adelantado de manera firme a un trabajo continuo e indefinido según un patrón de trabajo acordado para la persona; y

(b) la persona acepta la oferta sobre esa base; y

(c) la persona es una trabajadora por cuenta ajena como resultado de dicha aceptación.

O como lo resumió el pleno del Tribunal Federal en el caso Hamzy contra Hamzy v. Tricon International Restaurants (2001) 115 FCR 78 at 89 [38] "La esencia de la eventualidad es la ausencia de un compromiso firme por adelantado en cuanto a la duración del empleo del trabajador o los días (u horas) que trabajará". En el Reino Unido, por el contrario, se puede ser una persona trabajadora por cuenta ajena regular, aunque solo se esté contratado de forma intermitente. El Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales resumió la jurisprudencia sobre este punto en Commissioner for HMRC v. Professional Game Match Officials Limited [2021] EWCA Civ 1370 at 118:

i. La cuestión de si un único compromiso da lugar a un contrato de trabajo no se resuelve con la decisión de que el contrato general no da lugar a un contrato de trabajo.

ii. En particular, el hecho de que no exista ninguna obligación en virtud del contrato global de ofrecer, o de realizar, un trabajo (si se ofrece) (o de que existan cláusulas que denieguen expresamente tales obligaciones) no decide que el compromiso único no pueda ser un

 $^{^{73}}$ Taming the Beast, supra note 48, at 13-14 (se omiten las notas a pie de página; todas las divisas en dólares australianos).

⁷⁴ [2021] HCA 23.

realidad era un trabajador por cuenta ajena regular. El Tribunal sostuvo que el trabajador había sido clasificado correctamente como trabajador por cuenta ajena eventual, señalando que, como no se argumentó que los documentos contractuales fueran una farsa, no había razón para no tenerlos en cuenta "como declaraciones veraces, fiables y realistas de los derechos y obligaciones a los que las partes acordaron obligarse". En un precursor de lo que vendría más tarde, el Tribunal también declaró (en [63]):

No forma parte de la función judicial, en relación con la interpretación de los contratos, forzar el lenguaje y los conceptos jurídicos con el fin de modificar una injusticia percibida como resultado de una disparidad en el poder de negociación entre las partes con el objetivo de ajustar su negociación.

Como WorkPac se refería a la distinción entre dos tipos de personas trabajadoras por cuenta ajena, y no entre las personas trabajadoras por cuenta propia o ajena, todavía había cierta esperanza de que las ramificaciones para la economía gig no fueran tan graves como parecían. Esta esperanza duró poco, con las decisiones en *Construction, Forestry, Maritime, Mining and Energy Union (CFMMEU) v Personnel Contracting Pty78 Ltd y ZG Operations Australia Pty Ltd v Jamsek.* Estos casos supusieron la primera vez en dos décadas que el Tribunal Superior consideraba el enfoque para distinguir entre personas trabajadoras por cuenta propia o ajena. El enfoque, dijo la mayoría del Tribunal, debía basarse en los contratos escritos entre las partes. Como declaró la decisión de la pluralidad en CFMMEU:

Cuando las partes han plasmado íntegramente los términos de su relación en un contrato escrito cuya validez no se discute, la calificación de su relación como laboral o

contrato de trabajo. La naturaleza de cada contrato es una cuestión independiente.

iii.Un único compromiso puede dar lugar a un contrato de trabajo si el trabajo que se ha ofrecido se realiza de hecho a cambio de una remuneración.

de otro tipo se basa en los derechos y obligaciones de las partes en virtud de dicho contrato. Cuando ninguna de las partes pretende impugnar la eficacia del contrato como instrumento de constitución de los derechos y deberes de las partes, alegando que se trata de una farsa o que es ineficaz en virtud del derecho común o de la ley, no hay motivo para intentar determinar el carácter de la relación entre las partes mediante un amplio examen de toda la historia de los tratos entre las partes. Tal revisión no es necesaria ni apropiada porque la tarea del tribunal es hacer cumplir los derechos y obligaciones de las partes, no formarse una opinión sobre lo que podría requerir un ajuste justo de los derechos de las partes.81

En *CFMMEU*, la empresa decidió que quería convertir en personas trabajadoras por cuenta propia a un grupo de camioneros a quienes trataba como personas trabajadoras por cuenta ajena. Les dijo: "si no aceptan volverse personas trabajadoras por cuenta propia, no podemos garantizarles un puesto de trabajo en el futuro"82 . Sin embargo, como afirmó la opinión plural:83

La circunstancia de que la celebración del contrato entre la sociedad y los socios pudiera deberse al ejercicio de un poder de negociación superior por parte de la sociedad no alteraba el significado ni el efecto del contrato.

Los orígenes del razonamiento de estas decisiones se remontan al common law del derecho anglosajón, en la

⁷⁶ 5 [2021] HCA 23 at 55.

⁷⁷ Por ejemplo, en el 101 el Tribunal distinguió su decisión de Hollis v. Vabu Pty Ltd (2001) 207 CLR 21, uno de los principales casos del Tribunal Superior sobre la clasificación laboral en relación con la distinción entre personas trabajadoras por cuenta propia o ajena.

⁷⁸ [2022] HCA 1.

^{79 [2022]} HCA 2.

 $^{^{\}rm 80}$ CFMMEU v. Personnel Contracting Pty Ltd [2022] HCA 1 at 99 [en lo sucesivo CFMMEU].

⁸¹ *Id.* en 59 (Opinión de Kiefel CJ, Keane J, y Edelman J.) (Se omiten las notas a pie de página). Aunque no es un consuelo, los jueces tuvieron cuidado de afirmar que lo determinante eran los términos de los contratos escritos, y no las etiquetas adoptadas por las partes, por ejemplo, en 66:

Sin embargo, como cuestión de principio, es difícil ver cómo la expresión por las partes de su opinión sobre el carácter de su relación puede ayudar al tribunal, cuya tarea es caracterizar su relación por referencia a sus derechos y deberes. En términos generales, la opinión de las partes sobre una cuestión de derecho es irrelevante. Incluso si se acepta que puede haber casos en los que el lenguaje descriptivo elegido por las partes puede arrojar luz sobre la comprensión objetiva de las disposiciones operativas de su contrato, serán raros los casos en los que la descripción que las partes hagan de su estatus o relación sea útil para el tribunal a la hora de determinar sus derechos y obligaciones.

⁸² CFMMEU, supra nota 80 en 11.

⁸³ *Id.* en 8 (Opinión de Kiefel CJ, Keane J, y Edelman J.).

forma de *Narich Pty Ltd v Commissioner of Pay-roll Tax*, ⁸⁴ una decisión del Consejo Privado del Reino Unido que hasta tres años más tarde seguía recibiendo algunos recursos de los tribunales australianos. Esta historia de origen es un tanto irónica, ya que el *common law* anglosajón ha evolucionado considerablemente desde entonces, y los tribunales del Reino Unido muestran hoy en día muy poco interés por los acuerdos escritos si no representan realmente la relación laboral en la práctica. ⁸⁵

El razonamiento de las decisiones del Tribunal Superior se aplicó a la economía gig en el caso de Deliveroo Australia Pty Ltd v Diego Franco, ⁸⁶ una apelación de Deliveroo ante el Pleno de la Comisión de Trabajo Justo de una decisión anterior en la que se declaraba que Diego Franco era un empleado y había sido despedido ilegalmente.87 El Pleno señaló que antes de las decisiones del Tribunal Superior comentadas anteriormente, creía que era "necesario examinar la totalidad de una relación laboral para determinar si se trataba de una relación de empleo o de una relación de contratación independiente". Pero ahora las cosas habían cambiado. Aunque el Pleno dejó claro que, si el recurso se hubiera referido únicamente al despido, nada habría cambiado.89 No obstante, el recurso prosperó a la luz de la nueva jurisprudencia. En particular, y basándose en el contrato escrito, cuatro puntos resultaron decisivos para el Pleno: i) la falta de control de Deliveroo sobre Franco; ii) el requisito de que Franco proporcionara su propio vehículo; iii) la falta de un requisito de servicio personal; y iv) Franco tuvo que pagar una tasa administrativa para poder utilizar el software de Deliveroo. El Pleno también explicó los factores que

En un asunto de este tipo debemos examinar el fondo de la transacción y no considerar que un acuerdo escrito, destinado a disimular su verdadera naturaleza, lo consigue si equivale simplemente a una nebulosa de palabras y, sin alterar realmente las relaciones sustanciales entre las partes, las describe mediante elaboradas disposiciones expresadas en términos apropiados para alguna otra relación.

no podían tener en cuenta, pero que habrían sido decisivos en el otro sentido si se les hubiera permitido considerarlos. Estos incluyen, por ejemplo, el hecho de que "nunca fue comercialmente práctico delegar el trabajo y el Sr. Franco nunca lo hizo", que Deliveroo tenía el control operativo práctico sobre las personas dedicadas al reparto, que Franco utilizó su motocicleta para uso personal, que Franco utilizó ropa y equipo de la marca Deliveroo y que Franco no tuvo ninguna participación en un nuevo contrato que cambiaba muy poco en la práctica, pero que fue diseñado para "eliminar cualquier indicio de que Deliveroo pudiera controlar la realización del trabajo". De manera reveladora, el Pleno declaró (en [54]):

Si se nos hubiera permitido tener en cuenta las cuestiones anteriores, como hizo el Comisario, habríamos llegado a una conclusión diferente en este recurso. En realidad, Deliveroo ejercía cierto grado de control sobre la realización del trabajo por parte del Sr. Franco, quien se presentaba al mundo, motivado por Deliveroo, como parte del negocio de Deliveroo, su puesta a disposición de los medios de entrega no implicaba un desembolso de capital sustancial y la relación era de servicio personal. Estos elementos, en su conjunto, inclinarían la balanza a favor de la convicción de que el Sr. Franco era un empleado de Deliveroo. Sin embargo, como resultado de la *Personnel Contracting*, debemos no tener en cuenta estas cuestiones.

Franco había argumentado que era un empleado incluso bajo los términos escritos y, alternativamente, que los términos no debían tenerse en cuenta ya que eran una farsa. Sin embargo, el Pleno rechazó ambos argumentos⁹¹ y concluyó que "[l]amentablemente, esto deja

Esta alegación no puede aceptarse porque simplemente no existe una base probatoria suficiente para concluir que el Acuerdo de 2019 fue en todo o en parte una "farsa" según el significado bien entendido de esa expresión. En Equuscorp Pty Ltd v. Glengallan Investments, el Tribunal Superior dijo que "farsa" se refiere a "pasos que toman la forma de una transacción legalmente efectiva pero que las partes pretenden que no tengan las consecuencias legales aparentes, o ninguna". Lo importante es que la intención requerida debe ser la de ambas partes del contrato ostensible, normalmente, si no siempre, con el objetivo de engañar a un tercero. Independientemente de lo que pueda decirse de las intenciones de Deliveroo, no hay pruebas de que el Sr. Franco suscribiera el Acuerdo de 2019 con la intención de que éste, o partes significativas del mismo, no tu-

^{84 [1983] 2} NSWLR 597.

⁸⁵ Los dos casos notables a este respecto son: Autoclenz Ltd v. Belcher & Ors [2011] UKSC 41 y Uber BV & Ors v. Aslam & Ors [2021] UKSC 5. Sin embargo, en ambas decisiones de la High Court, Gageler J y Gleeson J argumentaron que, en su opinión (que coincide en la sentencia pero disiente en el razonamiento), los casos australianos anteriores y posteriores a Narich no compartían el enfoque del Privy Council. Por ejemplo, en Cam and Sons Pty Ltd v. Sargent (1940) 14 ALJ 162, Dixon J declaró en las razones orales:

^{86 [2022]} FWCFB 156.

⁸⁷ [2021] FWC 2818 and order PR729921. Cabe destacar que el Comisario que resolvió el caso en primera instancia calificó el despido de Franco por parte de Deliveroo de "insensible y poco reflexivo" (en 165).

^{88 [2022]} FWCFB 156, supra note 85 at 8

⁸⁹ *Id*. en 31.

⁹⁰ *Id*. en 53.

⁹¹ Específicamente sobre la cuestión de la farsa, el Pleno declaró:

al Sr. Franco sin ningún recurso que pueda obtener de la Comisión de Trabajo Justo por lo que fue, claramente en nuestra opinión, un trato injusto por parte de Deliveroo". Incluso sujeto a las limitaciones impuestas por el Tribunal Superior, el razonamiento del Pleno fue especialmente deficiente. En particular, su enfoque sobre el "control" y las "herramientas del oficio" contrasta fuertemente con las decisiones destacadas en la primera subsección de esta revisión de jurisprudencia, y la cuestión de que la tasa administrativa sea decisiva raya en lo absurdo. No obstante, el hecho de que una división de apelación generalmente comprensiva del tribunal laboral de Australia llegara a la decisión que tomó, es probablemente un fuerte indicador de por dónde van las cosas para la jurisprudencia de la *economía gig* en Australia.⁹²

Sustitución en el Reino Unido

Otra evolución negativa de la jurisprudencia desde la publicación de *Desmontando el modelo* se refiere a la cuestión de las cláusulas de sustitución en la jurisprudencia británica. Como la evolución negativa se limita a la apelación de un caso, la cuestión puede abordarse brevemente. Sin embargo, antes de examinar la situación del Reino Unido es importante señalar —como hace

vieran ninguna consecuencia jurídica. Por el contrario, la prueba del Sr. Franco fue que firmó el Acuerdo de 2019 porque reducía la tasa administrativa del 5% al 4%, indicando así que por su parte tenía la intención de que tuviera efectos legales.

Id. en 55 (citas omitidas)

⁹² Un par de meses antes de la decisión del Pleno, una decisión en primera instancia de la Comisión de Trabajo Justo también había rechazado una constatación de empleo a la luz de la jurisprudencia del Tribunal Superior. En ese caso, Asim Nawaz v. Rasier Pacific Pty Ltd T/A Uber B.V., el comisario Hampton declaró (en [6.4]): "Dadas mis conclusiones sobre la veracidad del Contrato de Servicios y la ausencia de cualquier variación, la conducta posterior al contrato no es relevante" [2022] FWC 1189 en [6.4]. El comisario también aludió a lo injusto del resultado:

Observaría que hay algunos elementos de la relación entre el Sr. Nawaz y Uber que podrían funcionar de forma desleal. Entre ellos se incluye el enfoque evidente en el Acuerdo de Servicios sobre el establecimiento y la variación de las tarifas y sobre otros cambios que puedan realizarse. Estos surgen en su mayor parte del desequilibrio del poder de negociación de las partes. El papel de la Comisión en el contexto actual no es compensar estos factores ni ajustar los derechos y obligaciones legales para ofrecer un resultado más justo. También observaría que en muchas situaciones dentro de los lugares de trabajo australianos y en nuestra sociedad estos elementos han dado lugar a cierta regulación para establecer unas normas mínimas y los derechos y obligaciones relacionados con la resolución de conflictos. Cualquier respuesta política amplia sigue siendo competencia de los Parlamentos de Australia.

Id. at 7.

Christina Hießl en su informe sobre la clasificación de las personas trabajadoras de plataformas para la Comisión Europea⁹³ — que el servicio personal de algún tipo es un requisito común de la relación laboral:

El deber de realizar personalmente una labor, frente a la opción de sustitución o subcontratación, es un indicador clave de la condición de persona empleada en todos los países. La realización personal de una labor es uno de los cuatro factores de la condición de persona empleada en Irlanda, uno de los cinco criterios en Finlandia, uno de los cuatro criterios principales en Dinamarca, uno de los diez indicadores en Suecia y uno de los tres requisitos en el Reino Unido. También es un elemento necesario para todas las "terceras categorías" de relevancia en los países incluidos en este análisis (uno de los tres requisitos para determinar la condición de persona empleada en Alemania, de lavoro eteroorganizzato en Italia, de TRADE en España y de persona trabajadora en el Reino Unido). En Bélgica, la realización personal de una labor es uno de los nueve criterios para que se aplique la presunción de la condición de persona empleada. Sin embargo, la importancia que se concede a la realización personal de una labor varía, al igual que el peso que se da a un derecho teórico de sustitución frente a su uso real en la práctica o su significado teniendo en cuenta la naturaleza de la actividad.94

⁹³ Hiessl, *supra nota* 55. Para otra revisión interesante y detallada de la legislación europea sobre plataformas, véase Antonio Aloisi, Platform Work in Europe: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead, 13 Eur. Lab. L.I. 4 (2022). Este artículo se basa en un informe para el Centro Europeo de Conocimientos en el ámbito del derecho laboral y el empleo y las políticas del mercado laboral (CEPE), encargado para la Conferencia Anual del CEPE de 2020. Para una revisión muy completa de los antecedentes que se tuvieron en cuenta para la propuesta de la directiva de la UE sobre el trabajo de plataforma, así como de la legislación directa e indirectamente relevante para dicho trabajo, véase Eur. Comm., Second-Phase Consultation of Social Partners Under Article 154 TFEU on Possible Action Addressing the Challenges Related to Working Conditions in Platform Work, C(2021) 4230 final (15 de junio de 2021). Para una exploración exhaustiva de los problemas del trabajo de plataforma en los países nórdicos, con especial énfasis en el papel de los sindicatos, véase Cecila Westerlund, Nordic Transport Workers' Federation, Platform Work in the Nordic Countries (2022), https://www.nordictransport.org/en/platform-workers/.

⁹⁴ 3 Hiessl, supra nota 55, en 44. Aunque lo anterior se escribió en el contexto europeo, lo mismo puede decirse del contexto internacional más amplio. Por ejemplo, en Uruguay, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo sostuvo que, si bien el conductor de Uber en cuestión tenía el derecho teórico de registrar a las y los conductores asociados y, por tanto, de no prestar un servicio personal, en la práctica esto nunca ocurrió.

En la legislación británica, para tener derecho a la categorización como empleado o empleada o trabajador o trabajadora limb b, es necesario prestar un servicio personal. La jurisprudencia sobre lo que esto significa se ha desarrollado de tal manera que permite a una persona trabajadora utilizar sustitutos en una variedad de circunstancias.95 No obstante, las cláusulas de sustitución siguen siendo el resquicio legal preferido por los empleadores de la economía gig en el Reino Unido.⁹⁶ El uso de esta laguna jurídica tuvo éxito en el caso Independent Workers Union of Great Britain v RooFoods Limited t/a Deliveroo97 y cuando la decisión de primera instancia fue impugnada por vía de revisión judicial.98 Más recientemente el Tribunal de Apelación de Inglaterra y Gales confirmó la decisión de revisión judicial. Las sentencias no son vinculantes, entre otras cosas porque el caso se argumentó sobre la base del artículo 11 de la Convención Europea de Derechos Humanos (que contempla los derechos sindicales).99 Underhill LJ, al dictar la sentencia del Tribunal, descartó el efecto del artículo 11 y el derecho laboral internacional que lo sustenta,100 declarando (en [77], se omite la nota a pie de página):

No creo que la posición adoptada en el derecho inglés de que una obligación de servicio personal es (con las limitadas salvedades reconocidas en *Pimlico Plumbers*) una característica indiscutible de la relación entre empresario y persona trabajadora sea una peculiaridad parroquial. Por el contrario, me parece que es una característica fundamen-

Como tal, dijo el tribunal, el conductor sí prestó un servicio personal. Uruguay Uber Technologies Sentencia: 151/2022, *supra* note 59.

tal de dicha relación tal y como se entiende ordinariamente, y no veo ninguna razón por la que su importancia deba ser menor en el contexto del artículo 11.

Al igual que en las decisiones anteriores de la Comisión de Trabajo Justo, Underhill LJ sintió la necesidad de reconocer la injusticia inherente al resultado (en [86]):

Soy consciente de que esta conclusión puede parecer a primera vista contraintuitiva. Es fácil ver que las personas dedicadas al reparto podrían beneficiarse de organizarse colectivamente para representar sus intereses frente a Deliveroo, y podría parecer que de ello se deduce que deberían tener derecho "a afiliarse y formar un sindicato para la protección de [esos] intereses".



Foto © Lucius Rueedi/Shutterstock.com

En el momento de escribir estas líneas se ha concedido a IWGB permiso para apelar la sentencia ante el Tribunal Supremo, en el cual el sindicato podría encontrar una audiencia más comprensiva. Es importante señalar que, aunque no llegó a anular esta decisión, el razonamiento de una decisión posterior del Tribunal de Apelación—*Stuart Delivery Ltd v Augustine*¹⁰¹—sobre la misma cuestión parecía ciertamente apartarse del caso Deliveroo. Un caso posterior del Tribunal de Apelación de Empleo (EAT)¹⁰² parecía dificultar aún más que las empresas se ampararan en la laguna jurídica de la sustitución, al afirmar que los tribunales debían limitarse a consider-

 $^{^{95}}$ Ver, por ejemplo, Pimlico Plumbers Ltd & Anor v. Smith [2018] UKSC 29.

⁹⁶ Ver, por ejemplo, Jason Moyer-Lee, *When Will "Gig Economy" Companies Admit that Their Workers Have Rights?*, Guardian (junio 14, 2018), https://www.theguardian.com/commentisfree/2018/jun/14/gig-economy-workers-pimlico-plumbers-employment-rights.

⁹⁷ Número de caso: TUR1/985(2016)

⁹⁸ R (on the application of the Independent Workers' Union of Great Britain) v. Central Arbitration Committee & Anor [2018] EWHC 3342 (Admin).

⁹⁹ De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Derechos Humanos de 1998, los juzgados y tribunales del Reino Unido deben—en la medida de lo posible—interpretar la legislación nacional de forma que haga efectivo la Convención Europea de Derechos Humanos, aunque ello suponga apartarse de los cánones de interpretación habituales.

¹⁰⁰ El Tribunal Europeo de Derechos Humanos de Estrasburgo (Francia), que interpreta el Convenio, suele interpretar las disposiciones de este en consonancia con el derecho internacional. Ver Baykara v. Turkey [2008], Application no. 34503/97). En el caso de la aplicabilidad de los derechos del convenio a las relaciones laborales, esto significa interpretar estas últimas en consonancia con la Recomendación 198 de la OIT.

¹⁰¹ [2021] EWCA Civ 1514.

¹⁰² El EAT ocupa un lugar más bajo en la jerarquía judicial inglesa que el Tribunal de Apelación.

ar si una persona trabajadora "estaba obligada a prestar **algún servicio personal**". ¹⁰³ In dicta, el juez fue más allá, abriendo la puerta a futuros argumentos sobre la cuestión (en [32]):

Se puede argumentar, después de [Uber B.V. & Ors v Aslam & Ors [2021] UKSC 5] y el enfoque en la interpretación estatutaria que ahora se requiere expresamente, que podría darse una situación en la que a pesar de existir una cláusula contractual que proporcione un derecho de sustitución sin restricciones, la realidad es que el propósito predominante del acuerdo es el servicio personal, por lo que la persona es una trabajadora. Incluso podría argumentarse que no es necesario que el servicio personal sea el propósito predominante del acuerdo, siempre que el verdadero acuerdo sea para la prestación de "cualquier" servicio personal. No fue necesario decidir esos puntos en este caso.

Poder de negociación asimétrico

En un caso infructuoso que las personas dedicadas al reparto presentaron contra Pedidos Ya en Chile,¹⁰⁴ el Tribunal Laboral desestimó la diferencia de poder entre las personas dedicadas al reparto y la empresa al afirmar que "las partes acordaron libremente celebrar y firmar el contrato de servicios", y que "el principio de libertad de elección" debía reinar por encima de todo.¹⁰⁵ Del mismo modo, en un caso contra la empresa de reparto Wolt en Georgia, el Tribunal de la ciudad de Tibilisi declaró:

El tribunal también prestará atención al hecho de que el Código Laboral de Georgia define las condiciones esenciales del contrato de trabajo, tales como: el tiempo de trabajo y de descanso; el lugar de trabajo; la remuneración del trabajo (salario, subsidios); el pago de las horas extraordinarias; las vacaciones y el procedimiento para concederlas.

En el contrato celebrado entre las partes no

se acordaron las condiciones mencionadas, lo que confirma una vez más que el acuerdo mencionado no tiene carácter de relación laboral.¹⁰⁶

En otras palabras, el hecho de que la persona trabajadora no hubiera aceptado las condiciones de un contrato sobre el que no tenía ninguna influencia se utilizó, en parte, para justificar la conclusión de que no tenían una relación laboral. En los casos de Chile, Georgia y Australia, y en cierta medida en el caso británico de Deliveroo, subyace la grotesca falacia de que cuando se trata de interpretar una relación laboral, el poder de negociación asimétrico debería ser jurídicamente irrelevante. Porque la discrepancia de poder entre una persona trabajadora solitaria y su empleador es la razón de ser del sindicalismo y la condición de posibilidad para la disciplina del derecho laboral y del empleo. Cuando el enfoque jurisprudencial no reconoce las relaciones de poder, los jueces y las juezas que interpretan las leyes firmadas para proteger a quienes tienen menos poder de quienes tienen más poder deben ignorar cómo estos últimos utilizan su fuerza para eludir el alcance de dichas leyes, con el fin de explotar a los primeros. Incluso la Cámara de Comercio estadounidense —claramente no un bastión de los valores socialistas— ha reconocido el desequilibrio de poder inherente a la relación laboral:

> Las personas trabajadoras deben llevar el sustento al hogar cada semana. En muchas zonas del país hay pocos empleadores y es difícil cambiar de lugar de trabajo. Una persona trabajadora que quiera mantener a su familia en el lugar en que está no tiene más remedio que aceptar las condiciones de empleo de los empleadores locales. Incluso en las zonas donde hay muchos empleadores, muchas personas empleadas viven al día y no están dispuestas a dejar su trabajo por la posibilidad especulativa de obtener un salario más alto en otro lugar. La dificultad de encontrar un nuevo empleo crea el riesgo de que las personas trabajadoras acepten trabajar por salarios o condiciones laborales inferiores. Las leyes sobre salarios y horarios se diseñaron para proteger a las personas trabajadoras de este tipo de explotación.107

¹⁰³ Énfasis añadido.

¹⁰⁴ Esta decisión contrasta con decisiones anteriores contra la misma empresa en el mismo país, que se trataron en Desmontando el modelo, supra nota 25. Véase, por ejemplo, Arredondo Montoya v. Pedidos Ya Chile SPA, RIT M-724-2019 & Rol N° 395-2020.

¹⁰⁵ Eduardo Jose Estrada y Otros v. Pedidos Ya Chile SPA, Rit N° T-980-2020. Nota de la traductora: traducido de la publicación en inglés, ya que no se obtuvo acceso al original en español.

¹⁰⁶ Judgment N 2/2777720 of 9 December 2021, § 6, at 20. *Nota de la traductora*: traducido al inglés por Tamar Gabisonia de la Red ILAW, luego traducido al español.

¹⁰⁷ La Cámara rechaza expresamente cualquier aplicación del concepto anterior a las personas trabajadoras de la economía gig. Unopposed Application for Permission to file Amicus Curiae Brief and Proposed Brief of the Chamber of Commerce of the United States of America in Sup-

No tener en cuenta ese desequilibrio de poder es poco más que dar al empresario licencia para mentir, al redactar contratos firmados para crear la apariencia de algo que no es. Este camino es especialmente peligroso en la economía gig. En este sector los contratos no solo se redactan normalmente de forma unilateral y se presentan a las personas trabajadoras como propuestas de tipo "o lo aceptas o te vas", sino que también se modifican de forma rutinaria y unilateral sin que las personas trabajadoras tengan otra opción que aceptar las nuevas condiciones o perder su empleo. Por ejemplo, en Colombia, los términos y condiciones de la empresa de reparto Rappi establecían que Rappi podía "cambiar unilateralmente, en cualquier momento y de cualquier manera" dichos términos y condiciones y que por "decisión unilateral" la empresa podía retirar a una persona trabajadora de la plataforma.¹⁰⁸

Cuando los tribunales ignoran los desequilibrios de poder y limitan su análisis a las cláusulas escritas, someten los derechos de las personas trabajadoras al poder de veto efectivo de los contratos de la empresa; documentos que no se parecen en nada a la realidad, en los que las personas trabajadoras no han participado, sobre los que no tienen ningún control y que a menudo se modifican para satisfacer mejor las necesidades de sus adversarios y adversarias. Esto es inclinar la balanza de la

port of Appellants, Castellanos v. California, No. A163655, at 19 (Cal. Ct. App.1 de junio de 2022).

108 ÁVer Álvaro Hernán Quina v. Rappi S.A.S. [2021], Rad. 11001 41 89 021 2021 00878. Del mismo modo, las condiciones de Uber en Uruguay establecían que la empresa se reservaba el derecho a modificarlas en cualquier momento. Ver Uruguay Uber Technologies Sentencia: 151/2022, supra nota 59. Glovo también impuso condiciones similares a las personas dedicadas al reparto de su empresa en Kazajstán, sin embargo, el Tribunal Supremo kazajo lo utilizó en contra de la empresa, considerándolo un indicador de "relaciones laborales ocultas", en la línea de la Recomendación 198 de la OIT. Tamar Gabisonia (de la Red ILAW) resumió el punto en el resumen del caso en este informe (énfasis en el original) de esta manera:

Falta de acuerdo sobre los cambios en el contrato por parte del repartidor (falta de libertad contractual) Así, la cláusula 19 del Contrato establece que "las Condiciones podrán ser modificadas a criterio exclusivo de GLOVO de forma unilateral. GLOVO notificará a la persona dedicada al reparto todos los cambios introducidos en las Condiciones del servicio mediante el envío de un boletín informativo a la dirección de correo electrónico. Si la persona dedicada al reparto no ha rechazado el texto modificado de las condiciones de servicio en un plazo de 72 horas a partir de la fecha de publicación de los cambios, se considerará que ha leído las condiciones de servicio actualizadas y las ha aceptado. Si la persona dedicada al reparto no acepta las Condiciones, no podrá utilizar la Aplicación ni la Plataforma.

Ospan A. v. Glovo Kazakhstan, No. 6001-21-00-6ap/19 (Jud. Bd. For Admin. Cases, Sup. Ct. Dec. 6, 2021) (Kaz).

justicia tan profundamente como para burlarse del Estado de derecho. Es semejante a cambiar las reglas de las pruebas penales de tal manera que una persona acusada de asesinato no tenga derecho a llamar testigos, no pueda contrainterrogar a las y los testigos que les acusan y cuyo abogado deba hacer su trabajo utilizando solo las palabras "manzanas", "naranjas" y "culpable". Puede que la definición de asesinato no haya cambiado, y que el acusado sea inocente hasta que se demuestre su culpabilidad, pero puede estar seguro de que se va a pudrir en la cárcel.

Y LO FEO

A lo largo de varios meses en 2022, miles de personas que se dedican al reparto se manifestaron en contra de Foodpanda en Myanmar.¹⁰⁹ En un momento dado la campaña desembocó en una protesta ante la oficina de Foodpanda en Yangon. Como informó Novara Media:

Esto llamó inmediatamente la atención del ejército, que el año anterior había aplastado brutalmente las protestas antigolpistas. Les explicamos pacientemente que no hacíamos nada político, sino que solo pedíamos nuestros derechos laborales", dijo [...] un repartidor que estaba en la manifestación. Los soldados les ordenaron que no protestaran y que, por el contrario, recurrieran al sistema formal de conflictos laborales. Conociendo el historial de asesinatos de manifestantes por parte de los militares, quienes hacían parte de la huelga sintieron que su única opción era parar y durante las siguientes semanas tuvieron cinco rondas de conversaciones con la empresa con la mediación de las y los funcionarios laborales de la junta. Quienes hicieron parte de la huelga afirman que las conversaciones no produjeron ningún acuerdo, mientras que Foodpanda declinó hacer comentarios o responder a ninguna de las preguntas de Novara Media.¹¹⁰

A principios de la década de 1920 el Congreso de los Estados Unidos consideró un proyecto de ley diseñado para superar la tradicional hostilidad¹¹¹ de los tribunales

Ben Dunant, In Myanmar, Workers and Activists Take on a Food Delivery Giant, NOVARA MEDIA (15 de agosto de 2022) https://novaramedia.com/2022/08/15/in-myanmar-workers-and-activists-take-on-a-food-delivery-giant/.

¹¹⁰ *Id*.

¹¹¹ Herencia de las tradiciones del derecho common law inglés.

a las cláusulas de arbitraje en los contratos comerciales.¹¹² A pesar de que quienes propusieron el proyecto de ley en aquel momento dejaron claro que este no se ocupaba de los contratos de trabajo, los sindicatos estaban preocupados de que pudiera interpretarse de tal manera que impidiera a las personas trabajadoras presentar demandas ante los tribunales.¹¹³ El presidente de la International Seamen's Union of America temía que, debido a la desigualdad del poder de negociación, las personas trabajadoras se vieran obligadas a firmar acuerdos de arbitraje. Como dijo en su momento:

Este proyecto de ley prevé la reintroducción

"Cuando los tribunales ignoran los desequilibrios de poder y limitan su análisis a las cláusulas escritas, someten los derechos de las personas trabajadoras al poder de veto efectivo de los contratos de la empresa; documentos que no se parecen en nada a la realidad, en los que las personas trabajadoras no han participado, sobre los que no tienen ningún control y que a menudo se modifican para satisfacer mejor las necesidades de sus adversarios y adversarias. Esto es inclinar la balanza de la justicia tan profundamente como para burlarse del Estado de derecho".

del trabajo forzoso o involuntario, si las personas libres son inducidas a firmar a través de sus necesidades. ¿Se firmarán tales contratos? Esaú aceptó porque tenía hambre. Fue el deseo de vivir lo que hizo que la esclavitud comenzara y continuara. Con el hambre creciente en la sociedad moderna, solo habrá unas pocas personas que puedan resistirse. El hambre personal del marinero y el hambre de la esposa y los hijos del ferroviario seguramente les tentarán a firmar, y lo mismo ocurrirá con otras muchas personas trabajadoras del "comercio interestatal y exterior". 114

¹¹² Ver Circuit City Stores v. Adams, 532 U.S. 105 (2000).

El problema es que una gran cantidad de estos contratos que se celebran no son en realidad nada voluntarios [...]. Ocurre lo mismo con un buen número de contraPara disipar tales preocupaciones, el entonces secretario de comercio Herbert Hoover —partidario del proyecto de ley— declaró:

Si hay objeciones a la inclusión de los contratos de las personas trabajadoras en el régimen de la ley, esta podría modificarse declarando "pero nada de lo aquí contenido se aplicará a los contratos de trabajo de los marineros, marineras, empleadas y empleados ferroviarios o cualquier otra clase de personas trabajadoras que participen en el comercio estatal o extranjero". ¹¹⁵

Así, la Ley Federal de Arbitraje de 1947 dice, en la parte relevante:

en §2] Una disposición escrita en cualquier transacción marítima o un contrato que evidencie una transacción que implique comercio para resolver por arbitraje una controversia que surja posteriormente [...] será válida, irrevocable y ejecutable, salvo por los motivos que existan en derecho o en equidad para la revocación de cualquier contrato[...]. [en §1] [...] pero nada de lo aquí contenido se aplicará a los contratos de empleo de marinos, marinas, empleadas y empleados ferroviarios o de cualquier otra clase de personas trabajadoras dedicadas al comercio exterior o interestatal.¹¹⁶

A primera vista, por lo tanto, los acuerdos de arbitraje deben mantenerse en los contratos comerciales que im-

tos de trabajo. Un hombre dice: "Éstas son nuestras condiciones. Muy bien, acéptelo o váyase". Pues bien, el hombre no tiene más remedio que firmarlo; y entonces renuncia a su derecho a que su caso sea juzgado por un tribunal y tiene que hacerlo ante un tribunal en el que no confía en absoluto.

Id. en 139, nota 3 (Stevens J, dissenting) (quoting Hearing on S. 4213 et al.) (se omiten las citas internas).

- 115 Circuit City Stores, $supra\ nota\ 111$ at 127 (Souter J, dissenting) (quoting Secretary of Commerce, Herbert Hoover).
- ¹¹⁶ Federal Arbitration Act, ch. 392, 61 Stat. 670 (1947) (codified as amended at 9 U.S.C. § 1, et seq.). § 1 también define "comercio", sujeto a la salvedad que exime a ciertos contratos de trabajo, como: comercio

[...] entre los diversos Estados o con naciones extranjeras, o en cualquier Territorio de los Estados Unidos o en el Distrito de Columbia, o entre cualquiera de dichos Territorios y otro, o entre cualquiera de dichos Territorios y cualquier Estado o nación extranjera, o entre el Distrito de Columbia y cualquier Estado o Territorio o nación extranjera [...].

¹¹³ *Id.* en 125 (Stevens J, dissenting) (discussing the legislative history of the Federal Arbitration Act)..

¹¹⁴ *Id.* en 127, nota 5. (Stevens J, dissenting) (quoting Proceedings of the 26th Annual Convention of the International Seamen's Union of America 203-204 (1923) (énfasis añadido)). El senador Walsh expresó una preocupación similar durante una audiencia del subcomité sobre el proyecto de ley:

plican comercio interestatal o internacional y la ley no se aplica a los contratos de trabajo. Sin embargo, una serie de decisiones del Tribunal Supremo han modificado la ley en este sentido:

en §2] Una disposición escrita en cualquier transacción marítima o un contrato que evi-



Foto © Vidpen/Shutterstock.com

dencie una transacción que implique **afecte** el comercio¹¹⁷ para resolver por arbitraje **individual**¹¹⁸ una controversia que surja posteriormente [...] será válida, irrevocable y ejecutable, salvo por los motivos que existan en derecho o en equidad para la revocación de cualquier contrato[...].

[en §1] [...] pero nada de lo aquí contenido se aplicará a los contratos de empleo, **o por**

No se ha demostrado que el peticionario, mientras desempeñaba sus funciones en virtud del contrato de trabajo, estuviera trabajando "en" el comercio, estuviera produciendo bienes para el comercio o estuviera realizando una actividad que afectara al comercio, en el sentido de nuestras decisiones.

Id. en 200-201. Sin embargo, in Allied-Bruce Terminix Cos. v. Dobson, 513 U.S. 265 (1995), el Tribunal dio a las palabras "que implicara comercio" una lectura amplia, incluyendo en su ámbito los límites exteriores del territorio para el que el Congreso estaba facultado para legislar en virtud de la Cláusula de Comercio de la Constitución de Estados Unidos.

servicios¹¹⁹ de marinos, marinas, empleadas y empleados ferroviarios o de cualquier otra clase de trabajadores dedicados al comercio exterior o interestatal personas trabajadoras del transporte que estén de hecho involucradas en el flujo de mercancías o personas a través de las fronteras estatales.¹²⁰

La interpretación del Tribunal Supremo es tan fiable como utilizar el traductor de Google para dominar la aeronáutica a partir de un libro infantil en griego antiguo. También ha supuesto una barrera casi absoluta para las personas trabajadoras que buscan la aplicación judicial de sus derechos. Y no cabe duda de que la resolución de las demandas de las personas trabajadoras mediante el arbitraje, en lugar de los tribunales, beneficia al empleador y no a las personas trabajadoras. Como ha escrito Jackie Adelsberg, de la Alianza por la Justicia, el arbitraje:

[...] crea acuerdos unilaterales que niegan a personas trabajadoras por cuenta ajena las protecciones típicas que ofrecen los procedimientos judiciales. En el arbitraje no hay derecho a un jurado, no hay descubrimiento,

Hoy, sin embargo, el Tribunal hace realidad los temores originales--y originalmente infundados-- de las personas trabajadoras organizadas al reescribir esencialmente el texto del § 1 para excluir los contratos de trabajo únicamente de "marineros y marinera, las y los trabajadores de ferrocarril o cualquier otra clase de personas trabajadoras del transporte dedicadas al comercio exterior o interestatal".

ld. en 129

Para un análisis más reciente de este aspecto de la FAA, véase el caso del Tribunal Supremo de Southwest Airlines Co. v. Saxon, 142 S.Ct. 638 (2021) (mem.), en el que el Tribunal sostuvo que un supervisor de rampa, que participaba en la carga y descarga de aviones, estaba comprendido en la exención de la FAA.

¹¹⁷ En Bernhardt v. Polygraphic Co. of America, 350 U.S. 198 (1956), el Tribunal sostuvo que el contrato de trabajo en cuestión no evidenciaba "una transacción que implicara comercio", y dijo (nota a pie de página omitida):

¹¹⁸ Epic Systems Corp v. Lewis, 138 S. Ct. 1612 (2018). Ver también el debate sobre este punto en Moyer-Lee & Kountouris, *Litigating the Cause of Labor*, supra nota 25, en 29-30.

¹¹⁹ New Prime Inc. v. Oliveira, 139 S. Ct. 532 (2019)

¹²⁰ En Circuit City Stores, el Tribunal —en una decisión de 5-4— sostuvo que las palabras "cualquier otra clase de personas trabajadoras" debían interpretarse de acuerdo con la máxima ejusdem generis, un canon de construcción según el cual, si las palabras generales de un estatuto van precedidas de palabras específicas, las palabras generales se leen para incluir objetos como las palabras específicas. En el caso que nos ocupa, dado que los "marineros y marineras" y las y los "empleados ferroviarios" son tipos de personas trabajadoras del transporte, el Tribunal sostuvo que las palabras "cualquier otra clase de personas trabajadoras" estaban por tanto cualificadas, de forma que solo englobaban a las personas trabajadoras del transporte. El Tribunal sostuvo además que las palabras "que se dedican a" (comercio exterior o interestatal) tenían un significado más restringido que las palabras "que implicara comercio". Como tales, las únicas personas trabajadoras del transporte exentas de la FAA eran las implicadas en el flujo real del transporte a través de las fronteras estatales o internacionales. Circuit City Stores, supra nota 117, en 127. Como señaló el juez Stevens en disidencia:

no hay transparencia, no hay precedentes legales a seguir y no hay revisión judicial significativa. Debido a la ausencia de estos contrapesos y salvaguardias —y al hecho de que el arbitraje privado suele ser elegido a dedo y pagado por la empresa demandada— hay una trampa inherente para las personas trabajadoras.¹²¹

A esta lista hay que añadir el hecho de que el arbitraje individual impide las demandas colectivas, a menudo el único método rentable para que las personas trabajadoras con salarios bajos demanden a los empleadores. 122 Por lo tanto, y dado el poder de negociación asimétrico que permite a los empleadores obligar a las personas trabajadoras a suscribir acuerdos de arbitraje, los beneficios del arbitraje para los empleadores y la interpretación de los tribunales favorable a los empleadores, es comprensible que se crea que al menos 60 millones de personas trabajadoras del sector privado de los Estados Unidos están sujetas a dichas cláusulas de arbitraje.¹²³ La serie de casos comentada anteriormente ha sido una bonanza para los empleadores de la economía gig. En lo que respecta a la aplicación de sus cláusulas de arbitraje unilaterales,124 el poder de negociación asimétrico no importó

¹²¹ Jackie Adelsberg, *This Labor Day, Let's Recommit to Ending Forced Arbitration, Alliance for Justice* (septiembre 1, 2022). https://www.afj.org/article/this-labor-day-lets-recommit-to-ending-forced-arbitration/.El Tribunal Supremo, en su composición anterior de 1956, señaló puntos similares en Bernhardt v. Polygraphic Co. of America, 350 U.S. 198 (1956):

El cambio de un tribunal de justicia a un panel de arbitraje puede suponer una diferencia radical en el resultado final. El arbitraje no conlleva el derecho a juicio con jurado que está garantizado tanto por la Séptima Enmienda [a la Constitución de los Estados Unidos] como por el Cap. 1, Art. 12, de la Constitución de Vermont. Las personas encargadas del arbitraje no tienen el beneficio de la instrucción judicial sobre la ley; no necesitan dar las razones de sus resultados; el registro de sus procedimientos no es tan completo como lo es en un juicio ante un tribunal; y la revisión judicial de un dictamen es más limitada que la revisión judicial de un juicio [...].

Id. en 203.

En primer lugar, que Uber no desea que su relación con las y los conductores y repartidores sea una relación entre empleador y persona trabajadora por cuenta ajena. Segundo, que Uber desea que cualquier disputa con las y los conductores y repartidores sea arbitrada y no

y la equidad fue irrelevante; lo único que las empresas tenían que hacer era encajar su caso en una laguna legal del tamaño del anillo exterior de Saturno. Han tenido mucho éxito al hacerlo 125, demostrando que laspersonas conductoras y dedicadas al reparto no estaban directamente implicadas en el flujo de transporte de mercan-

litigada. En tercer lugar, Uber desea evitar los procedimientos colectivos en virtud de la Ley de Procedimientos *Colectivos (Class Proceedings Act)* de 1992.

En Estados Unidos, una ínfima minoría de personas trabajadoras ha podido optar por no aplicarlas. Por ejemplo, quienes defienden a las personas trabajadoras han calculado que de los varios cientos de miles de conductores y conductoras que trabajan para Uber y Lyft en California, solo alrededor de 1.300 han optado con éxito por no aceptar las cláusulas de arbitraje. Ver Class Action Complaint en 147, Gill v. Uber Technologies, No. CGC-22-600284 (Cal. Super. Ct., S.F. Cnty. 21 de junio de 2022). En un caso más extremo, al ex trabajador de reparto de Grubhub Raef Lawson se le denegó la certificación colectiva para una demanda contra la empresa, ya que solo había otro trabajador además de él en todo el estado de California que había optado por no acogerse al arbitraje y a la renuncia a poder realizar una demanda colectiva. Tan v. Grubhub, Inc., No. 15-CV-05128-JSC, 2016 WL 4721439 (N.D. Cal. 19 de julio de 2016), affd sub nom. Lawson v. Grubhub, Inc., 13 F.4th 908 (9th Cir. 2021).

¹²⁵ Por ejemplo, ver el Noveno Circuito en Capriole v. Uber Techs, Inc., 7 F.4th 854 (2021), donde se afirma que "nos unimos a la creciente mayoría de tribunales que sostienen que las y los conductores de Uber como clase de trabajadores no entran dentro de la exención de "comercio interestatal" de la FAA". Id. en 861. Y el Tribunal de Distrito para el Distrito Sur de Nueva York en Davarci v. Uber Techs., Inc., afirmando que, aunque con algunas excepciones, "[un] consenso ha comenzado aparentemente a desarrollarse en el sentido de que las y los conductores de vehículos compartidos no están exentos de la FAA[.]". No. 20-CV-9224, 2021 WL 3721374 (S.D.N.Y. Aug. 20, 2021), appeal denied, No. 20-CV-9224, 2021 WL 5326412 (S.D.N.Y. Nov. 15, 2021). En una notable excepción a la tendencia, Haider v. Lyft, Inc. sostuvo que un conductor de Lyft sí entraba dentro de la exención de la FAA. No. 20-CV-2997, 2021 WL 1226442 (S.D.N.Y. Mar. 31, 2021). Sin embargo, fue una victoria pírrica, ya que el tribunal sostuvo posteriormente que la cláusula de arbitraje era, no obstante, ejecutable en virtud de la legislación de Delaware. Haider v. Lyft, Inc., No. 20-CV-2997, 2021 WL 3475621 (S.D.N.Y. Aug. 6, 2021), reh'g denied, No. 20-CV-2997, 2022 WL 1500673 (S.D.N.Y. May 11, 2022). El mismo tribunal llegó a la misma conclusión -aunque la cláusula de arbitraje era aplicable en virtud de la legislación deNew York state law Islam v. Lyft, Inc., 524 F. Supp. 3d 338 (S.D.N.Y. 2021), appeal withdrawn, No. 21-1772, 2021 WL 6520224 (2d Cir. Nov. 8, 2021). Nótese, sin embargo, que tanto el Noveno como el Primer Circuito han considerado que las y los conductores de reparto de última milla para Amazon entran dentro de la exención. Waithaka v. Amazon.com, Inc., 966 F.3d 10 (1st Cir. 2020), cert. denied, 141 S. Ct. 2794 (2021), reh'g denied, 141 S. Ct. 2886 (2021), Rittmann v. Amazon.com, Inc., 971 F.3d 904 (9th Cir. 2020), cert. denied, 141 S. Ct. 1374 (2021). Del mismo modo, el Tribunal de Apelaciones del estado de Washington sostuvo que un conductor de reparto y servicio de un centro de la cadena de suministro de Domino's Pizza entraba dentro de la exención de la FAA, lo que significaba que la cláusula de arbitraje y su renuncia a la acción colectiva debían interpretarse conforme a la ley del estado de Washington. Y en virtud de esa ley, el tribunal consideró que la cláusula era desproporcionada, ya que su renuncia a la acción colectiva frustraba la "política pública del estado de proteger los derechos de las personas trabajadoras a emprender acciones colectivas y garantizar el pago adecuado de los salarios." Oakley v. Domino's Pizza LLC, 516 P.3d 1237, 1246 (Wash. Ct. App. 2022).

¹²² Ver Epic Systems Corp, *supra nota* 118 en 1633 (2018) (Ginsburg J, dissenting)

¹²³ Jackie Adelsberg, *This Labor Day, Let's Recommit to Ending Forced Arbitration*, Alliance for Justice (septiembre 1, 2022). https://www.afj.org/article/this-labor-day-lets-recommit-to-ending-forced-arbitration/.

¹²⁴ Las empresas de la economía gig suelen utilizar estas cláusulas como forma estándar, en todo el mundo, como parte de su estrategia para derrotar a las demandas sobre la clasificación laboral. El Tribunal Superior de Justicia de Ontario lo resumió sucintamente en el caso Heller v. Uber Technologies Inc., 2021 ONSC 5518 en 125:

cías o personas cruzando las fronteras estatales¹²⁶. *Capriole v. Uber Techs., Inc*¹²⁷. , una sentencia del Tribunal de Apelación del Noveno Circuito es instructiva. En ella, el tribunal consideró un argumento según el cual los conductores y las conductoras de Uber entraban dentro de la exención de la FAA, sobre la base de que "en ocasiones cruzan fronteras estatales o recogen y dejan pasajeros y pasajeras en aeropuertos que se dirigen a (o regresan de) viajes interestatales". Al examinar la cuestión, el tribunal señaló que:

A la hora de decidir si se aplica la exención, "el factor crítico no es la naturaleza del artículo transportado en el comercio interestatal (persona o bien) o si los propios demandantes cruzaron las fronteras estatales, sino más bien "la naturaleza de la empresa para la que una clase de trabajadores y trabajadoras realiza sus actividades". 128

Además, dijo el tribunal, era necesario evaluar la "clase de trabajadores y trabajadoras" pertinentes en este caso, las y los conductores de Uber, a nivel nacional, en lugar de confinar la evaluación a una región geográfica limitada. El tribunal rechazó las alegaciones del conductor:

[...] El servicio de Uber es principalmente de carácter local e interestatal. Solo el 2,5% de "todos los viajes realizados utilizando el mercado de viajes de Uber en los Estados Unidos entre 2015 y 2019 [...] comenzaron y terminaron en distintos estados". Además, "solo el 10,1% de todos los viajes realizados en los Estados Unidos en 2019 comenzaron o terminaron en un aeropuerto", no todos los cuales implicaron viajes interestatales. Por ejemplo, algunos viajes hacia y desde el aeropuerto son realizados por personas

que trabajan en el aeropuerto y pasajeros o pasajeras que viajan únicamente en vuelos interestatales. En general, los viajes interestatales, incluso cuando se combinan con los viajes al aeropuerto, representan un porcentaje muy pequeño de los viajes de Uber y solo ocasionalmente implican comercio interestatal. Además, el expediente demuestra que incluso los viajes de Uber "que comenzaron y terminaron en distintos estados" son de naturaleza intrínsecamente local, ya que "la distancia media fue de aproximadamente 13,5 millas y la duración media fue de aproximadamente 30,0 minutos". Incluso estas estadísticas están probablemente influidas por el hecho de que muchos viajes interestatales son realizados por conductores o conductoras (o para pasajeros y pasajeras) que viven cerca de las fronteras estatales, especialmente en la costa este. Por esta razón, estamos de acuerdo con el tribunal de distrito en Rogers v. Lyft Inc. en que "[l]os viajes interestatales que se producen por casualidad geográfica no alteran la función de transporte interestatal realizada por la clase de trabajadores y trabajadoras". 129

El Noveno Circuito desdeñó a la "minoría de tribunales de distrito" que había llegado a una conclusión opuesta y dijo:

Conceden demasiada importancia al hecho de que los conductores y las conductoras de vehículos compartidos realicen ocasional-

Davarci v. Uber Techs., Inc., No. 20-CV-9224, 2021 WL 3721374, at *2 (S.D.N.Y. Aug. 20, 2021), motion to certify appeal denied, No. 20-CV-9224, 2021 WL 5326412 (S.D.N.Y. Nov. 15, 2021).

Irónicamente, una de las justificaciones en las que se basó la Comisión Europea para proponer la directiva de la UE sobre plataformas de trabajo (en lugar de dejar que los Estados miembros legislaran sobre el tema de forma independiente) fue la naturaleza "intrínsecamente transfronteriza" de los modelos de negocio de las plataformas. Eur. Comm., Commission Staff Working Document: Subsidiarity Grid, SWD(2021) 395 final, en 3 (22 de diciembre de 2021).

¹²⁶ Las propias cláusulas de arbitraje estaban adaptadas a la jurisprudencia. Por ejemplo, una cláusula de este tipo para un conductor de Uber en Nueva York en 2020 decía (en parte):

⁽a) Esta Disposición de Arbitraje es un contrato regido por la [Ley Federal de Arbitraje] y evidencia una transacción que involucra el comercio, y usted acepta que éste no es un contrato de empleo que involucre a cualquier clase de trabajadores y trabajadoras que participen en el comercio extranjero o interestatal en el sentido de la Sección 1 de la Ley Federal de Arbitraje.

¹²⁷ 7 F.4th 854 (9th Cir. 2021).

¹²⁸ *Id.* en 861 (se omiten las citas internas).

¹²⁹ *Id.* en 864 (cita interna omitida). El Tribunal de Distrito del Distrito Sur de Nueva York, en el caso Davarci, 2021 WL 3721374, sostuvo de forma similar que:

El número bruto de viajes transfronterizos realizados por las y los conductores de Uber es en gran medida irrelevante para la investigación final, que no pregunta si una clase de trabajadores participa casualmente en un número umbral de viajes interestatales, sino si una característica central de los trabajos de los miembros de la clase implica el comercio interestatal.

ld. en *12. A continuación, el Tribunal denegó por separado la solicitud del demandante de certificar la decisión para su apelación ante el Tribunal de Apelación del Segundo Circuito. Ver Davarci v. Uber Techs., Inc., No. 20-CV-9224, 2021 WL 5326412 (S.D.N.Y. 15 de noviembre de 2021).

mente viajes interestatales o a centros de transporte. Además, no tienen en cuenta si los viajes forman parte de un flujo único e ininterrumpido de comercio interestatal que hace que los viajes interestatales sean una "parte central" de la descripción del trabajo de un conductor o una conductora de transporte compartido.

En *Cunningham v. Lyft, Inc.*¹³⁰ las y los conductores argumentaron su caso y el Tribunal de Apelación del Primer Circuito lo rechazó por motivos muy similares.¹³¹

Curiosamente, gran parte del razonamiento del tribunal del Noveno Circuito en Capriole se remontaba al caso antimonopolio del Tribunal Supremo *United States v. Yellow Cab Co.*,¹³² en el que se "sostenía que el transporte de pasajeros de ferrocarril interestatal y su equipaje entre estaciones de ferrocarril de Chicago para facilitar su viaje forma parte de 'la corriente del comercio interestatal". Como declaró el Noveno Circuito (se omiten las citas internas):

Para la conclusión del Tribunal Supremo fue importante que las y los pasajeros contrataran directamente con el ferrocarril este "transporte entre estaciones en Chicago" que era proporcionado exclusivamente por una única compañía, que a su vez contrataba directamente con el ferrocarril. Así pues, dado que la supuesta restricción del comercio pretendía "eliminar la competencia [...] para el suministro de transporte para este transbordo en medio de viajes interestatales", el Tribunal Supremo sostuvo que los demandantes habían alegado de forma plausible una restricción ilegal del comercio interestatal en virtud de la Ley Sherman.

Por el contrario, al abordar una impugnación antimonopolio relacionada contra operadores locales de taxis en Chicago, el Tribunal Supremo también sostuvo que "cuando los taxis locales se limitan a transportar pasajeros y pasajeras de trenes interestatales entre sus domicilios y la estación de ferrocarril en el curso normal de su servicio local independiente, ese servicio no es parte integrante del transporte interestatal". El Tribunal Supremo también señaló que ninguna de las compañías de taxis "prestaba servicio únicamente a pasajeros y pasajeras del ferrocarril, estando todas ellas obligadas a prestar servicio a 'toda persona' dentro de los límites de Chicago". Las empresas no tenían "ningún acuerdo contractual o de otro tipo con los ferrocarriles interestatales". "Sus tarifas tampoco [eran] pagadas o cobradas como parte de las tarifas del ferrocarril", y "en resumen, su relación con el tránsito interestatal [era] solo casual e incidental". Dado que las personas demandantes de Yellow Cab no demostraron que el "servicio local de taxis" fuera "parte integrante del transporte interestatal", el Tribunal Supremo concluyó que las personas demandantes no habían presentado una demanda en virtud de la Ley Sherman. 133

El Primer Circuito también se inspiró —en parte— en *Yellow Cabs* cuando rechazó el intento del conductor de Lyft de eludir la FAA en el caso *Cunningham v. Lyft, Inc.,* ¹³⁴ y diio:

Tenemos la seguridad de que un escenario

https://news.bloomberglaw.com/us-law-week/gig-economy-companies-brace-for-crucial-year-as-challenges-mount.

^{130 17} F.4th 244 (1st Cir. 2021)

¹³¹ En febrero de 2022, en el caso Rogers v. Lyft, el Noveno Circuito siguió su propio precedente (en *Capriole*), sosteniendo que el conductor de Lyft en cuestión no estaba exento de la FAA. No. 20-15689, 2022 WL 474166 (9th Cir. Feb. 16, 2022). Aunque la decisión es anterior a *Desmontando el modelo*, *supra nota 25*, también merece la pena señalar otra decisión del Tribunal de Circuito de Apelaciones que sostenía que las personas dedicadas al reparto no estaban exentas de la FAA: la del Seventh Circuit in Wallace v. Grubhub Holdings, Inc., 970 F.3d 798.

^{132 332} U.S. 218 (1947).

Este razonamiento es irónico, ya que el Noveno Circuito se había puesto previamente del lado de la Cámara de Comercio en un caso que impugnaba el régimen de negociación colectiva de Seattle para las y los conductores de Uber y Lyft sobre la base de que el régimen constituía un cártel de fijación de precios en violación de la Ley Sherman. Chamber of Com. of the United States of Am. v. City of Seattle, 890 F.3d 769 (9th Cir. 2018). Aunque el caso no sostuvo expresamente que el régimen violaba la Ley Sherman, sí sostuvo que el régimen no estaba exento de escrutinio bajo la Ley. Para un análisis más detallado de este caso, véase Taming the Beast, supra nota 48, en 55-58. Dado que el razonamiento de los tribunales sobre la FAA se remonta a un razonamiento análogo según el cual las y los conductores deberían estar exentos del ámbito de aplicación de la Ley Sherman, esto debería ser un obstáculo absoluto para cualquier futura impugnación de los regímenes de negociación colectiva de la economía gig sobre la base de la legislación federal antimonopolio. Nótese, sin embargo, que en cualquier caso la presidenta de la Comisión Federal de Comercio, Lina Khan, ha sugerido previamente que las personas trabajadoras de la economía gig no deberían ser procesadas bajo la legislación antimonopolio por actuar colectivamente. Ver, Maeve Allsup et al., Gig Economy Companies Brace for Crucial Year as Challenges Mount, u.s. LAW WEEK LAW WEEK (4 de enero de 2022),

^{134 17} F.4th 244 (1st Cir. 2021).

que no afecta el "comercio interestatal" en virtud de la *Ley Sherman* tampoco se calificaría como un escenario en el que los taxis están "involucrados en [...] el comercio interestatal" en virtud de la *sección 1 de la FAA*.

Pero en la complejidad de este razonamiento subyace una incoherencia intelectual incesante. En su forma más simple, este razonamiento sostiene que: i) el alcance de la cobertura de la FAA es muy amplio y, por tanto, abarca a las y los conductores de Uber y Lyft y ii) la exención es extremadamente estrecha y, de esta manera, no salva a las y los conductores de Uber y Lyft. ¿Cuál es el alcance de la cobertura? Según Circuit City, es tan amplio como lo permita al Congreso la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos. ¿Y cómo sabemos que la exención es tan estrecha que no salva a las y los conductores de Uber y Lyft? Porque según Yellow Cab, las y los conductores que realizaban un trabajo análogo ni siquiera entraban en el ámbito mucho más amplio de la Ley Sherman.

Ahí es donde parece terminar el análisis. Pero hay que hacerse otra pregunta: ¿Cuál es el alcance de la Ley Sherman? Pues bien, según una serie de casos, parece ser tan amplio como lo permita al Congreso la Cláusula de Comercio de la Constitución de los Estados Unidos. 135 En otras palabras, tan amplio como el alcance de la FAA. Si el ámbito de aplicación de la Ley Sherman es tan amplio como el de la FAA y las y los conductores de Uber y Lyft no entran en el ámbito de aplicación de la Ley Sherman, entonces tampoco entran en el ámbito de aplicación de la FAA. Las exenciones no serían relevantes. 136 En la medida en que comparar los ámbitos de cobertura de la FAA y la Ley Sherman es comparar manzanas con naranjas, dados sus diferentes propósitos estatutarios, los tribunales de circuito ya se han permitido esa fruta prohibida al introducir la comparación con el fin de excluir a las y los conductores de la exención de la FAA. Aunque las cláusulas de arbitraje de la economía gig han demostrado en su mayor parte ser una inversión rentable, de vez en Aunque Uber está intentando evitar el pago de las tasas de arbitraje asociadas a 31.000 casos casi idénticos, tomó la decisión empresarial de excluir las demandas colectivas o representativas en su acuerdo de arbitraje con sus consumidores y consumidoras, y las tasas de la AAA son directamente atribuibles a esa decisión.

En otras palabras, citando la Biblia, "todo lo que el hombre siembra, eso también segará". 139

La medida en que los tribunales de los Estados Unidos han sancionado la artimaña del arbitraje de la *economía gig* parece ser un fenómeno exclusivamente estadounidense. Aunque las empresas han intentado poner esta trampa en otros lugares, casi nunca lo han logrado. Por ejemplo, justo al otro lado de los Grandes Lagos de Norteamérica, Uber ha tenido dificultades considerables para desplegar sus cláusulas de arbitraje para evitar litigios colectivos. En primer lugar, el Tribunal Supremo de

cuando, las empresas reciben un golpe en la cabeza por el efecto bumerán de la cláusula. Por ejemplo, a finales de 2020 en Nueva York, un bufete de abogados consiguió presentar más de 31.000 demandas individuales de arbitraje de consumidores y consumidoras¹³⁷ contra Uber por la misma supuesta infracción. La American Arbitration Association (AAA, por sus siglas en inglés), encargada de arbitrar los litigios, envió a Uber una cuantiosa factura: casi 100 millones de dólares en honorarios. Uber demandó a la AAA alegando que las tasas eran ilegales. Cuando la empresa también intentó obtener una medida cautelar para garantizar que el arbitraje pudiera continuar sin que Uber tuviera que pagar inmediatamente la factura, la solicitud fue desestimada por el Tribunal Supremo del Estado de Nueva York.138 Como concluyó la división de apelación de dicho tribunal:

¹³⁵ Ver, por ejemplo, Construction Aggregate Transport, Inc. v. Florida Rock In-dustries, Inc., 710 F.2d 752 (11th Cir. 1983), Tarleton v. Meharry Medical College, 717 F.2d 1523 (6th Cir. 1983), Schnapps Shop, Inc. v. H. W. Wright & Co., 377 F. Supp. 570 (D. Md. 1973), Sheppard v. Blackstock Lumber Co., 540 P.2d 1373 (Wis. 1975), Ballo v. James S. Black Co., 692 P.2d 182 (Wis. Ct. App. 1984).

¹³⁶ Este argumento no se ha presentado como tal en ninguno de los casos de *economía gig* de la FAA revisados para este ensayo. El caso más cercano es el de Davarci, 2021 WL 5326412. Sin embargo, allí el demandante parecía argumentar que el alcance tanto de la cobertura como de la exención de la FAA eran coincidentes. En otras palabras, si las y los conductores de Uber no estaban exentos, tampoco entraban en el ámbito de aplicación de la FAA. Por lo tanto, se trata de un argumento muy diferente.

 $^{^{\}rm 137}\,$ Las y los clientes de Uber también están sujetos a cláusulas de arbitraje.

¹³⁸ Uber Tech., Inc. v. American Arbitration Assn., 2021 N.Y. Misc. LEXIS 5250 (N.Y. Sup. Ct., Oct. 14, 2021) (in the first instance); Uber Tech., Inc. v. American Arbitration Assn., Inc., 167 N.Y.S.3d 66 (N.Y. App. Div. 2022) (on appeal).

¹³⁹ Gálatas 6:7.

¹⁴⁰ Cabe señalar que existen varios intentos legislativos en el Congreso de los Estados Unidos para abordar la cuestión, aunque es poco probable que estos intentos consigan algún resultado. Por ejemplo, la Ley de Protección del Derecho de Sindicación de 2021 (PRO Act) modificaría la Ley Nacional de Relaciones Laborales para convertir en práctica laboral desleal el hecho de que los empleadores celebren o apliquen cualquier acuerdo con las y los empleados por medio del cual éstos se comprometan a no presentar o participar en demandas ante una jurisdicción competente (tribunal). S. 420, 117th Cong. § 104 (2021)

Canadá declaró ilegal la cláusula en el caso Uber Technologies Inc. v. Heller.¹⁴¹ Cuando el caso volvió al Tribunal Superior de Justicia de Ontario,¹⁴² Uber alegó que los cambios que había introducido en la cláusula la hacían viable. Como señaló el tribunal (en [131]):

La nueva táctica de Uber no consiste en solicitar la suspensión del arbitraje para las y los pasajeros y repartidores que no han ejercido su derecho a optar por no someterse al arbitraje, sino que el nuevo juego consiste en que la definición del grupo excluya a las y los pasajeros y repartidores que no han ejercido su derecho a optar por no someterse al arbitraje, lo que supondría un derecho a optar por participar (es decir, un derecho a no optar por no participar) en el actual proceso colectivo, que ya estaba en marcha en agosto de 2020.

"Esto crea la imagen de que le están ayudando a las personas trabajadoras mientras siguen beneficiándose de una mano de obra de personas trabajadoras por cuenta propia. Se llevan el pastel, se lo comen y dejan a las y los conductores y pasajeros con las migajas"

El Tribunal también señaló que los demandantes tenían (en 128; se omiten las notas a pie de página):

[...] argumentos razonablemente sólidos en el sentido de que la Cláusula de Arbitraje y Renuncia a Acciones Colectivas (al igual que el acuerdo de arbitraje original contenido en los Contratos de Servicios) es inaplicable sobre la base de que: (a) vulnera los principios de formación de contratos; (b) es inconsciente o (c) es contraria al orden público.

Sin embargo, el tribunal dijo que esta cuestión se determinaría más adelante en el juicio. Por el momento, el tribunal procedió a certificar la clase. 143

El Tribunal de Apelaciones del Trabajo uruguayo dio un paso más al considerar que la cláusula de arbitraje de Uber era inaplicable por estar contenida en un contrato de adhesión que la persona demandante no podía modificar ni oponer.¹⁴⁴ Y en algunos lugares, como la Unión Europea, el derecho a la resolución judicial de un litigio está consagrado por ley como un derecho humano.¹⁴⁵

INCLUIR LOS DERECHOS — O LA EXPLOTACIÓN—EN LAS LEYES

Dados los resultados desiguales de los intentos de resolver la clasificación laboral mediante litigios, tanto las personas trabajadoras como los empleadores han luchado para redactar sus propias leyes. En reconocimiento del hecho de que la estrategia de comunicación de las empresas sobre el estatus laboral de las personas trabajadoras —aunque increíblemente eficaz— no llegó a la victoria absoluta, las empresas han tendido a proponer algún tipo de estatus de personas trabajadoras por cuenta propia con unos derechos mínimos similares a los

de los requisitos de notificación a las y los miembros putativos del grupo:

En el caso concreto, lo que hay que decir a las y los miembros putativos del grupo, entre otras cosas, es que si no optaron por la cláusula de arbitraje y renuncia a la acción colectiva, si el tribunal determina en el juicio sobre cuestiones comunes que son personas trabajadoras por cuenta ajena con derechos y si desean reclamar una indemnización a Uber en juicios sobre cuestiones individuales, se encontrarán con la defensa de que han renunciado al derecho a hacerlo de conformidad con la cláusula de arbitraje y renuncia a la acción colectiva. La determinación del fundamento de dicha defensa se determinará en los juicios individuales, a menos que la aplicabilidad de la Cláusula de Arbitraje y Renuncia a Acciones Colectivas se convierta en una cuestión común adicional.

Ver también Tara Deschamps, Ontario Court Certifies Class Action Against Uber that Could See Some Workers Recognized as Employees, CBC (agosto 13, 2021), https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/uber-class-action-toronto-employees-david-heller-1.6139825.

¹⁴¹ 2020 SCC 16. "Ninguna persona razonable que hubiera entendido y apreciado las implicaciones de la cláusula de arbitraje la habría aceptado". Moyer-Lee & Kountouris, *Litigating the Cause of Labor, supra* nota 25, en 30 (citando Uber Technologies Inc. v. Heller, en 60).

¹⁴² Heller v. Uber Technologies Inc., 2021 ONSC 5518 (Can).

¹⁴³ La forma en que el tribunal consideró que los argumentos sobre el arbitraje encajaban en el procedimiento puede verse en 140, a través

¹⁴⁴ Uruguay Uber Technologies Sentencia 151/2022, *supra* nota 59.

¹⁴⁵ Por ejemplo, el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales, que establece el derecho a "un recurso efectivo ante un tribunal" y a un "juicio justo y público" (al menos para los derechos derivados del Derecho de la UE). Dec. 18, 2000, 2000 O.J. (C 364) 1, 20. Del mismo modo, el Convenio Europeo de Derechos Humanos establece en su artículo 6(1) que "toda persona tiene derecho a ser oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un tribunal independiente e imparcial, establecido por la ley". 4 de noviembre de 1950, 213 U.N.T.S. 221. En otro ejemplo que se archivará en la carpeta de "hipocresía", en un intento de invalidar la histórica ley de clasificación laboral AB 5 de California, Uber argumentó que la ley era un "bill of attainder", es decir, "una ley que determina legislativamente la culpabilidad e inflige un castigo a un individuo identificable sin proporcionar las protecciones de un juicio judicial". El argumento fue rechazado por el tribunal federal de distrito sin muchas vacilaciones. Olson v. Bonta, No. CV 19-10956, 2021 WL 3474015, en *9 (C.D. Cal. 16 de julio de 2021).

de las personas trabajadoras por cuenta ajena. Esto crea la imagen de que le están ayudando a las personas trabajadoras mientras siguen beneficiándose de una mano de obra de personas trabjadoras por cuenta propia. Se llevan el pastel, se lo comen y dejan a las y los conductores y pasajeros con las migajas. Las personas trabajadoras, por otro lado, han luchado generalmente por la condición de persona trabajadora por cuenta ajena o por derechos adicionales específicos para las personas trabajadoras de la economía gig. En *Litigando la causa del trabajo* decíamos:

Teniendo en cuenta que la condición de persona trabajadora por cuenta ajena es importante porque es el portal a través del cual la persona trabajadora accede a los derechos, tanto quienes litigan como las y los responsables políticos deberían centrarse en: i) lo difícil que es entrar en el portal y ii) qué derechos proporciona entrar en el portal.¹⁴⁶

Adoptando este marco pasamos a analizar la reciente avalancha de legislación.¹⁴⁷

LAS DEFINICIONES

Cuando se trata de definir el término "empleado o empleada" en la legislación, la prueba ABC, comúnmente adoptada en los estados de los Estados Unidos, 148 parece

¹⁴⁶ Moyer-Lee & Kountouris, *Litigating the Cause of Labor, supra* note 26, at 34.

haber funcionado mejor que la mayoría de las demás definiciones. De acuerdo con esta prueba, una persona que presta servicios a una entidad contratante es un empleado o empleada a menos que el empleador putativo pueda demostrar que:

(A) que la persona trabajadora está libre del control y la dirección de la entidad contratante en relación con la realización del trabajo, tanto en virtud del contrato para la realización de dicho trabajo como de hecho; (B) que la persona trabajadora realice un trabajo que esté fuera del curso habitual de la actividad de la entidad contratante y (C) que la persona trabajadora se dedique habitualmente a un oficio, ocupación o negocio establecido de forma independiente de la misma naturaleza que el trabajo realizado para la entidad contratante.¹⁴⁹

De hecho, como se analizó en Litigando la causa del trabajo, el Tribunal Supremo del estado de California sostuvo en 2018 que la prueba ABC se aplicaba a las órdenes salariales en virtud de la legislación laboral californiana. 150 Al año siguiente, en septiembre, el estado legisló para extender la prueba ABC al resto de la legislación laboral californiana (así como para establecer excepciones a la misma para determinados sectores) en forma de AB 5 (que entró en vigor el 1 de enero de 2020). Como era de esperar, las empresas de la economía gig hicieron caso omiso de la ley, por lo que el estado presentó demandas contra ellas y ellas, a su vez, presentaron demandas contra el estado argumentando que la ley era inconstitucional. Cuando nada de eso funcionó inyectaron más de 200 millones de dólares en una campaña de referéndum —la Proposición 22, que se votará en noviembre de 2020 en la que consiguieron engañar a las y los votantes haciéndoles creer que votar para privar de derechos a las personas trabajadoras era la mejor manera de proporcionarles derechos. La Proposición 22, que entró en vigor el 16 de diciembre de 2020, clasificaba a las personas trabajadoras de aplicaciones como trabajadores y trabajadoras independientes y les otorgaba un conjunto mínimo de derechos.151

hart et al., *Misclassification*, *the ABC Test*, *and Employee Status* (2021), https://www.epi.org/publication/misclassification-the-abc-test-and-employee-status-the-california-experience-and-its-relevance-to-current-policy-debates/.

¹⁴⁷ El análisis que figura a continuación no constituye una revisión exhaustiva de la legislación y los proyectos de ley del último año y medio, ni sería necesario un estudio tan exhaustivo para un debate fructífero de las cuestiones clave. Por ejemplo, aunque no se analiza aquí, China ha reglamentado recientemente para garantizar que las plataformas proporcionen a las y los conductores de reparto un salario mínimo y un seguro. Ver Rina Chandra, Invaluable but Unprotected: Asian Gig Workers Fight for rights, Christian Science Monitor (4 de octubre de 2021), https:// www.csmonitor.com/World/Asia-Pacific/2021/1004/Invaluable-but-unprotected-Asian-gig-workers-fight-for-rights. Para conocer algunos de los antecedentes que condujeron a la regulación china en la materia. Ver Zoey Zhang, 996 Is Ruled Illegal: Understanding China's Changing Labor System, China Briefing (9 de septiembre de 2021). https://www.china-briefing.com/news/996-is-ruled-illegal-understanding-chinas-changing-labor-system/. Del mismo modo, la regulación de los derechos de las personas trabajadoras de la economía gig parece inminente en algunos países, aunque en el momento de redactar este informe no había suficiente sustancia para incluirla en la presente evaluación. Por ejemplo, en el caso de Australia, véase Nick Bonyhady, Gig Work ... Like a Cancer: Labor takes aim at Gig Economy, Sydney Morning Herald (25 de agosto de 2022), https://www.smh.com.au/technology/federal-government-takesaim-at-gig-economy-cancer-20220825-p5bcph.html y Nick Bonyhady, Road Safety Pay Tribunal Back on Agenda After Unions, Industry, Uber Agreement, Sydney Morning Herald (29 de agosto de 2022), https://www.smh. com.au/politics/federal/roadsafety-pay-tribunal-back-on-agenda-afterunions-industry-uber-agreement-20220829-p5bdk9.html.

¹⁴⁸ Al menos 20 estados utilizan alguna versión de esta. Ver Lynn Rine-

¹⁴⁹ Dynamex Operations W. v. Superior Ct., 416 P.3d 1 (Cal. 2018).

¹⁵⁰ *Id*.

¹⁵¹ Ver Moyer-Lee & Kountouris, *Litigating the Cause of Labor*, supra nota 26, en 17 & 30-32. Para un análisis más detallado del caso californiano, véase *Taming the Beast, supra* nota 48, en 65-78. Para un análisis exhaustivo de cómo las empresas de la *economía gig* utilizaron cínica-

Sin embargo, ha habido algunos desarrollos importantes en la historia californiana desde que la Red ILAW publicó Desmontando el modelo. En primer lugar, las personas trabajadoras han seguido presentando demandas contra empresas de la economía gig que las clasificaron erróneamente durante el tiempo en que reinaba la prueba ABC (antes de la Proposición 22). De hecho, Uber resolvió recientemente una de estas demandas por 8,4 millones de dólares. 152 Después, aunque no es exactamente el caso en lo que respecta a las y los conductores de vehículos compartidos y de reparto, uno de los principales desafíos a la validez de la AB 5 terminó en un fracaso. La Asociación de Camioneros de California (CTA, por sus siglas en inglés) —que representa a transportistas que contratan a personas conductoras propietarias de camiones clasificados como contratistas independientes— presentó una demanda argumentando que la ley federal iba en contravía de la AB 5. Más concretamente, argumentaron que la Ley de Autorización de la Administración Federal de Aviación de 1994 (FAAAA, por sus siglas en inglés) —que va en contravía a las leyes estatales "relacionadas con el precio, la ruta o el servicio de cualquier transportista [...] con respecto al transporte de bienes"— sva en contravía de la aplicación de la prueba ABC, ya que la prueba obligaría a las y los camioneros a convertirse en empleados y empleadas, lo que a su vez afectaría el precio, la ruta o el servicio de las y los transportistas. Aunque pudieron obtener una orden judicial preliminar en el tribunal federal de distrito, que prohibió así al estado aplicar la AB 5 contra las y los transportistas, 153 el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito¹⁵⁴ anuló esta decisión y dijo:

Debido a que la AB-5 es una ley laboral de aplicación general que afecta la relación de un o una transportista con su mano de obra y no obliga ni congela de otro modo los precios, rutas o servicios de las y los transportistas, llegamos a la conclusión de que no está excluida por la F4A.

La asociación de camineros y camioneras intentó apelar

mente la raza y cooptaron el lenguaje de la justicia racial para justificar su explotación de personas trabajadoras mayoritariamente racializadas. Ver Dubal, *New Racial Wage Code*, supra nota 39. Para el efecto de reducción salarial de la Proposición 22. Ver Aarian Marshall, *California Voted for Cheaper Uber Rides. It May Have Hurt Drivers*, Wired (21 de septiembre de 2022), https://www.wired.com/story/california-voted-forcheaper-uber-rides-it-may-have-hurt-drivers/.

ante el pleno del Noveno Circuito, 155 así como ante el Tribunal Supremo de los Estados Unidos 156 y se le denegó el permiso en ambas ocasiones. Un recurso similar se presentó ante los tribunales estatales de California y llegó a la misma conclusión, 157 negándose el permiso para apelar tanto en el Tribunal Supremo de California como en el de los Estados Unidos. 158 Lo que se desprende de esta historia es la eficacia de la definición ABC, tal y como Cal Cartage Transportation Express expuso en su petición ante el Tribunal Supremo de Estados Unidos:

Dado que las y los camioneros realizan un trabajo que forma parte de la actividad habitual de un o una transportista, el "criterio B" no puede ser cumplido por las y los transportistas que desean contratar personas propietarias-operadoras independientes, como lo han hecho históricamente. 159

En noticias relacionadas, Uber volvió a intentar argumentar la inconstitucionalidad de la AB 5 ante un tribunal federal. Como la última vez, fracasaron. Aunque parece que hay un recurso pendiente ante el Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito. 161

Para meter el último gol, un tribunal estatal de primera instancia declaró inconstitucional la Proposición 22, dejando la AB 5 como ley del país (aunque en la práctica nada ha cambiado, ya que actualmente está pendiente una apelación ante el Tribunal de Apelaciones del estado). 162 Más concretamente, el tribunal sostuvo que la

¹⁵² Leah Shepherd, *Uber Signs \$8.4 Million Settlement Over Driver Misclassification*, SHRM (septiembre 1, 2022), https://www.shrm.org/resourcesandtools/legal-and-compliance/state-and-local-updates/pages/uber-settlement-california.aspx.

¹⁵³ Cal. Trucking Ass'n v. Becerra, 433 F. Supp. 3d 1154 (S.D. Cal. 2020)

¹⁵⁴ California Trucking Assn. v. Bonta, 996 F.3d 644 (9thCir. 2021).

¹⁵⁵ California Trucking Ass'n, Inc. v. Bonta, No. 20-55106, 2021 U.S. App. LEXIS 18434 (9th Cir. junio 21, 2021) (reh'g en banc denied).

¹⁵⁶ California Trucking Ass'n, Inc. v. Bonta, 142 S. Ct. 2903 (2022) (cert. denied).

People v. Superior Ct. of Los Angeles Cnty., 271 Cal. Rptr. 3d 570 (Ct. App. 2d Dist. 4th Div. 2020).

People v. Superior Court, No. S266217, 2021 Cal. LEXIS 1327 (Cal. Feb. 24, 2021) (rev. denied), Cal Cartage Transportation Express, LLC v. California, 142 S. Ct. 76 (2021) (sub. nom. cert. denied). Curiosamente, sin embargo, el Tribunal de Apelación del Primer Circuito falló sobre esencialmente la misma cuestión en sentido contrario. Schwann v. FedEx Ground Package Sys., Inc., 813 F.3d 429 (1st Cir. 2016).

 $^{^{159}}$ Petition for a Writ of Certiorari at 10, Cal. Cartage Transp. Express, LLC v. California, 142 S. Ct. 76 (2021) (No. 96-111) 2021 WL 1534379 at 10.

¹⁶⁰ Olson v. Bonta, No. CV 19-10956, 2021 WL 3474015 (C.D. Cal. July 16, 2021).

¹⁶¹ Ver Docket, Olson v. California, No. 21-55757, (9th Cir. Jul 20, 2021). Hasta el 20 de noviembre de 2022, la última entrada en el expediente era para la presentación de argumentos orales el 26 de julio de 2022. Esos argumentos orales están disponibles en https://www.ca9.uscourts.gov/media/video/?20220713/21-55757/.

¹⁶² Castellanos v. California, No. RG21088725, 2021 WL 3730951 (Cal. Super. 20 de agosto de 2021). Curiosamente, sin embargo, CalOSHA, el regulador estatal de salud y seguridad en el lugar de trabajo emitió

Proposición 22 interfería con el "poder plenario" de la Legislatura de California para "crear y hacer cumplir un sistema completo de compensación a las personas trabajadoras mediante la legislación adecuada" ¹⁶³ y violaba la cláusula de Separación de Poderes ¹⁶⁴ y la norma de materia única ¹⁶⁵ de la Constitución estatal.

Al otro lado del país, en el estado de Massachusetts, el club de jefes de la *economía gig* tuvo que enfrentarse a un contratiempo similar. Allí, después de que el fiscal general del estado incoara un procedimiento por clasificación errónea contra Uber y Lyft, les las empresas impulsaron una iniciativa inspirada en la Proposición 22 que esperaban que se incluyera en la papeleta electoral para un referendo en todo el estado en noviembre de 2022. les El

citaciones contra Uber y Lyft, considerándolas empleadores. *VerRideshare Drivers' Safety Complaint Against Lyft & Uber Results in CalOSHA Extending Workplace Protecttions to Gig Workers*, RIDESHARE DRIVERS UNITED (1 de agosto de 2021), https://www.drivers-united.org/calos-ha-citation.

- 163 CAL. CONST, art. XIV, § 4.
- ¹⁶⁴ Porque la Proposición 22 afirmaba que, si la legislatura californiana creara un régimen de negociación colectiva para las y los conductores autónomos basados en aplicaciones, esta ley constituiría una enmienda a la Proposición 22 y, como tal, requeriría una mayoría de siete octavas partes. El tribunal sostuvo que esto pretendía limitar la capacidad de la legislatura para legislar sobre asuntos que no deberían considerarse enmiendas. Castellanos v. California, 2021 WL 3730951, at *4.
- ¹⁶⁵ Porque la disposición de negociación colectiva mencionada anteriormente constituía un tema distinto del tema principal de la Proposición 22, a saber, la clasificación de las y los conductores que trabajan en aplicaciones como contratistas independientes. Como declaró el tribunal:

La prohibición de legislar para autorizar la negociación colectiva de las y los conductores basados en aplicaciones no promueve el derecho a trabajar como contratista independiente, ni protege la flexibilidad laboral, ni establece normas mínimas de seguridad y remuneración en el lugar de trabajo para esas personas trabajadoras. Parece proteger los intereses económicos de las empresas de trabajo en red al tener una mano de obra dividida y no sindicada, lo que no es un objetivo declarado de la legislación.

Id. en *5. Ver también Unopposed Application for Permission to file Amicus Curiae Brief and Proposed Brief of the Chamber of Commerce of the United States of America in Support of Appellants, Castellanos v. California, No. A163655, en 24 (Cal. Ct. App. 1 de junio de 2022) (citando despectivamente Castellanos v. California).

- ¹⁶⁶ Healey v. Uber Techs, Inc., No. 2084-CV-01519, 2021 WL 1222199 (Mass. Super. 25 de marzo de 2021). Ver también Kellen Browning, Massachusetts *Court Throws Out Gig Worker Ballot*, N.Y. TIMES (14 de junio de 2022), https://www.nytimes.com/2022/06/14/technology/massachusetts-gig-workers.html.
- 167 Al igual que la Proposición 22, la medida clasificaría a las y los conductores que trabajan en aplicaciones como contratistas independientes, al tiempo que les proporcionaría un conjunto limitado de derechos. Algunas personas expertas independientes han sugerido

Tribunal Supremo de Massachusetts sostuvo que la iniciativa electoral violaba la norma de la materia única del artículo 48 de las Enmiendas a la Constitución de Massachusetts, ¹⁶⁸ sosteniendo de forma relevante que:

[E]n disposiciones redactadas ambiguamente, situadas en una sección separada cerca del final de las leyes que proponen, las peticiones van más allá de definir la relación entre las y los conductores de aplicaciones y las empresas red y los salarios y prestaciones legales asociadas. Estas disposiciones amplían la clasificación de las y los conductores de aplicaciones como contratistas independientes, en lugar de empleados, empleadas o agentes, a posibles demandas de terceros, incluidas aparentemente las víctimas de agravios cometidos por conductores y conductoras a través de aplicaciones, como quienes han sido víctimas de agresiones por parte de conductores o conductoras o quienes han sufrido lesiones en accidentes de tráfico. Estas disposiciones tendrían, por tanto, el efecto aparente de que en cualquier acción que busque reparación por los daños cometidos por las y los conductores de las aplicaciones, las y los conductores se considerarán contratistas independientes y no empleados, empleadas o agentes, independientemente de cómo se hubieran clasificado en virtud de la legislación vigente. Esto limitaría la responsabilidad extracontractual de las empresas red por la mala conducta o negligencia de las y los conductores, ya sea en una teoría de contratación o retención negligente o en una teoría de respondeant superior.

Por lo tanto, las peticiones incumplen el requisito de los temas relacionados, ya que presentan a las y los votantes dos decisiones políticas sustancialmente distintas: una limitada en su mayor parte a la relación contractual y voluntaria entre las y los conductores que trabajan en aplicaciones y las empresas red; la otra —formulada en disposiciones confusamente ambiguas y abiertas— que aparentemente busca limitar la responsabilidad de la empresa red frente a terceras personas perjudicadas por la conducta ilícita de las y los conductores que trabajan en

que esto habría dejado a las y los conductores sin derechos.

¹⁶⁸ Koussa v. Att'y Gen., 188 N.E.3d 510 (Mass. 2022).

aplicaciones.

Y con ello se acabó la campaña de 17,8 millones de dólares de la empresa.¹⁶⁹

Sin embargo, las empresas han tenido más suerte en otros estados de los Estados Unidos. Por ejemplo, pudieron asegurarse de que no se convertirían en empleadoras mediante nuevas leyes en Alabama, Florida y Georgia. ¹⁷⁰De forma similar, en el estado de Washington, el proyecto de ley 2076 de la Cámara de Representantes —que el gobernador demócrata Jay Inslee convirtió en ley el 31 de marzo de 2022¹⁷¹ — dispone (en la sección 1(1)(i)) que:

Salvo que se especifique lo contrario en esta ley, a efectos de este título y de los Títulos 48, 50A, 50B y 51 RCW, y de cualquier orden, reglamento, política administrativa u opinión de cualquier agencia, junta, división o comisión estatal o local, de conformidad con dichos títulos, un conductor o una conductora no es empleado, empleada ni agente de una empresa de red de transporte si se cumplen los siguientes factores:

- (i) La empresa red de transporte no prescribe unilateralmente fechas específicas, horarios o un número mínimo de horas durante las cuales el conductor o conductora debe conectarse a la aplicación o plataforma en línea de la empresa red de transporte;
- (ii) La empresa red de transporte no puede rescindir el contrato del conductor o la conductora por no aceptar una solicitud de servicio de transporte específico;
- (iii) La empresa red de transporte no prohíbe contractualmente que el conductor o la conductora preste servicios a través de otras empre-

sas red de transporte, salvo cuando preste servicios a través de la aplicación o plataforma en línea de la empresa red de transporte durante el tiempo de plataforma de despacho y el tiempo de plataforma de pasajeros y pasajeras; y

(iv) La empresa red de transporte no prohíbe contractualmente al conductor o la conductora trabajar en cualquier otra ocupación o negocio lícitos.

No obstante, cualquier ley estatal o local que disponga lo contrario, cualquier parte que intente establecer que no se cumplen los factores de esta subsección (1) (i) tendrá la carga de la prueba. Un conductor o una conductora a efectos de esta sección no incluirá a ninguna persona que en última instancia y finalmente se determine que es un "empleado" o "empleada" en el sentido de la sección 2(3) de la ley nacional de relaciones laborales, 29 U.S.C. Sec. 152(3).

La ley de Washington, de manera similar a la Proposición 22 y a la iniciativa electoral de las empresas en Massachusetts, también incluía una serie de derechos básicos de las personas trabajadoras que no llegaban al estatus de empleado o empleada (más información sobre esto más adelante). Sin embargo, la aprobación de la Ley 2076 de la Cámara de Representantes es notable, ya que surgió del proceso legislativo normal (en lugar de un referéndum) de un estado políticamente progresista y contó con el apoyo de la sección local del sindicato Teamsters, que había representado activamente a las y los conductores ¹⁷²(aunque el jefe nacional de los Teamsters estaba en contra). ¹⁷³

Una de las personas que se oponen a la medida de Washington es Sean O'Brien, el nuevo jefe de la Hermandad internacional de camioneros (*Teamsters International Union*), quien dijo a Bloomberg News que estaba instando a Inslee a vetar la legislación horas antes de que el gobernador la firmara, a pesar de que una filial local del sindicato ayudó a negociar la legislación. Según O'Brien, la nueva ley no confiere a las y los conductores todos los derechos y prestaciones laborales.

Marr y Mulvaney, supra nota 170. En Canadá, Uber también ha intentado conseguir el apoyo de los sindicatos—en concreto, del Sindicato

¹⁶⁹ Kellen Browning, *Massachusetts Court Throws Out Gig Worker Ballot*, N.Y. TIMES (junio 14, 2022), https://www.nytimes.com/2022/06/14/technology/massachusetts-gig-workers.html.

¹⁷⁰ Chris Marr & Rebecca Rainey, *Punching In: Gig Companies Score Small Wins on Worker Status*, Daily Lab. Rep. (julio 5, 2022), https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/punching-in-gig-companies-score-small-wins-on-worker-status-28.

¹⁷¹ Chris Marr & Erin Mulvaney, *Washington Lyft, Uber Driver Deal Not Safe from Court Challenge*, Daily Lab. Rep. (abril 4, 2022), https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/washington-lyft-uber-driver-deal-not-safe-from-court-challenge

¹⁷² Para una descripción detallada de las victorias del sindicato Teamsters Local 117 con las y los conductores de aplicaciones en Seattle, Ver el debate en *Taming the Beast*, supra nota 48, en 53-64.

¹⁷³ Como señaló el Daily Labor Report:

A nivel nacional, en los Estados Unidos también se han introducido leyes en ambos lados del debate. Por ejemplo, la Protecting the Right to Organize Act of 2021 (PRO Act, "Ley de Protección del Derecho a la Sindicación") ¹⁷⁴modificaría la definición de "empleado" y "empleada" de la Ley Nacional de Relaciones Laborales (NLRA) —que cubre los derechos sindicales de las y los empleados del sector privado— al introducir la prueba ABC (en el Título I, s101(b)). ¹⁷⁵ También consagraría en la ley una definición amplia de "empleador conjunto" (en el Título I, s101(a)) para facilitar que las personas trabajadoras obtengan convenios colectivos con más de un empleador. ¹⁷⁶ Tras haber sido aprobado por la Cámara de Representantes en marzo de 2021, el proyecto de ley se encuentra actual-

Unido de Trabajadores de la Alimentación y Comerciales (UFCW, por sus siglas en inglés)- para defender leyes que otorgan algunos derechos, pero que no llegan a la categoría de empleo. Ver Luiz Feliz Leon, Uber Canada Offers Workers Toothless Union Support While Fighting to Keep Them Misclassified, REAL NEWS (23 de febrero de 2022), https://therealnews.com/uber-canada-offers-workers-toothless-unionsupport-while-fighting-to-keep-them-misclassified. Aunque hay que tener en cuenta que ese sindicato parece haber desempeñado un papel un poco más robusto en el desafío a Uber en nombre de las y los conductores del servicio Uber Black en Toronto. Ver Uber Fends Off Unionization Attempt by Toronto Drivers for Premium Service, CBC (6 de mayo de 2022), https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/uber-union-toronto-1.6445058. Los retos que plantean los grandes sindicatos tradicionales a la hora de representar a las personas trabajadoras de la economía gig es una cuestión que se ha planteado en todo el mundo. Para un debate al respecto en el contexto de Berlín, Alemania. Ver Ben Wray, Gig Economy Project-Inside Berlin's food delivery workers movement, BRAVE NEW EUROPE (9 de junio de 2022), https://braveneweurope.com/ gig-economy-project-inside-berlins-food-delivery-workers-movement.

¹⁷⁴ S. 420, 117 Cong.

175 Obsérvese, no obstante, que, más allá de este proyecto de ley, la correcta interpretación del término "empleado" con arreglo a la NLRA está siendo examinada actualmente por la Junta Nacional de Relaciones Laborales (NLRB, por sus siglas en inglés), en el caso *The Atlanta Opera, Inc. and Make-Up Artists and Hair Stylists Union, Local 798, IATSE*, Case 10-RC-276292. En dicho asunto, la Junta ha invitado a la presentación de escritos sobre el estándar que debería utilizar. En particular, la Junta está interesada en si debe adherirse a su reciente precedente (estrecho) de la era de Trump sobre el asunto (*SuperShuttle DFW, Inc.*, 367 NLRB No. 75 (2019)), volver a su precedente más amplio de la era de Obama (*FedEx Home Delivery*, 361 NLRB 610, 611 (2014)), o alguna otra alternativa. Ver *Order Granting Review and Notice and Invitation to File Briefs*, 27 de diciembre de 2021.

176 La norma del empleador conjunto parece basarse en la amplia norma que la Junta Nacional de Relaciones Laborales utilizó en el caso *Brown-Ferris Industries of California*, Case 32-RC-109684 (approved by the D.C. Circuit Court of Appeals in *Browning-Ferris Indus. of Cal., Inc.* v. NLRB, 911 F.3d 1195, 1220 (D.C. Cir. 2018), y que ha sido objeto de una complicada saga de nuevos casos y elaboración de normas. Ver *D.C. Circuit Again Sets Aside the NLRB's Browning-Ferris Decision*, sullivan & CROMWELL: LEGAL DEVELOPMENTS AFFECTING THE WORKPLACE (3 de agosto de 2022). https://www.sullcrom.com/blog-dc-circuit-again-sets-aside-the-nlrbs-browning-ferris-decision. Obsérvese que, recientemente, la NLRB también ha publicado un aviso de propuesta de normativa, en el que propone un estándar más amplio de empleo conjunto. Ver Campbell, B. (2022). *NLRB Proposes New Joint Employer Standard*. 6 de septiembre. https://www.law360.com/articles/1520787/nlrb-propos-es-new-joint-employer-standard.

mente en el Senado, donde tendrá una muerte digna y se unirá al cementerio que esa institución tiene de otras causas progresistas.¹⁷⁷

En el otro extremo del espectro, la nauseabundamente denominada Worker Flexibility and Choice Act (Ley de Flexibilidad y Elección del Trabajador)¹⁷⁸ establece que si una persona trabajadora celebra un "acuerdo de flexibilidad de la persona trabajadora" con una empresa, esta puede evitar tener que pagar el salario mínimo y las horas extras contempladas en la Ley de Normas Justas de Trabajo de 1938. Los "acuerdos de flexibilidad de la persona trabajadora" deben contener elementos que pretendan representar la libertad y la flexibilidad de la persona trabajadora en el trabajo, similares a la lista del proyecto de ley 2076 de la Cámara de Representantes del estado de Washington citado anteriormente. Para endulzar la estructura de incentivos, la Worker Flexibility and Choice Act también establece que las personas trabajadoras que suscriban dichos acuerdos no serán consideradas empleadas a efectos fiscales federales.¹⁷⁹ Increíblemente, dado que la Ley de Normas Justas de Trabajo se diseñó para establecer unos requisitos mínimos sobre la base de los cuales los estados pudieran seguir construyendo, en lugar de un techo que limitara los derechos en todo el país, 180 este proyecto de ley se adelantaría:

[...] todas las leyes federales, estatales y locales relativas a salarios y otros montos pagados, horas trabajadas, documentación y mantenimiento de registros e impuestos, beneficios y contribuciones aplicables, en la medida en que puedan aplicarse a la relación laboral entre la persona y la entidad cubierta por el acuerdo de flexibilidad laboral.¹⁸¹

Este proyecto de ley se presentó en la Cámara de Representantes el 20 de julio de 2022 y aún no se ha votado. 182

¹⁷⁷ Las normas del Senado sobre el "filibusterismo" exigen de facto una supermayoría de 60 de 100 votos para la mayoría de los proyectos de ley. En la actualidad, las y los demócratas solo cuentan con 51 votos (incluido el del Vicepresidente, que desempata) y, en cualquier caso, no está claro que todos y todas apoyen siquiera la PRO Act.

¹⁷⁸ H. R. 8442, 117 Cong.

¹⁷⁹ Id. en. § 2.

 $^{^{180}}$ Ver Pub. L. No. 75-718, § 18, 52 Stat. 1060 (codified as amended in scattered sections of 29 U.S.C.)

¹⁸¹ Pro Act, H. R. 8442, 117 Cong § 3. Esta sección introduciría una nueva subsección (c) en la sección 18 de la FLSA.

¹⁸² See also Rebecca Dixon, Statement in Response to the Introduction to the Worker Flexibility and Choice Act, NATIONAL EMPLOYMENT LAW PROJECT (22 de julio de 2022), https://www.nelp.org/news-releases/statement-inresponse-to-the-introduction-of-the-worker-flexibility-and-choice-act/.



Photo © Mike Dotta/Shutterstock.com

Facilitar el cumplimiento de las definiciones existentes

Como ya se ha comentado en el contexto de los Estados Unidos, la batalla en torno a las definiciones de empleado o empleada es el principal frente en la guerra entre quienes aspiran a tener derechos y quienes desean negárselos. Sin embargo, también ha habido una serie de intervenciones legislativas que no pretenden cambiar la definición de la relación laboral, sino más bien realizar ajustes de procedimiento para que sea más fácil en la práctica que las personas trabajadoras entren dentro de la definición pertinente. Un ejemplo de este tipo de leyes es la Ley Rider española.¹⁸³

Esta ley surgió tras una acumulación de jurisprudencia de los tribunales españoles sobre el estatus laboral de las personas dedicadas al reparto. Estos casos culminaron con la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social) en el caso contra Glovo¹⁸⁴ que se analizó en Litigar la causa del trabajo.¹⁸⁵ En *Taming the Beast* describí cómo surgió la ley:

El 28 de octubre de 2020, el Gobierno convocó a los interlocutores del Diálogo Social para debatir la regulación de las plataformas digitales. En las negociaciones tripartitas participaron el Gobierno, las centrales sindicales UGT y CCOO, así como las organizaciones patronales Confederación Españo-

la de Organizaciones Empresariales (CEOE) y Confederación Española de la Pequeña y Mediana Empresa (Cepyme). Como estaban haciendo en gran parte del mundo, las empresas de la economía gig defendían sus propios estándares, que representan un poco menos que los derechos plenos de las personas trabajadoras pero ofrecían lo suficiente para poder argumentar que su modelo beneficiaba a las personas trabajadoras. En España propusieron el TRADE Digital, 186 una pequeña modificación al TRADE que ya existía (dado que los tribunales ya habían dictaminado que las personas dedicadas al reparto no eran TRADE). Pero "cuando se propuso esto al grupo de empleadores, las otras empresas" no lo aceptaron, dice [Rubén] Ranz [un responsable sindical de UGT que trabaja en temas de economía gig]. "¿Quieres decir que yo tengo que cotizar a la Seguridad Social y tú no? Por eso el grupo empresarial firmó el convenio [...] [para evitar] la competencia desleal". Efectivamente, el 10 de marzo de 2021 las partes llegaron a un acuerdo sobre el camino a seguir, pero no sin que se diera una escisión del grupo empresarial y que Glovo anunciara su renuncia a la CEOE.187

Un par de meses después el acuerdo se convirtió en ley. La ley hacía dos cosas. En primer lugar, proporcionó derechos adicionales en materia de información y consulta, relacionados con los algoritmos de los empleadores (de los que hablaremos más adelante). En segundo lugar, como escribí en *Taming the Beast*:

[...] la ley añadió la "Disposición Adicional 23" al [Estatuto de los Trabajadores], ¹⁸⁸ que se basaba en la presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena exigida por el artículo 8.1 [Estatuto de los Trabajadores] al establecer que se presume

¹⁸³ Real Decreto-Ley 9/2021, de 11 de mayo.

¹⁸⁴ S.T.S., Sept. 25, 2020 (No. 805/2020, ECLI: ES:TS:2020:2924), https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03.

¹⁸⁵ Moyer-Lee & Kountouris, Litigating the Cause of Labor, *supra* 26, at 23-24.

^{186 &}quot;TRADE" es el acrónimo en español de "Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes", una tercera categoría de la legislación laboral española que proporciona un conjunto limitado de derechos a las personas trabajadoras por cuenta propia que dependen económicamente de un cliente principal. Para un análisis detallado de TRADE, Ver *Taming the Beast, supra nota* 48, en 123-32.

¹⁸⁷ S.T.S., Sept. 25, 2020 (No. 805/2020, p.132-33, ECLI: ES: TS:2020:2924) (España) (se han omitido las notas a pie originales; se han añadido nuevas notas), https://www.poderjudicial.es/search/openDocument/05986cd385feff03.

¹⁸⁸ Ley del Estatuto de Trabajadores (2015) (España), https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2015-11430.

que las personas que se dedican al reparto son trabajadores y trabajadoras por cuenta ajena de empresas que ejercen sus facultades de control, organización y dirección "directa, indirecta o implícitamente, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital". La intención era codificar en ley estatutaria la sentencia del Tribunal Supremo Glovo. Y poco más. Como dice Ranz "Lo que la decisión del Tribunal Supremo deja claro es que las y los jueces no necesitan ninguna modificación de la ley para interpretar esto". Aunque en teoría este tipo de presunción sectorial en blanco y negro debería dificultar la refutación de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena para los empleadores, dado que después del caso del Tribunal Supremo-la ley ya estaba asentada sobre la cuestión de la condición de personas trabajadoras por cuenta ajena de las personas dedicadas al reparto, no está claro qué -en términos prácticos— añade esta disposición.189

En resumen, antes de la Ley Riders la legislación española ya establecía la presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena y la jurisprudencia española establecía que las personas dedicadas al reparto eran trabajadoras por cuenta ajena.¹⁹⁰ La Ley Riders no añadió ni cambió significativamente ninguna de estas cosas.

La propuesta de directiva de la Comisión Europea sobre el trabajo en plataformas¹⁹¹ pretende igualmente facilitar la clasificación de las personas como trabajadoras por cuenta ajena sin cambiar realmente la definición del

término. De este modo, las personas que actualmente no serían clasificadas (correctamente) como "trabajadoras" o "persona trabajadora por cuenta ajena", pero que sin embargo mantienen una relación laboral dependiente, no serían reclasificadas como resultado de la directiva propuesta. De hecho, las definiciones de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena en las que se basa la directiva propuesta corresponden a las de los Estados miembros de la UE¹⁹² y no a las de la legislación de la UE (aunque se supone que estas últimas deben tenerse en cuenta). Esto significa que las personas trabajadoras para una empresa de la *economía gig* podrían clasificarse correctamente como empleadas en un país y como personas trabajadoras por cuenta propia en otro, todo ello de conformidad con la directiva propuesta.

[N]o todas las personas están de acuerdo en que se adopte la propuesta de la Comisión Europea. Varios sindicatos han expresado su preocupación por la medida en que una regulación de este tipo a escala de la UE interferiría con el modelo nórdico, que por lo demás se basa en soluciones de negociación colectiva entre las partes. Hay sindicatos y empleadores en el mercado laboral nórdico que consideran que el concepto de persona trabajadora por cuenta ajena no debería definirse en la ley, ya que la práctica ofrece mejores condiciones para una mayor flexibilidad, lo que es apropiado en el contexto de la rápida revolución digital. No obstante, parece que, aunque se modifique la carga de la prueba y se introduzcan criterios para tal presunción, seguirán aplicándose los conceptos nacionales clave. Es de suponer que esto será bien recibido por aquellos sindicatos que consideran inapropiado regular las condiciones de trabajo a un nivel detallado a través de reglamentos internacionales porque los conceptos nacionales se han desarrollado durante décadas a nivel nacional.

Cecila Westerlund, Nordic Transport Workers' Federation, Platform Work in the Nordic Countries, 40 (2022), https://www.nordictrans-port.org/en/platform-workers/. De hecho, Suecia fue el único Estado miembro de la UE que se opuso a la directiva propuesta. *Ver Gig Economy Project-Sweden's Election, the Nordic Model and the Gig Economy: Interview w/ GigWatch's Felix Söderberg & Jacob Lundberg*, BRAVE NEW EUROPE (17 de agosto de 2022), https://braveneweurope.com/gig-economy-interview-w-gigwatchs-felix-soderberg-jacob-lundberg.

¹⁹³ Muchos derechos derivados de la legislación de la UE, aunque no todos, se basan en una definición autónoma del término "persona trabajadora", que se aplica a una persona que "presta servicios para otra persona y bajo su dirección a cambio de los cuales recibe una remuneración". Ver Sindicatul Familia Constanta & Ors v. Direcţia Generală de Asistenţă Socială şi Protecţia Copilului Constanţa, ECLI:EU:C:2018:926 (Case C-147/17)) en [41].

¹⁸⁹ Taming the Beast, supra nota 48, en 134 (se han omitido las notas al pie originales).

La presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena también puede observarse en otros ordenamientos jurídicos. Por ejemplo, el artículo 23 de la Ley de Contrato de Trabajo de Argentina presume que toda persona que preste servicios a otra tiene una relación laboral, salvo que se pruebe lo contrario. Ver Bolzan Jose Luis c/ Minieri Saint Beat Guillermo Mariano y Otros s/Despido, Sentencia Definitiva No. 39351.

¹⁹¹ Comm. on Emp. and Soc. Affs., Draft Report on the Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work, 2021/0414(COD (2 de mayo de 2022) [en lo sucesivo, Propuesta de Directiva de la UE sobre el trabajo de plataforma]. Para una descripción de los intentos de presión del club de jefes de la economía gig para oponerse a la directiva, Ver Gig Economy Project - Piero Valmassoi: We Should Worry About What Uber Is Doing to Influence the EU Platform Work Directive, BRAVE NEW EUROPE (12 de julio de 2022), https://braveneweurope.com/gig-economy-project-piero-valmassoi-we-should-worry-about-what-uber-is-doing-to-influence-the-eu-platform-work-directive.

¹⁹² Curiosamente, esto recibió el apoyo de ambas partes. Según la Comisión Europea, en las consultas, tanto los sindicatos como los grupos de personas trabajadoras querían que la condición de persona trabajadora por cuenta ajena dependiera de los conceptos nacionales en lugar de abrir un debate sobre la legislación de la UE sobre las relaciones de empleo. Ver e Eur. Comm., Second-Phase Consultation of Social Partners Under Article 154 TFEU on Possible Action Addressing the Challenges Related to Working Conditions in Platform Work, C(2021) 4230 final, en 21 (15 de junio de 2021). Como explicaba un informe de la Nordic Transport Workers' Federation:

La presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena y la inversión de la carga de la prueba son los principales mecanismos a través de los cuales la directiva propuesta intenta que sea más fácil para las personas trabajadoras entrar en el ámbito de protección del empleo en sus países. Según el artículo 4, si se dan dos o más de los cinco posibles indicadores de control, se presume que la persona trabajadora de la plataforma está en una relación de empleo. Los indicadores son (en el apartado 2 del artículo 4):

- (a) determinar o fijar eficazmente los límites para el nivel de remuneración;
- (b) solicitar que la persona que realiza el trabajo de plataforma respete normas vinculantes específicas en lo que respecta a la apariencia, la conducta hacia la o el destinatario del servicio o la realización del trabajo;
- (c) supervisar la ejecución del trabajo o verificar la calidad de los resultados del trabajo, incluso por medios electrónicos;
- (d) restringir de forma efectiva la libertad, incluso mediante sanciones, de organizar el trabajo propio, en particular la facultad de elegir el horario de trabajo o los periodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas o de utilizar subcontratistas o sustitutos;
- (e) restringir efectivamente la posibilidad de crear una base de clientes o de realizar trabajos para terceras personas.

A continuación, el artículo 5 prevé la posibilidad de que la empresa refute la presunción, demostrando que sus trabajadores y trabajadoras no mantienen una relación de empleo.

Estas disposiciones no son más que un escaparate. En primer lugar, proporcionar una lista de control a las empresas de la *economía gig* es siempre una apuesta arriesgada. Simplemente modificarán los acuerdos en la aplicación para crear la apariencia de que al menos cuatro de los criterios son inaplicables. En segundo lugar,

las empresas a las que se pretende aplicar la directiva propuesta han demostrado en repetidas ocasiones que están dispuestas a burlar abiertamente la ley y a litigar enérgicamente contra cualquier intento de clasificarlas como empleadores. No hay nada en la directiva propuesta que sugiera que las empresas no adoptarían la misma estrategia en este caso, es decir, ignorar la presunción y litigar después cualquier disputa sobre si son aplicables dos o más criterios. En tercer lugar, como argumentamos en *Litigar la causa del trabajo*:

Para los juzgados y tribunales que evalúan la situación laboral sobre la base de la realidad de la relación de trabajo y no del contrato escrito, como parecen hacer la mayoría de los juzgados y tribunales analizados en este documento, el mero hecho de hacer recaer en el empleador putativo la carga de la prueba de la clasificación laboral no consigue casi nada en términos prácticos. Cuando el papel del tribunal es llevar a cabo una investigación de los hechos y luego atribuir a los resultados de esa investigación la etiqueta legal correcta, poco depende de qué parte cumple técnicamente con la carga de la prueba. 195

Las presunciones y la inversión de la carga de la prueba no perjudicarán en absoluto a las empresas, pero si no cambian las definiciones de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena, lo que marcará la diferencia será una mayor aplicación de las normas por parte de los Estados (más información al respecto más adelante). Las menciones a la aplicación de la directiva propuesta son, en su mayor parte, ambiguas y no especialmente rigurosas. 196 197 No obstante, las empresas lucharon enér-

¹⁹⁴ Cabe señalar, sin embargo, que la directiva propuesta hace hincapié en que la condición de persona trabajadora por cuenta ajena debe interpretarse sobre la base de los hechos de la relación, y no de un contrato escrito que a menudo impone unilateralmente el empleador putativo (art. 3(2)). Si el ámbito de aplicación de la directiva incluyera a Australia, las cosas mejorarían. Sin embargo, en la mayoría de los países europeos es poco probable que esto cambie el *statu quo*.

¹⁹⁵ Moyer-Lee & Kountouris, *Litigating the Cause of Labor*, *supra* nota 26. *Nota de la traductora*: esta es la cita como aparece en la traducción al español de *Desmontando el modelo*: *Litigio laboral frente a plataformas digitales*, sin embargo, el término "employment status", traducido aquí como "situación laboral", se ha traducido a lo largo del presente documento como "la condición de persona trabajadora por cuenta ajena" o como "la clasificación laboral".

¹⁹⁶ Por ejemplo, el artículo 19(3) de la directiva propuesta establece que "[l]as sanciones previstas deberán ser efectivas, proporcionadas y disuasorias". Propuesta de Directiva de la UE sobre el trabajo en plataformas, supra nota 190. Este es el lenguaje habitual de las directivas de la UE sobre legislación laboral y, hasta la fecha, no ha impedido una gran variedad de regímenes de aplicación en los países de la UE, muchos de los cuales son deficientes.

¹⁹⁷ Algunas disposiciones de la directiva propuesta dificultarían la clasificación de las personas trabajadoras como empleadas o trabajadoras por cuenta ajena. Por ejemplo, los considerandos establecen que, si una empresa voluntariamente ofrece condiciones mejoradas, éstas no deben ser determinantes de una relación de empleo. EU Proposed Directive on Platform Work, *supra* nota 190, considerando 23. Del mismo modo, afirman que el cumplimiento por parte de una empresa

gicamente contra la presunción de condición de persona trabajadora por cuenta ajena. Cuando finalmente se adoptó, habría sido "inimaginable dos años antes", me dijo Leïla Chaibi, diputada del Parlamento Europeo y destacada defensora de la ley propuesta.198 De hecho, al principio, cuando parecía que la UE iba a legislar sobre el tema del trabajo de plataforma, no estaba claro si la legislación se centraría siquiera en los derechos de las personas trabajadoras. Las maquinarias de cabildeo de las empresas estaban en pleno funcionamiento. Vieron la posible legislación como una oportunidad para "legalizar lo que las y los jueces han dicho que es ilegal", de modo que el empleador pueda tener las ventajas de un modelo de empleo y de un modelo de autoempleo, mientras que la persona trabajadora tendría las desventajas de ambos modelos, dijo Chaibi.¹⁹⁹ Y el gobierno del presidente francés Emmanuel Macron fue un fiel defensor de la causa patronal. De hecho, fueron "los principales opositores a la presunción de condición de persona trabajadora por cuenta ajena y los principales defensores de los intereses de Uber", añadió Chaibi. "Los Uber Files han confirmado lo que hemos visto desde el principio". "200

Irónicamente, tal vez la mayor contribución de la propuesta de directiva a la búsqueda de los derechos de las personas trabajadoras de la economía gig no sea la presunción y la inversión de la carga de la prueba, sino su artículo 15. Este establece que:

> Los Estados miembros adoptarán las medidas necesarias para garantizar que las plataformas digitales de trabajo ofrezcan a las personas que realizan un trabajo de plataforma la posibilidad de ponerse en contacto y comunicarse entre sí, y de ser contactadas por representantes de las personas que realizan un trabajo de plataforma, a través de la infraestructura digital de las plataformas

de las medidas reglamentarias o de sus iniciativas para proteger la salud y la seguridad de los destinatarios del servicio no debe entenderse como que la empresa controla a la persona trabajadora. *Id.* en el considerando 25. Estos considerandos son regresivos. La cuestión de si el cumplimiento por parte Uber de la normativa sobre alquiler privado debe tenerse en cuenta o no en la evaluación de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena de las y los conductores fue un tema importante en el litigio del Reino Unido. Uber B.V. & Ors v. Aslam & Ors [2021] UKSC 5. Uber alegó que no debía tenerse en cuenta, lo que fue rechazado. No debería importar si el control del empresario es obligatorio por ley, si se ejerce por voluntad propia del empleador o, como suele ser el caso, una mezcla de ambos: la persona trabajadora sigue estando sujeta al control, sea cual sea su origen.

digitales de trabajo o por medios igualmente eficaces, cumpliendo al mismo tiempo las obligaciones establecidas en el Reglamento (UE) 2016/679. Los Estados miembros exigirán a las plataformas digitales de trabajo que se abstengan de acceder a dichos contactos y comunicaciones o de supervisarlos.

Este artículo es el sueño hecho realidad de cualquier representante sindical.

Sin embargo, el contenido de la directiva dista mucho de estar decidido. Por ejemplo, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo ha presentado varias enmiendas a la directiva propuesta. En general, las enmiendas son favorables para las personas trabajadoras y los sindicatos.²⁰¹ Es importante para los fines actuales que el Comité eliminara cualquier criterio de umbral para la aplicación de la presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena en el artículo 4. Esto significa que, mientras que en la propuesta original solo se presumía que las personas trabajadoras de una plataforma trabajaban por cuenta ajena si se cumplían dos de los cinco criterios, con estas enmiendas se presume que todas y cada una de las personas que trabajan para una plataforma trabajan por cuenta ajena, a menos que la plataforma pueda demostrar que deberían clasificarse como auto-empleadas.²⁰²

El Consejo de la Unión Europea,²⁰³ bajo la actual presidencia de la República Checa, ha intentado empujar la directiva en la dirección contraria al proponer enmiendas que debilitarían la presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena aun más que su actual estado, que ya es muy débil. Más concretamente, estas enmiendas propuestas requerirían en algunas circunstancias que se cumplieran tres (en lugar de dos) de

¹⁹⁸ Entrevista con el autor. 22 de julio de 2022. *Nota de la traductora*: traducción del autor del francés al inglés, luego traducido al español.

¹⁹⁹ *Id*

²⁰⁰ Id.

²⁰¹ Muchas de ellas, como las enmiendas a los considerandos, son en gran medida simbólicas, pero tienen el efecto de ser más críticas con las empresas de plataforma y más firmes en la defensa de los derechos de las personas trabajadoras y el papel que deben desempeñar los sindicatos.

²⁰² Esto no cambia el hecho de que el efecto de la directiva propuesta sobre el estatuto laboral seguiría siendo de naturaleza procesal. Aunque, en las enmiendas propuestas al considerando 25, el Comité establece una serie de criterios que los tribunales deberían tener en cuenta, inspirados en gran medida en la Recomendación 198 de la OIT y en la jurisprudencia favorable a las personas trabajadoras. EU Proposed Directive on Platform Work, supra nota 190. No está claro el grado de influencia que tendría un considerando como éste en los tribunales nacionales, pero, aunque solo sea por eso, es una forma delicada de intentar ampliar las definiciones nacionales de persona trabajadora por cuenta ajena.

²⁰³ Este organismo representa a los gobiernos de los Estados miembros de la Unión Europea y es corresponsable de la legislación, junto con el Parlamento Europeo.

los cinco criterios antes de que se aplique la presunción²⁰⁴ y establecen que el cumplimiento de determinadas obligaciones legales (incluida la protección de la salud y la seguridad de las personas trabajadoras) no debe tenerse en cuenta al considerar los criterios para la presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena.

²⁰⁵Además, la presunción no se aplicaría en absoluto en los procedimientos fiscales y penales y le correspondería a los Estados miembros decidir si la aplican en los procedimientos de seguridad social.²⁰⁶ Por último los órganos de ejecución podrían no aplicar la presunción en su totalidad, en determinados procedimientos, "si es manifiesto que la presunción podría refutarse con éxito".²⁰⁷²⁰⁸

Aunque la directiva propuesta tiene muchas más posibilidades de convertirse en ley que la PRO Act en los Estados Unidos, el proceso legislativo de la UE tardará mucho en completarse.²⁰⁹ Después de ello, los países de la UE dispondrán de dos años para incorporar la directiva a su ordenamiento jurídico interno. A diferencia de los reglamentos —otra forma de legislación de la UE—, las directivas dejan un amplio margen de discrecionalidad a los Estados integrantes para alcanzar los objetivos legislativos de las directivas a través de su propia legislación nacional de aplicación. Y, en general, las personas que deseen ejercer los derechos recogidos en una directiva frente a una parte privada deben basarse en la redacción

de la legislación nacional (de aplicación).²¹⁰ Así pues, aún estamos lejos de sentir alguno de los efectos reales de la directiva propuesta.

Como último ejemplo de intervenciones que facilitan los esfuerzos de las personas trabajadoras por satisfacer las definiciones existentes en lugar de redactar otras nuevas, volvamos a Estados Unidos. En concreto a los esfuerzos del Departamento de Trabajo federal para emitir una norma sobre cómo interpretar la definición de persona trabajadora por cuenta ajena en la Ley de Normas Justas de Trabajo (FLSA, por sus siglas en inglés).²¹¹ En los últimos días de la administración del presidente Trump, su Departamento de Trabajo emitió la norma "El estatus de contratista independiente según la Ley de Normas Justas de Trabajo (FLSA)". Esta trataba de establecer cómo se debe distinguir entre personas contratistas independientes y empleadas, tal como se definen en la FLSA. Como explicaría posteriormente el Departamento:

Los requisitos de la FLSA en materia de salario mínimo y pago de horas extras solo se aplican a las personas que son empleadas. El artículo 3(e) define generalmente "empleado o empleada" como "toda persona empleada por un empleador". El artículo 3(d) de la Ley define "empleador" como "cualquier persona que actúe directa o indirectamente en interés de un empleador en relación con

²⁰⁴ Council of the E.U., Proposal for a Directive of the European Parliament and of the Council on Improving Working Conditions in Platform Work, 2021/0414 (COD) (COD) (10 de octubre de 2022) [en lo sucesivo, Enmiendas del Consejo a la propuesta de Directiva], https://data.consilium.europa.eu/doc/document/ST-13303-2022-INIT/en/pdf. El apartado 2 bis del artículo 4 propuesto se aparta del apartado 1 del artículo 4 al establecer que la presunción no se aplicará si solo se cumplen los dos primeros criterios de la lista de cinco.

²⁰⁵ *Id.* en el art. propuesto. 4(2b).

²⁰⁶ Id. en el art. propuesto. 4a.

²⁰⁷Sin embargo, no en los procedimientos en los que la persona trabajadora es quien busca la calificación correcta de su condición laboral.

²⁰⁸ Es de notar que la Confederación Europea de Sindicatos (CES) expresó su preocupación por estas modificaciones propuestas en una carta dirigida a las y los ministros y embajadores de los Estados miembros de la Unión Europea. Ver *Letter to the Ministers and Ambassadors Calling for an Ambitious Directive on Improving Working Conditions in Platform Work*, EUR. TRADE UNION CONFEDERATION (23 de septiembre de 2022

https://etuc.org/en/document/letter-ministers-and-ambassadors-calling-ambitious-directive-improving-working-conditions.

²⁰⁹ El "procedimiento legislativo ordinario", al que está sujeta la directiva propuesta, puede implicar varias rondas de enmiendas por parte del Parlamento Europeo y el Consejo de la UE (los dos órganos juntos constituyen de hecho el brazo legislativo de la UE). *Ver The Ordinary Legislative Procedure*, Council of the E.U., https://www.consilium.euro-pa.eu/en/council-eu/decision-making/ordinary-legislative-procedure/ (última visita: 20 de noviembre de 2022).

²¹⁰ Aunque se supone que los tribunales nacionales deben interpretar dicha redacción de forma que se dé efecto a la directiva subyacente en la medida de lo posible. Ver e Marleasing SA v. La Comercial Internacional de Alimentación SA Case C-106/89. En determinadas circunstancias, muy limitadas, se pueden invocar las disposiciones de una directiva contra un particular si se invoca un artículo de la Carta de los Derechos Fundamentales que sea suficientemente claro y preciso. Ver King v. The Sash Windows Workshop Ltd & Anor, Case C-214/16. Puede ser posible invocar estas circunstancias en algunos casos con la directiva propuesta. De hecho, la propia Comisión de la UE ha invocado varios artículos de la Carta en relación con la directiva propuesta. Ver *Eur. Comm, Commission Staff Working Document*, SWD (2021), 143 final, en 91-92 (15 de junio de 2021).

²¹¹ Aunque este ejemplo es el más pertinente para el presente debate, varios organismos gubernamentales federales han tomado medidas, bajo la presidencia de Biden, para tratar de resolver el problema de la clasificación errónea. Por ejemplo, la Administración anunció que la Comisión para la Igualdad de Oportunidades en el Empleo (EEOC, por sus siglas en inglés), que vela por el cumplimiento de las leyes contra la discriminación, trabajaría para combatir la clasificación errónea de las personas trabajadoras. Ver Paife Smith y Erin Mulvaney, Gig Work, *Contractor Status Land on EEOC's Anti-Bias Radar*, DAILY LAB. REP. (3 de junio de 2021), https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/gig-work-contractor-status-land-on-eeocs-anti-bias-radar. Sobre la cuestión general, Ver Gregoru Hoff, *Whole-of-Government Approach to Labor, Employment Issues Set to Shift into High Gear*, HRPA (1 de septiembre de 2022),

https://www.hrpolicy.org/insight-and-research/resources/2022/hr-workforce/public/09/whole-of-government-approach-to-labor-employment-i/.

un empleado o empleada". El artículo 3(g) define "emplear" de forma que "incluye permitir o hacer trabajar".

El Tribunal Supremo, al interpretar estas definiciones, ha declarado que "[una] cobertura más amplia o exhaustiva de las personas empleadas dentro de las categorías establecidas sería difícil de enmarcar", y que "el término "empleado o empleada" ha recibido "la definición más amplia que jamás se haya incluido en una ley". El Tribunal Supremo ha declarado además que la "sorprendente amplitud" de la definición de "emplear" de la FLSA —"hacer o permitir que se trabaje" amplía el significado de "empleado o empleada" para abarcar a algunas partes que no podrían calificarse como tales en virtud de una aplicación estricta de los principios tradicionales del derecho de agencia". Así pues, la FLSA rechaza expresamente el criterio del common law para determinar si una persona trabajadora es una empleada.²¹²

Mientras que los tribunales tradicionalmente adoptaban un enfoque amplio y multifactorial para interpretar las relaciones laborales en virtud de la FLSA, la norma de la era Trump intentó reducir el alcance de la cobertura de la FLSA al resaltar la importancia de ciertos factores por encima de otros. Como lo resumió más tarde un tribunal federal:

> [...] la Norma del Contratista Independiente explicaba que, para determinar si existía una relación laboral, se podía considerar la siguiente lista no exhaustiva de factores: (1) la naturaleza y el grado de control sobre el trabajo; (2) la posibilidad de que la persona obtenga beneficios o pérdidas; (3) el grado de cualificación requerido para el trabajo; (4) el grado de permanencia de la relación laboral entre la persona y el posible empleador; y (5) si el trabajo forma parte de una unidad integrada de producción.

> La Norma del Contratista Independiente identificaba además dos factores fundamentales —(1) la naturaleza y el grado de control

sobre el trabajo y (2) la oportunidad de la persona de obtener beneficios o pérdidas que "típicamente (pero no necesariamente) tendría mayor peso" que los factores restantes.²¹³

El Departamento de Trabajo del presidente Biden primero retrasó la aplicación de la norma y luego la revocó por completo antes de que entrara en vigor. Sin embargo, la Coalition for Workforce Innovation (Coalición para la Innovación de la Mano de Obra), un grupo de presión patronal en el que participa Uber,214 presentó un recurso legal contra la medida del Departamento. En marzo de 2022, el tribunal federal de distrito para el Distrito Este de Texas sostuvo que los esfuerzos del Departamento de Trabajo para retrasar y luego rescindir la norma de la era Trump violaban la Ley de Procedimiento Administrativo. Como resultado, las acciones del Departamento de Trabajo fueron anuladas y la norma de la era Trump se mantuvo.²¹⁵ El Departamento de Trabajo realizó una apelación que actualmente está pendiente ante el Tribunal de Apelaciones del 5º Circuito.²¹⁶

El Departamento también ha anunciado su intención de publicar su propia norma sobre cómo distinguir entre personas contratistas independientes y empleadas en virtud de la FLSA.²¹⁷ El Departamento celebró consultas con las partes interesadas y, a principios de julio, envió un borrador propuesto a la Oficina de Información y Asuntos Reglamentarios (OIRA) de la Casa Blanca, uno de los pasos finales antes de hacer pública la norma propuesta.²¹⁸ Sin embargo, el Departamento de Trabajo ha dejado claro que la nueva norma no propondrá la prueba ABC. Como informó Bloomberg Law:

> La abogada principal de la agencia, la procuradora Seema Nanda, sugirió durante una reunión con las partes interesadas en

²¹² Independent Contractor Status Under the Fair Labor Standards Act (FLSA): Withdrawal, 86 Fed. Reg. 24303 (mayo 6, 2021) (se han omitido

https://www.govinfo.gov/content/pkg/FR-2021-05-06/pdf/2021-09518. pdf.

²¹³ Coal. for Workforce Innovation v. Walsh, No. 1:21-CV-130, 2022 WL 1073346, at *16 (E.D. Tex. Mar. 14, 2022) (se omiten las notas a pie de página y las citas internas).

²¹⁴ Maya Pinto, How the Coalition for Workforce Innovation is Putting Workers' Rights at Risk (2022), https://s27147.pcdn.co/wp-content/uploads/The-Truth-About-CWI-Report.pdf.

²¹⁵ Coal. for Workforce Innovation v. Walsh, 2022 WL 1073346.

²¹⁶ Coal. v. Walsh, No. 22-40316 (5th Circ. May 16, 2022).

²¹⁷ Press Release, Dept. of Lab., U.S. Department of Labor Announces Proposed Rule on Classifying Employees, Independent Contractors; Seeks to Return to Longstanding Interpretation (octubre 11, 2022), https://www.dol.gov/newsroom/releases/WHD/WHD20221011-0.

²¹⁸ Allen Smith, New Proposed Rule on Independent Contractors Sent to White House, SHRM (julio 7, 2022), https://www.shrm.org/resourcesandtools/legal-and-compliance/employment-law/pages/proposed-rule-on-independent-contractors-sent-to-white-house.aspx.

la próxima norma sobre contratistas que la adopción de la prueba ABC no sería posible a través de la elaboración de normas y que solo podría lograrse a través del Congreso, según varias personas que asistieron.²¹⁹

No está claro por qué el Departamento ha adoptado esta visión restrictiva de sus propias competencias. Como se ha señalado anteriormente, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos ha afirmado que "el término empleado o empleada [en la FLSA] había recibido la definición más amplia que jamás se haya incluido en una ley". Además, cuando el Tribunal Supremo de California adoptó la prueba ABC en Dynamex Operations W. v. Superior Court, 220 estaba interpretando una definición de empleo que era idéntica a la de la FLSA, es decir, el término "hacer o permitir trabajar". Al adoptar la prueba ABC, el Departamento de Trabajo simplemente estaría interpretando el mismo término de igual manera que el Tribunal Supremo de California. Por último, en su opinión de que el Departamento de Trabajo había rescindido ilegalmente la norma de la era Trump, el tribunal federal dijo que el Departamento debería haber considerado otras alternativas a la rescisión de la norma en su totalidad:

> Por ejemplo, el Departamento de Trabajo podría haber considerado la posibilidad de aplicar una versión de la norma sobre contratistas independientes que no elevara ningún factor a la categoría de factor clave. Como otra opción, el Departamento podría haber promulgado un reglamento que enumerara seis factores en lugar de cinco, clasificara los factores o reformulara la redacción de alguno de ellos. El Departamento de Trabajo también podría haber considerado la adopción de los siete factores que el Departamento expuso anteriormente en la ficha número 13 como prueba de la realidad económica aplicable. Tales alternativas estaban ciertamente dentro del ámbito de la política existente.221

Adoptar la prueba ABC parece coherente con esta valoración.

LOS DERECHOS

Hasta ahora, este ensayo se ha centrado en gran medida en los intentos de integrar a las personas trabajadoras de la economía gig en el ámbito de protección generalmente aplicable de la legislación laboral o, alternativamente, de excluirlas de dicho ámbito. Esta subsección se centrará en los casos de legislación que pretenden proporcionar derechos específicos a las personas trabajadoras de la economía gig. Estos esfuerzos legislativos pueden entrar en una o más de las siguientes categorías: i) las leyes que solo conceden derechos a las personas trabajadoras por cuenta ajena; ii) las que conceden derechos en función de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena; iii) las que conceden derechos independientemente de dicha condición y iv) las que conceden derechos a las personas trabajadoras por cuenta propia a costa de estipular que no pueden ser clasificadas como personas trabajadoras por cuenta ajena. Examinemos cada una.

Leyes que otorgan derechos solamente a las personas trabajadoras por cuenta ajena

La Ley Riders española es un ejemplo de legislación sobre derechos específicos de las personas trabajadoras por cuenta ajena de la economía gig. Además de la disposición sobre la clasificación laboral comentada anteriormente, la ley también contemplaba derechos específicos para las personas trabajadoras cuyos empleadores utilizan algoritmos. Más concretamente, la ley modificó el artículo 64 del Estatuto de los Trabajadores, relativo a los derechos de información y consulta, al añadir el siguiente derecho:

[A] ser informado por la empresa de los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles.²²²

Según la Comisión Europea, España fue el primer Estado miembro en adoptar una "legislación laboral que aborda específicamente los retos relacionados con los algoritmos en el trabajo de plataforma"²²³. Como escribí en

²¹⁹ Rebecca Rainey, *Workers Divide on Contractor Status, Complicating Biden Approach*, Daily Lab. Rep. (julio 14, 2022), https://news.bloomber-glaw.com/daily-labor-report/workers-divide-on-contractor-status-complicating-biden-approach.

²²⁰ Dynamex Operations W. v. Superior Ct., 416 P.3d 1 (Cal. 2018).

²²¹ Coal. supra note 213 at 38.

²²²Law 12/2021 ¶ 4(d) (B.O.E. 2021, 119341) [en adelante Ley Riders de España], https://www.boe.es/eli/es/l/2021/09/28/12.

²²³ 2 Eur. Comm., Second-Phase Consultation of Social Partners Under Article 154 TFEU on Possible Action Addressing the Challenges Related to Working Conditions in Platform Work, C(2021) 4230 final, at 11 (junio 15, 2021).

Taming the Beast:

Sin embargo, es importante destacar que el derecho corresponde a los "comités de empresa", una forma de representación colectiva de las personas trabajadoras regulada por el artículo 63 [Estatuto de los Trabajadores]— en empresas con más de 50 personas trabajadoras por cuenta ajena. Así pues, la disposición sobre el "acceso al algoritmo" —como coloquialmente se ha denominado— está condicionada a que: i) la empresa trate a las personas dedicadas al reparto como personas trabajadoras por cuenta ajena; y ii) exista un comité de empresa. Estos dos requisitos hacen que la viabilidad práctica de la disposición —al menos tal y como están las cosas en la actualidad sea extremadamente difícil para las personas dedicadas al reparto.²²⁴

Leyes que otorgan derechos en función de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena

Por otra parte, la propuesta de directiva de la UE sobre el trabajo de plataforma establece derechos específicos para las personas trabajadoras en una relación de empleo o de trabajo por cuenta ajena (según la definición de la legislación nacional), así como para las que quedan fuera de tales definiciones. Por ejemplo, el artículo 9 de la directiva propuesta establece derechos de información y consulta para las personas trabajadoras de plataformas. El ámbito de aplicación del artículo es más limitado que el de la Ley Riders de España, ya que la UE solo se centra en los "sistemas automatizados de control y toma de decisiones", mientras que la ley española se refiere a la forma en que una empresa utiliza el algoritmo o la inteligencia artificial cuando afecta la toma de decisiones sobre las condiciones de trabajo o el empleo. Sin embargo, la disposición de la UE podría ser más fácil de aplicar en la práctica. Mientras que en la ley española los derechos corresponden a los comités de empresa, en la propuesta de Directiva de la UE la obligación es consultar con representantes de las personas trabajadoras y, si no existen, consultar a las personas trabajadoras. Las personas trabajadoras de las grandes empresas también tienen acceso (pagado por la empresa) al apoyo de una persona experta que les ayude a interpretar la información.

Mientras que el artículo 9 se aplica únicamente a las personas trabajadoras por cuenta ajena, el artículo 10 de la propuesta de Directiva estipula que otros artículos sobre "Estos esfuerzos legislativos pueden entrar en una o más de las siguientes categorías: i) las leyes que solo conceden derechos a las personas trabajadoras por cuenta ajena; ii) las que conceden derechos en función de la condición de trabajo por cuenta ajena de la persona trabajadora; iii) las que conceden derechos independientemente de dicha condición y iv) las que conceden derechos a las personas trabajadoras por cuenta propia a costa de estipular que no pueden ser clasificadas como personas trabajadoras por cuenta ajena."

la gestión algorítmica relativos a la transparencia y la revisión humana de las decisiones automatizadas, entre otros,²²⁵ se aplican igualmente a "las personas que realicen trabajo de plataforma y que no tengan un contrato de empleo o una relación de empleo".²²⁶

Otra de las iniciativas de la Comisión de la UE puede verse a través de un prisma similar. Aunque decididamente no se trata de legislación, en diciembre de 2021 la Comisión publicó una "comunicación" titulada "Directrices sobre la aplicación del Derecho de la competencia de la UE a los convenios colectivos relativos a las condiciones laborales de los trabajadores por cuenta propia sin asalariados".²²⁷ Esta se refería a la aplicabilidad de la legislación de defensa de la competencia de la UE a los convenios colectivos de personas trabajadoras por cuenta propia²²⁸ que

²²⁵ EU Proposed Directive on Platform Work, *supra* nota 190. More specifically, article 6 (Transparency on and use of automated monitoring and decision-making systems). And paras. 1 and 3 of article 7 (Human monitoring of automated systems), and article 8 (Human review of significant decisions).

²²⁶ Las enmiendas a la propuesta de Directiva que propuso la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento de la UE (Ver la nota 203) ampliarían las disposiciones sobre los derechos en torno a los datos y la gestión algorítmica a todas las empresas que utilizan el seguimiento y la toma de decisiones automatizados y semiautomatizados en materia de empleo, no solo a las plataformas. En este sentido asemejaría la Directiva a la Ley Riders española. Las enmiendas también proponen ampliar las disposiciones sobre toma de decisiones y supervisión "automatizadas" para incluir también las "semiautomatizadas".

²²⁷ Guidelines on the Application of Union Competition Law to Collective Agreements Regarding the Working Conditions of Solo Self-Employed Persons 2022/C 374/02 of Sept. 30, 2022, 2022 O.J. (C 374) 2 [en lo sucesivo Guidelines]. Aunque este análisis se basaba en un borrador de la Comisión Europea, el planteamiento de la Comisión parece haberse ultimado en las últimas horas previas a la presentación de este ensayo. *Ver Press Release, Eur. Comm. Antitrust: Commission Adopts Guidelines on Collective Agreements by Solo Self-Employed People* (Sept 29, 2022), https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/en/ip_22_5796.

²²⁸ Consolidated Version of the Treaty on the Functioning of the Euro-

²²⁴ Taming the Beast, supra note 48, en 134.

"no tienen un contrato de empleo o que no están en una relación de empleo y que dependen principalmente de su propio trabajo personal".²²⁹ La Comisión declaró que consideraba que varias categorías de personas trabajadoras por cuenta propia se encontraban "en una situación comparable a la de las personas trabajadores por cuenta ajena y, por lo tanto, los convenios colectivos celebrados por ellas [...] quedan fuera del ámbito de aplicación" de la legislación de defensa de la competencia. La Comisión enumeró las categorías de personas trabajadoras exentas como las que dependían económicamente de un cliente principal, las que trabajan "al lado" de las y los trabajadores asalariados y las que "prestan servicios a una plataforma digital de trabajo o a través de ella". Como declaró la Comisión:

La aparición de la economía de plataformas en línea y la prestación de mano de obra a través de plataformas digitales de trabajo ha creado una nueva realidad para determinadas personas trabajadoras por cuenta propia, que se encuentran en una situación comparable a la de las personas trabajadoras por cuenta ajena en relación con las plataformas digitales de trabajo a través de las cuales o a las cuales prestan su mano de obra. Las personas trabajadoras por cuenta propia pueden depender de las plataformas digitales, especialmente en lo que respecta a la captación de clientes, y a menudo se enfrentan a ofertas de trabajo de "o lo aceptas o te vas", con poco o ningún margen para negociar sus condiciones de trabajo, incluyendo su remuneración. Las plataformas digitales de trabajo suelen poder imponer unilateralmente los términos y condiciones de su relación, sin información ni consulta previas a las personas trabajadoras por cuenta propia.230

En opinión de la Comisión, los acuerdos entre estas personas no entran en el ámbito de aplicación de la normativa de competencia de la UE, "aunque las autoridades nacionales o los tribunales no hayan reclasificado como personas trabajadoras por cuenta ajena a las trabajadoras por cuenta propia en cuestión".²³¹ ²³² Es cierto que

pean Union art. 101, mayo $\,$ 9, 2008, 2008 O.J. (C 115) 47 [en lo sucesivo TFEU].

esta comunicación de la Comisión no equipara a las personas trabajadoras por cuenta propia con las que trabajan por cuenta ajena a la hora de negociar y emprender acciones colectivas, pero proporciona una forma de protección atenuada a las personas trabajadoras de la *economía gig* que se considera que no tienen una relación de empleo.²³³

su intención de no utilizar la legislación antimonopolio contra las personas trabajadoras de plataformas, en una demanda creativa en California, las personas trabajadoras de la *economía gig* han intentado utilizar la legislación antimonopolio contra las plataformas para las que trabajan. Más concretamente, sostienen que Uber y Lyft constituyen un duopolio que explota a las personas que conducen para ellos clasificándolas como contratistas independientes, pero "privan a esos conductores y conductoras de independencia económica fijando los precios que las y los conductores deben cobrar a las y los clientes por los viajes". Curiosamente, dado el debate sobre las formas modernas de control anterior, las y los demandantes también argumentan que:

Además de la fijación vertical de precios, Uber y Lyft adoptan restricciones no relacionadas con los precios que están diseñadas para limitar la competencia entre Uber y Lyft con respecto a la remuneración y las condiciones de trabajo de las y los conductores. Una de estas prácticas consiste en mantener la remuneración de las y los conductores a un nivel tan bajo que éstos no tienen más remedio que participar en paquetes de remuneración similares a un juego que ofrecen a los conductores una prima si, por ejemplo, pueden realizar un determinado número de viajes en un corto período de tiempo (como un fin de semana). Estas prácticas están diseñadas para dificultar que las y los conductores de Uber y Lyft, nominalmente contratistas independientes, cambien de plataforma de transporte en función de cuál les pague más.

Ver Class Action Complaint en 2-3, 5, Gill v. Uber Technologies, No. CGC-22-600284 (Cal. Super. Ct., S.F. Cnty. 21 de junio de 2022). Ver también Kellen Browning y Noam Scheiber, *Drivers' Lawsuit Claims Uber and Lyft Violate Antitrust Laws*, N.Y. Times (21 de julio de 2022), https://www.nytimes.com/2022/06/21/business/uber-lyft-antitrust-lawsuit.html. Para un análisis de las cuestiones antimonopolio en la *economía gig* por el economista que asesora a los demandantes en este caso. Ver Marshall Steinbaum, *The Antitrust Case Against the Gig Economy Labor Platforms*, LPE PROJECT (7 de abril de 2022), https://lpeproject.org/blog/the-antitrust-case-against-gig-economy-labor-platforms/.

²³³ Francia también ha intentado establecer un sistema de representación colectiva para las personas trabajadoras por cuenta propia de las plataformas. En 2019, el país aprobó una ley sobre la movilidad en el transporte (que preveía, entre otras cosas, algunos derechos básicos para las personas trabajadoras por cuenta propia de las plataformas y la capacidad de las empresas de plataforma para crear códigos voluntarios que proveerían más derechos para las personas trabajadoras de las plataformas. Loi 2019-1428 du 24 decembre 2019 d'orientation des mobilites, Journal Officiel de la République Française, 26 de diciembre de 2019, n.º 299, texto n.º 1, https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JOR-FTEXT000039666574/. La ley también sentaba las bases para una futura ordenanza que establecería un mecanismo de representación colectiva para las personas trabajadoras de plataformas. El 21 de abril de 2021, la Asamblea Nacional de Francia aprobó la Ordonnance nº 2021-484 du 21 avril 2021, Journal Officiel de la République Française, 22 de abril de 2021, no. 0095, texto n.º 21 [en lo sucesivo, Ordenanza n.º 2021-484] https://www.legifrance.gouv.fr/jorf/id/JORFTEXT000043403734. La Ordenanza nº 2021-484 establece las condiciones para que las personas

²²⁹ Guidelines, *supra* nota 227, at ¶ 19

²³⁰ *Id*. en 28

²³¹ *Id*. en 31.

²³² Aunque en esta comunicación la Comisión Europea ha dejado clara

En los Estados Unidos, al menos un tribunal federal de circuito de apelaciones ha interpretado de forma similar la legislación antimonopolio para eximir a contratistas independientes de su ámbito de aplicación. En Confederación Hípica de P.R., Inc. v. Confederación de Jinetes Puertorriqueños, Inc.234 el Primer Circuito sostuvo que no importaba si un grupo de personas trabajadoras se clasificaba adecuadamente como empleadas o contratistas independientes a efectos de aplicar la "exención de litigios laborales" de la Ley Sherman Antitrust.235 Lo que importaba era "si de lo que se trata es de la compensación por su trabajo".236 Sobre esta base, la Comisión Federal de Comercio (FTC, por sus siglas en inglés), que es uno de los organismos responsables de la aplicación de la legislación antimonopolio, ha anunciado recientemente —al igual que la Comisión de la UE— que su aplicación "no se centrará en los esfuerzos de sindicación llevados a cabo por las personas trabajadoras de la economía gig". 237

trabajadoras por cuenta propia de las plataformas, en concreto: i) las que conducen automóviles y transportan pasajeros y pasajeras; y ii) las que reparten mercancías en vehículos de 2 o 3 ruedas) elijan representantes que negocien en su nombre con las empresas de plataformas. Cada persona trabajadora de una plataforma —y solo hay requisitos muy laxos para ser considerada como tal— tiene un voto. Votan por las organizaciones, no por personas individuales. Las organizaciones pueden ser sindicatos o asociaciones no sindicales que cumplan determinados criterios. Estas organizaciones designan posteriormente a las personas que negociarán. Las organizaciones —al menos en las primeras elecciones, celebradas en 2022— necesitan obtener al menos el 5% de los votos para ser elegidas representantes. Las elecciones se celebrarán normalmente cada cuatro años, aunque, excepcionalmente, la próxima ronda electoral tendrá lugar dentro de dos años. La ordenanza también crea ARPE (Autorité des relations sociales des plateformes d'emploi), un organismo tripartito, financiado por un impuesto sobre las plataformas, que organiza y supervisa las elecciones, se encarga de la formación de las y los representantes, recopila datos y emite informes, y facilita el diálogo social, entre otras cosas.

Del mismo modo, en Grecia la Ley nº 4808/2021 ha establecido recientemente los derechos de las personas trabajadoras por cuenta propia que trabajan para plataformas de formar sindicatos, hacer huelgas y participar en negociaciones colectivas (en el artículo 70), entre otras cosas. Ver la Ley griega nº 4808/2021, Eurofund (4 de marzo de 2022), https://www.eurofound.europa.eu/data/platform-economy/initiatives/greek-law-no-48082021.

- ²³⁴ 30 F.4th 306 (1st Cir. 2022).
- $^{\rm 235}$ Las exenciones tienen su origen en la Ley Clayton y en la Ley Norris-LaGuardia.

236 FTC Policy Statement, *supra nota* 38. Más concretamente, para que se aplicara la exención por conflicto laboral, debían cumplirse cuatro criterios, ninguno de los cuales dependía de la condición de trabajador por cuenta ajena. El tribunal resumió los criterios de esta manera:

[...] la exención estatutaria de litigios laborales se aplica a la conducta derivada (1) de las acciones de una organización laboral y realizada (2) durante un litigio laboral, (3) unilateralmente, y (4) por interés propio de la organización laboral.

²³⁷ De hecho, al contrario, la declaración de la política anunciaba una

Un último ejemplo de legislación que establece derechos en función de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena es la Ley chilena número 21.431 del 11 de marzo de 2022.²³⁸ Esta ley establece disposiciones que se aplican tanto a las personas trabajadoras dependientes como independientes, pero no trata de definir las categorías, sino que dice que estas se determinarán de acuerdo con el artículo 7 del Código del Trabajo (legislación preexistente). La ley consta de cuatro apartados sustantivos; el primero contiene definiciones, el segundo, derechos de las personas trabajadoras de plataformas dependientes, el tercero derechos de las personas que trabajan en plataformas independientes y el cuarto derechos que se aplican a ambas categorías.



Photo © Loredana Sangiuliano / Shutterstock.com

El segundo párrafo establece en gran medida la información que el empleador debe proporcionar a la persona trabajadora, que es específica del trabajo en plataformas, por ejemplo, "los criterios utilizados para establecer el contacto y coordinación entre el trabajador y los usuarios de la plataforma, los que deberán ser transparentes y objetivos".²³⁹ El párrafo también explica en algunos casos cómo se aplican las disposiciones de aplicación general del Código de Trabajo a las y los trabajadores de plataformas al decir, por ejemplo, que "lugar de trabajo" en este contexto significa "la zona geográfica en que debe prestar servicios el trabajador".²⁴⁰ Sin embargo, las cosas se complican cuando se trata del salario mínimo. La ley cuenta como "jornada de trabajo todo el tiempo durante

serie de formas en las que el organismo intentaría utilizar sus poderes para acabar con las prácticas explotadoras de las empresas. FTC Policy Statement, *supra* nota 37.

- ²³⁸ Ley n° 21431, 8 de marzo de 2022, https://www.bcn.cl/leychile/navegar?i=1173544&t=0.
- ²³⁹ *Id.* en artículo 152(S)(e).
- ²⁴⁰ *Id.* en artículo 152(S).

el cual el trabajador se encuentre a disposición de la empresa de plataforma digital de servicios"241 y cuenta como "jornada pasiva [...] el tiempo en que el trabajador o la trabajadora se encuentra a disposición de la empresa de plataforma digital de servicios sin realizar labores por causas que no le son imputables".242 Sin embargo, la disposición de la ley sobre el salario mínimo se limita a establecer que las y los trabajadores deben cobrar el 120% del salario mínimo normal, pero solo por la jornada de trabajo (no pasiva). El aumento del 20% está destinado a compensar los periodos de tiempo de trabajo pasivo.²⁴³ En este sentido, la ley es similar a la Proposición 22 de California y a lo que Uber ha defendido en Canadá²⁴⁴. Se queda corta con respecto a los regímenes de salario mínimo más rigurosos en los que se tiene en cuenta el tiempo de espera real y un régimen de gastos adaptado, con el fin de dejar a la persona trabajadora con un salario neto aproximado al salario mínimo real.²⁴⁵

El párrafo 3, relativo a personas trabajadoras independientes de plataformas digitales, refleja en gran medida los derechos de las personas trabajadoras del párrafo 2. Por ejemplo, las plataformas deben incluir determinada información en los contratos de estas personas,²⁴⁶ deben proporcionar un salario mínimo en las mismas condiciones que las personas trabajadoras dependientes de las plataformas²⁴⁷ y las y los trabajadores independientes tienen derecho a acceder a diversas disposiciones de la seguridad social,²⁴⁸ entre otras cosas.²⁴⁹ Curiosamente, y de forma similar a algunas de las leyes que han apoyado las empresas de la *economía gig*, esta ley pone límites a la medida en que las plataformas pueden controlar el trabajo de las y los trabajadores independientes, por ejemplo:

La empresa de la plataforma digital de servicios [...] no podrá efectuar desconexiones temporales u otras medidas de sanción basadas en hechos como el rechazo del trabajador independiente del servicio ofrecido o la no conexión a la plataforma digital de servicios en un determinado período de tiempo.²⁵⁰

La principal diferencia, por supuesto, es que la ley chilena no obliga a la persona trabajadora a sacrificar su condición de dependiente a cambio de las disposiciones citadas anteriormente. El apartado 4, que se aplica a todas las personas que trabajan para una plataforma sin importar si son dependientes o independientes, establece otra serie de derechos similares a los de las personas trabajadoras dependientes, que cubren aspectos como la protección de datos, 251 la discriminación, 252 el pago en caso de despido,253 la capacidad de formar sindicatos y negociar colectivamente,254 y la salud y la seguridad.255 Desafortunadamente, el artículo sobre salud y seguridad establece —como la propuesta de directiva de la UE mencionada anteriormente— que el cumplimiento del artículo no constituiría un indicio de subordinación y dependencia con respecto a las personas trabajadoras independientes.

Leyes que otorgan derechos sin importar la condición de persona trabajadora por cuenta ajena

En Ontario, Canadá, la Digital Platform Workers' Rights Act, 2022 (Ley de Derechos de los Trabajadores de Plataformas Digitales de 2022), recibió el Royal Assent (Asentimiento Real) el 11 de abril de 2022²⁵⁶ y tiene el propósito de "establecer ciertos derechos laborales para las personas trabajadoras, independientemente de si esas trabajadoras son personas trabajadoras por cuenta ajena".²⁵⁷

²⁴¹ En este sentido, el análisis es similar al de UK Supreme Court in Uber B.V. & Ors v. Aslam & Ors [2021] UKSC 5.

²⁴² Ley nº 21431, *supra* nota 238 en artículo 152(U).

²⁴³ *Id.* en artículo 152(V).

²⁴⁴ Ver, por ejemplo, D'Mello, *C. Uber is calling on Doug Ford to raise the minimum wage for gig workers to \$18 an hour.* 10 de febrero. en: CTV News. (2022)

https://toronto.ctvnews.ca/uber-is-calling-on-doug-ford-to-raise-the-minimum-wage-for-gig-workers-to-18-an-hour-1.5777107

²⁴⁵Por ejemplo, los regímenes de salario mínimo para las y los conductores que ofrecen servicios privados de transporte en aplicaciones en Nueva York y Seattle. Para un debate detallado sobre ambos. Ver *Taming the Beast*, supra nota 48.

²⁴⁶ Ley nº 21431, *supra* nota 237, art. 152(X).

²⁴⁷ *Id.* en artículo 152(Y).

²⁴⁸ *Id.* en artículo 152(Y).

²⁴⁹ A diferencia de la Worker Flexibility and Choice Act (Ley de Flexibilidad y Elección del Trabajador) de los Estados Unidos, *supra* nota 177, la ley chilena también exige a las plataformas que exijan a las personas trabajadoras la presentación de documentación fiscal, a menos que la autoridad fiscal competente determine lo contrario. Ley núm. 21431, *supra* nota 237 en art. 152(Y).

²⁵⁰ *Id.* en artículo 152(Z). El artículo sí permite a la plataforma desconectar al trabajador a efectos de la limitación de la jornada de trabajo, de acuerdo con lo estipulado en la ley.

²⁵¹ *Id.* en artículo 152(D).

²⁵² *Id.* en artículo 152(E).

²⁵³ *Id.* en artículo 152(G).

²⁵⁴ *Id.* en artículo 152(H).

²⁵⁵ *Id.* en artículo 152(F).

²⁵⁶ Digital Platform Workers' Rights Act, 2022, S.O. 2022, c. 7, Sched. 1, https://www.ontario.ca/laws/statute/22d07.

²⁵⁷ Id. en § 2. Curiosamente, la sección 1 define "plataforma digital" como (énfasis añadido): "una plataforma en línea que permite a los trabajadores optar por aceptar o rechazar un trabajo en una plataforma digital". Aunque nótese que la sección 66(c) faculta al Vicegobernador en Consejo para dictar reglamentos que aclaren esta y otras definiciones. Definir si las personas trabajadoras de la *economía gig* son o no empleadas en Ontario es objeto de disputas actuales. Por ejemplo, en febrero de 2022, el Ministerio de Trabajo de la provincia

La Ley también deja claro que el propósito no es degradar los derechos preexistentes; la sección 5(2) establece:

Si una o varias disposiciones de un contrato o de otra ley que se refieran directamente al mismo objeto que un derecho de la persona trabajadora proporcionan a esta un beneficio mayor que el derecho de la o el trabajador, se aplican la disposición o disposiciones del contrato o de la ley y no se aplica el derecho de la o el trabajador.

A decir verdad, los derechos que contempla la ley son más bien mínimos. Por ejemplo, el derecho al salario mínimo (calculado únicamente sobre la base del tiempo contratado),²⁵⁸ el derecho al "preaviso de expulsión" de la plataforma (aunque sin derecho general a un proceso justo para dicha expulsión)²⁵⁹ y el derecho a cierta información,²⁶⁰ entre otros. Esta ley es más interesante por sus disposiciones en materia de ejecución (sobre las que se hablará más adelante).

Otras dos leyes que entran en esta categoría, y que se refieren específicamente a la salud y la seguridad, son la Ley brasileña nº 14.297 de 5 de enero de 2022²⁶¹ y el proyecto de ley nº 2716 de la Asamblea de California.²⁶² La primera se aplica a personas que se dedican al reparto por medio de aplicaciones durante el periodo de emergencia de salud pública por el Covid-19 y establece

dictaminó—en respuesta a una denuncia—que una persona dedicada al reparto en Uber Eats era una persona trabajadora a cuenta propia en virtud de la Employment Standards Act, 2000 (Ley de Normas de Empleo de 2000) (Uber declaró su intención de apelar). Ver Vanessa Balintec, Why this Uber Eats Bike Courier is at the Centre of a Dispute Over Gig Workers' Rights in Ontario, CBC (6 de marzo de 2022), https://www.cbc.ca/news/canada/toronto/uber-labour-ruling-gig-worker-legislation-1.6372810. Mientras tanto, como ya se ha dicho, está pendiente ante los tribunales de Ontario una demanda colectiva por clasificación errónea de personas dedicadas al reparto y a la conducción de Uber. Heller v. Uber Technologies Inc., 2021 ONSC 5518.

- ²⁵⁸ *Id*. en la sección 9.
- ²⁵⁹ *Id.* en la sección 11.
- ²⁶⁰ *Id.* en la sección 7. Curiosamente, el párrafo 4 de esta sección exige que la plataforma facilite a la persona trabajadora información sobre: "Los factores utilizados para determinar si las asignaciones de trabajo están disponibles para los trabajadores y una descripción de cómo se aplican estos factores". Dependiendo de la amplitud con la que se interprete esta disposición, puede aproximar los derechos de acceso al algoritmo contenidos en la Ley Riders española y en la propuesta de directiva de la UE sobre el trabajo en plataformas, comentadas anteriormente.
- ²⁶¹ Lei No. 14.297, de 5 de Janeiro de 2022, Diário Oficial da União [D.O.U.] de 06.01.2022 (Braz.) [en lo sucesivo Lei No. 14.297], https://www.in.gov.br/en/web/dou/-/lei-n-14.297-de-5-de-janeiro-de-2022-372163123.
- ²⁶² 2021-22 Leg. Sess. (Cal.) [en lo sucesivo AB 2716], https://leginfo.legislature.ca.gov/faces/billNavClient.xhtml?bill_id=202120220AB2716.

derechos al seguro,²⁶³ a la indemnización por enfermedad de Covid²⁶⁴ y al equipo de protección personal (EPP) ²⁶⁵, entre otras cosas.²⁶⁶ La segunda, la ley californiana, exigiría entre otras cosas que las "empresas red de transporte" obliguen a las y los conductores a realizar cursos de formación en seguridad cada dos años.²⁶⁷ Las empresas tendrían que compensar a las y los conductores por asistir a dichos cursos.

Leyes que otorgan derechos a costa de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena

Por último, y como ya se ha mencionado, el proyecto de ley 2076²⁶⁸ de la Cámara de Representantes del estado de Washington establece algunos derechos similares a los de las personas trabajadoras por cuenta ajena para las y los conductores basados en aplicaciones que, en virtud del proyecto de ley, se consideran personas trabajadoras por cuenta propia. En cuanto a los derechos para las personas trabajadoras por cuenta propia, la ley se compara favorablemente con algunas de las que hemos estudiado. Por ejemplo, la ley crea un Centro de Recursos para Conductores y Conductoras, basado en la afiliación, para representar a las y los conductores²⁶⁹, que

²⁶³ Lei No. 14.297, *supra* nota 261 en artículo 3.

²⁶⁴ *Id.* en artículo 4.

²⁶⁵ *Id.* en artículo 5.

²⁶⁶ Para un resumen en inglés de las principales disposiciones, ver Alina Fidelis y Vinicius Rodrigues de Castro, Law to Protect App Delivery People During Covid-19es into Effect, Lexology (11 de enero de 2022), https://www.lexology.com/library/detail.aspx?g=0800f790-8629-4f36-8e80-b75efa4b4947. Además, según el Ministerio Público de Trabajo, también se interpusieron demandas judiciales contra empresas de la *economía gig* para lograr fines similares. Ver el comunicado de prensa, Ministério Público do Trabalho em São Paulo, MPT Requer que 99, Uber, Rappi e Lalamove Reconheçam Vínculo Trabalhista (8 de noviembre de 2021), https://www.prt2.mpt.mp.br/925-mpt-requer-que-99-uber-rappi-e-lalamove-reconhecam-vinculo-trabalhista.

²⁶⁷ El contenido de los cursos de formación debe incluir no solo cuestiones estándar de "seguridad vial y conducción defensiva", sino también aspectos tales como "interacciones con las y los pasajeros, incluida la formación para manejo de conflictos, y protocolos para el manejo de pasajeras y pasajeros intoxicados, indisciplinados o violentos, así como de menores no acompañados". AB 2716 § 1. Por supuesto, este proyecto de ley no se dirige estrictamente a las personas trabajadoras. También pretende beneficiar a las y los consumidores. De hecho, el miembro de la Asamblea de California Tim Grayson patrocinó el proyecto de ley después de estar en un accidente de tránsito en un Uber. Ver Joyce E. Cutler, Uber, *Lyft Drivers Could Face New California Training Mandate*, DAILY LABOR REPORT (25 de agosto de 2022), https://news.bloomberglaw.com/daily-labor-report/uber-lyft-drivers-could-face-new-california-training-mandate.

²⁶⁸ H.B. 2076, 2022 Leg. Sess. (promulgada el 31 de marzo de 2022, session law: c. 281, l. 2022), https://app.leg.wa.gov/billsummary?Bill-Number=2076&Initiative=false&Year=2021.

²⁶⁹ *Id.* en § 1(1)(k). La ley está redactada de tal forma que está prácticamente garantizado que el Centro será el Sindicato de las y los Conductores, un organismo creado por Teamsters Local 117.

se financiará mediante un recargo sobre los viajes²⁷⁰ y las contribuciones voluntarias de las y los conductores,²⁷¹ y establece expresamente que "no puede estar financiado, influenciado en exceso o controlado por una empresa red de transporte".272 La ley también establece un régimen de salario mínimo que tiene en cuenta tanto el tiempo como los gastos —aunque las tarifas para fuera de la ciudad de Seattle son considerablemente peores que las de dentro²⁷³ —, así como una norma de "causa justa" y un proceso justo para las desactivaciones.²⁷⁴ La ley prevé además el derecho a una licencia por enfermedad remunerada²⁷⁵ y un sistema de indemnizaciones para las personas trabajadoras,276 entre otras cosas. Sin embargo, el problema fundamental de la ley es que se hace a costa de algo mejor —la condición de persona trabajadora por cuenta ajena— y se adelanta "al ámbito de la regulación de las empresas red de transporte y de las personas conductoras", de modo que las ciudades, pueblos, condados, etc. individuales no podrían ofrecerles mejores condiciones.²⁷⁷ En lugar de robar a Pedro para pagar a Pablo, la ley simplemente roba a Pedro y le devuelve una miseria.

LA APLICACIÓN

En su propuesta de enmiendas a la directiva sobre el trabajo de plataforma, la Comisión de Empleo y Asuntos Sociales del Parlamento Europeo reconoció sin rodeos el problema que se plantea cada vez que se habla de casos y litigios de la *economía gig*: el cumplimiento de la ley²⁷⁸.

Esto se ve, por ejemplo, en el (nuevo) Considerando 22a propuesto por la Comisión, que dice (en parte):

La experiencia ha demostrado que las sanciones existentes en los Estados miembros no han sido suficientes para lograr el pleno cumplimiento de las prohibiciones contra el uso de falsos trabajadores y trabajadoras por cuenta propia. Una de las razones es que es probable que las sanciones administrativas por sí solas no basten para disuadir a determinados empleadores poco escrupulosos. El cumplimiento puede y debe reforzarse mediante la aplicación de sanciones eficaces y disuasorias, que podrían implicar la suspensión de la licencia de funcionamiento en caso de infracciones persistentes o de condiciones de trabajo especialmente explotadoras. 279

Dado el historial de cumplimiento de la ley por parte de las empresas de la *economía gig*, o, mejor dicho, su falta de cumplimiento, cualquier propuesta de ley sobre los

Dado que la inmensa mayoría de las personas trabajadoras mal pagadas no van a interponer un litigio sobre la situación laboral y que los sindicatos y otras organizaciones laborales no disponen de recursos ilimitados para hacerlo, el Estado debe hacer cumplir la ley de forma proactiva y rigurosa, aplicando sanciones lo suficientemente duras como para disuadir de los comportamientos ilícitos, si se quiere que las personas trabajadoras tengan alguna esperanza de disfrutar del conjunto básico de derechos a los que deberían tener derecho.

Moyer-Lee y Kountouris, "Litigando la causa del trabajo", *supra nota* 26, en 39. *Nota de la traductora*: esta cita se ha tomado directamente de la publicación traducida al español, sin embargo, el término "employment status", traducido aquí como "situación laboral", se ha traducido a lo largo del presente documento como "la condición de persona trabajadora por cuenta ajena" o como "la clasificación laboral".

²⁷⁹ Comisión de Empleo y Asuntos Sociales, Proyecto de informe sobre la propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones de trabajo en las plataformas, 2021/0414(COD) (2 de mayo de 2022). Las enmiendas también requerirían otros cambios en materia de aplicación. Por ejemplo, sugieren que se anime a los Estados miembros a fijar objetivos nacionales de inspecciones anuales (artículo 4, apartado 3, letra d)), o que se exija a los Estados miembros que realicen una inspección automática cada vez que una persona trabajadora de una plataforma sea reconocida como persona trabajadora por cuenta ajena (artículo 4, apartado 3, letra d) bis). Las enmiendas abordan la cuestión de las personas trabajadoras migrantes indocumentadas, pero solo plantean débilmente la posibilidad de una separación estricta entre los regímenes de migración y de aplicación de la legislación laboral (una necesidad absoluta si se espera que las personas trabajadoras indocumentadas participen en las acciones de aplicación de la legislación). Del mismo modo, las enmiendas aluden al problema de las plataformas que subcontratan trabajadores y trabajadoras para eludir las responsabilidades del empleador, pero se quedan cortas a la hora de proponer disposiciones estrictas por las que una plataforma sea necesariamente responsable de las infracciones de un subcontratista (véase el artículo 12, letra b).

²⁷⁰ Id. en § 1(12).

²⁷¹ *Id.* en § 1(13).

²⁷² *Id.* en § (1)(k).

²⁷³ *Id.* en § 1(4).

²⁷⁴ "Las desactivaciones por determinadas categorías de presuntos motivos —como el acoso sexual— están exentas del proceso. Esta subsección también prevé que las empresas red de transporte lleguen a un acuerdo colectivo con el Centro de Recursos para quienes Conducen sobre el "proceso de apelación de desactivación de cuentas de conductores" e incluye un texto que pretende que la sección pueda acogerse a la inmunidad de la ley federal antimonopolio". *Id.* en § 1(15).

²⁷⁵ "El derecho —una persona conductora obtiene una hora de licencia por enfermedad remunerada por cada cuarenta horas de "tiempo de plataforma de pasajeros trabajadas"— se basa vagamente en disposiciones comparables para las personas contratistas independientes del estado de Washington. Según las normas europeas o, de hecho, según cualquier norma humana, el derecho es pésimo y no cubriría a una persona trabajadora de ninguna enfermedad o lesión grave de la que se demore en recuperarse". *Id.* en § 6.

²⁷⁶ *Id*. en § 11.

²⁷⁷ Id. en § 32(1).

²⁷⁸ La aplicación de las leyes estatales es algo que también destaca mos en "Litigando la causa del trabajo", donde señalamos que:

derechos de las personas trabajadoras de la *economía gig* que valga la pena debe ir acompañada de un régimen de aplicación exhaustivo. Los ingredientes necesarios de dicho régimen son: i) un organismo gubernamental con los recursos financieros y la voluntad política de actuar; ii) sanciones penales y penas civiles severas y iii) un marco procesal que facilite las demandas de las personas trabajadoras, sindicatos y otros.

TEl Reino Unido ofrece un estudio de caso fantástico de un país en el que los tribunales han hecho un trabajo cada vez mejor a la hora de interpretar la legislación laboral para ofrecer protecciones a las personas trabajadoras de la economía gig, mientras que el Estado ha demostrado una voluntad política nula y los organismos encargados de hacer cumplir la ley carecen de recursos financieros para hacer cumplir eficazmente las leyes sobre las que dictan los tribunales. En lugar de ello, en junio de 2022, el gobierno nombró al cofundador de Just Eat, una empresa contra la que las personas trabajadoras habían protagonizado en aquel momento la huelga más larga de la historia de la economía gig²⁸⁰ del Reino Unido, como el "zar empresarial del costo de la vida".281 En un país en el que las empresas pueden enfrentarse a una inspección del salario mínimo una vez cada quinientos años, y a una posibilidad infinitesimal de enjuiciamiento penal,282 la legislación laboral es efectivamente una propuesta voluntarista.²⁸³

En España, por otra parte, ha habido numerosas acciones para hacer cumplir la ley, incluso antes de que entrara en vigor la Ley de cláusulas adicionales.²⁸⁴ De

"Dado el historial de cumplimiento de la ley por parte de las empresas de la economía gig, o, mejor dicho, su falta de cumplimiento, cualquier propuesta de ley sobre los derechos de las personas trabajadoras de la economía gig que valga la pena debe ir acompañada de un régimen de aplicación exhaustivo"

hecho, fueron las demandas bien dotadas de recursos que presentó el Estado las que ayudaron a inclinar la balanza de la jurisprudencia hacia la condición de persona trabajadora por cuenta ajena.²⁸⁵ Sin embargo, estas acciones para hacer cumplir la ley, o la amenaza de más acciones como estas, han resultado insuficientes para hacer que la Ley de cláusulas adicionales sea aplicable en la práctica. De hecho, Just Eat fue la única gran empresa de reparto de comida a domicilio que cumplió plenamente la ley. Glovo, líder del sector, la ignoró en gran medida. Uber Easts despidió a 3.000 personas dedicadas al reparto y adoptó un modelo de subcontratación (que se ha alegado que es ilegal),286 se quejó públicamente de que Glovo incumplía la ley²⁸⁷ y luego volvió a tratar a sus propias personas dedicadas al reparto como personas trabajadoras por cuenta propia. Deliveroo, por su parte, se retiró del país.288

glovo-con-mas-de-ocho-millones-y-medio-de-euros-por-no-regula-rizar-los-contratos-de-sus-repartidores-en-sevilla.html. Más reciente-mente, Glovo ha sido multada con 79 millones de euros adicionales, una cantidad aproximadamente cuatro veces superior a cualquier multa anterior emitida por la Inspección de Trabajo. Ver *Gig Economy Project-Glovo Hit with Massive €79 Million Fine for False Self-Eemployment in Spain*, BRAVE NEW EUROPE (21 de septiembre de 2022). https://braveneweurope.com/gig-economy-project-glovo-hit-with-massive-e79-million-fine-for-false-self-employment-in-spain.

²⁸⁰ Jason Moyer-Lee, *Gauging the Impact of Gig Economy Judgments*, LABOUR RESEARCH en 9 (julio de 2022).

²⁸¹ Rowena Mason, *Co-Founder of Just Eat Made UK's New Cost of Living Business Tsar*, Guardian (June 13, 2022), https://www.theguardian.com/business/2022/jun/13/co-founder-of-just-eat-made-uks-new-cost-of-living-business-tsar.

²⁸² Entre abril de 2015 y marzo de 2021, los empleadores robaron más de 100 millones de libras de las personas trabajadoras, en más de 6.500 violaciones del salario mínimo. Solo seis empleadores fueron procesados penalmente. Ver Adam Bychawski Peter Geoghegan & Jenna Corderoy, *Only Six UK Employers Prosecuted for Paying Below Minimum Wage in Six Years*, OPEN DEMOCRACY (28 de julio de 2021), https://www.opendemocracy.net/en/dark-money-investigations/only-six-uk-employers-prosecuted-paying-below-minimum-wage-six-years/. Más información general sobre la aplicación de la legislación británica. Ver *Taming the Beast, supra* nota 48, en 102-7. *Ver también auging the Impact of Gig Economy Judgments, supra* nota 279.

²⁸³ Ver también Alan Bogg, Taking the Rule of Law Seriously: The P&O Ferries Scandal and the Need for a Labour Enforcement Act (2022), https://www.tuc.org.uk/research-analysis/reports/building-worker-power?page=4.

²⁸⁴ Por ejemplo, *El País* informó en noviembre de 2021 que Glovo había sido multada con más de 8,5 millones de euros por clasificación errónea en Sevilla. Ver Gorka R. Pérez, *La Inspección de Trabajo Multa a Glovo con Más de 8,5 Millones por no Regularizar los Contratos de sus Repartidores en Sevilla*, EL PAÍS (18 de noviembre de 2021), https://elpais.com/economia/2021-11-19/la-inspeccion-de-trabajo-multa-a-

²⁸⁵ Ver Taming the Beast, supra nota 48, en 123-37.

²⁸⁶ Las dos confederaciones sindicales —CCOO y UGT— representan a las personas trabajadoras en un caso de despido colectivo ilegal. En un principio se denegó a los sindicatos el derecho a representar a estas personas trabajadoras. Sin embargo, esta denegación ha sido revocada recientemente por el Tribunal Supremo (Sala de lo Social). 20 julio 2022, STS 3193/2022, ECLI:ES:TS:2022:3193. Ver también Laura Olías, El Supremo Rectifica a la Audiencia Nacional y Reabre la Denuncia por ERE Encubierto de Uber Eats, EL DIARIO (28 de julio de 2022), https://www.eldiario.es/economia/supremo-rectifica-audiencia-nacional-re-abre-denuncia-ere-encubierto-uber-eats 1_9207235.html.

²⁸⁷ Marimar Jiménez, *Uber Eats Exige al Gobierno que Glovo Cumpla la Ley Rider para Competir en Igualdad de Condiciones*, CINCO DÍAS (8 de marzo de 2022), https://cincodias.elpais.com/cincodias/2022/03/08/companias/1646726762_057560.html.

²⁸⁸ No está claro, sin embargo, que Deliveroo se retirara a causa de la Ley Riders. *Ver Taming the Beast, supra* nota 48, en 123-137, *Gig Economy Project - Uber Eats Joins Glovo in Abandoning Spain's Rider's Law on It's 1 Year Anniversary*, BRAVE NEW EUROPE (9 de agosto de 2022), https://braveneweurope.com/gig-economy-project-uber-eats-joins-glovo-in-

Los organismos gubernamentales de otros países también han iniciado procedimientos de aplicación²⁸⁹ y, en algunos casos, han obtenido concesiones o pagos sustanciales. Por ejemplo, el Departamento de Trabajo y Desarrollo de la Mano de Obra del estado de Nueva Jersey (Estados Unidos) consiguió recientemente que Uber pagara la impresionante cifra de 100 millones de dólares en impuestos no pagos debido a la clasificación errónea por parte de la empresa de sus conductores y conductoras.²⁹⁰ En un ejemplo aún más contundente, el Gobierno chino doblegó a su voluntad a la empresa de viajes compartidos Didi, que controla el 90% del mercado chino, obligándola a dejar de cotizar en la Bolsa de Nueva York ²⁹¹. El gobierno también multó a la empresa con 1.200 millones de dólares por violar las leves de protección de datos, entre otras cosas, por almacenar sin cifrar 57 millones de números de identificación de conductores y conductoras.²⁹² La cuestión es que, en su mayor parte, estos procedimientos no han sido suficientes para engendrar una revisión del modelo de empleo de las empresas en general.

En Francia, las y los fiscales aplicaron recientemente el derecho penal contra Deliveroo, ganando un caso contra la empresa y algunos de sus antiguos directores por clasificación errónea de conductores y conductoras. La empresa fue multada por 375.000 euros y dos antiguos directores fueron condenados a penas de un año de prisión suspendida.²⁹³ La Ley de Derechos de las perso-

abandoning-spains-riders-law-on-its-1-year-anniversary.

- ²⁸⁹ Por ejemplo, en noviembre de 2021, el Ministerio Público del Trabajo de Brasil anunció que iba a incorporar procedimientos por clasificación errónea contra las empresas de *economía gig* 99, Uber, Rappi y Lalamove. Ver comunicado de prensa, *Ministério Público do Trabalho em São Paulo, MPT Requer que 99, Uber, Rappi e Lalamove Reconheçam Vínculo Trabalhista* (8 de noviembre de 2021), https://www.prt2.mpt.mp.br/925-mpt-requer-que-99-uber-rappi-e-lal-amove-reconhecam-vinculo-trabalhista.
- ²⁹⁰ Cade Metz, Uber Agrees to Pay N.J. \$100 Million in Dispute Over Drivers' Employment Status, N.Y. TIMEs (12 de septiembre de 2022), https://www.nytimes.com/2022/09/12/technology/uber-new-jersey-settlement.html.
- ²⁹¹ Cissy Zhou, *Didi to Exit NYSE on June 10 Amid Uncertainty About China Restart*, ASIA NIKKEI (9 de junio de 2022), https://asia.nikkei.com/Business/Transportation/Didi-to-exit-NYSE-on-June-10-amid-uncertainty-about-China-restart.
- ²⁹² Paul Mozur y John Liu, *China Fines Didi \$1.2 Billion as Tech Sector Pressures Persist*, N.Y. TIMEs (21 de julio de 2022), https://www.nytimes.com/2022/07/21/business/china-fines-didi.html.
- ²⁹³ Paris Court Finds Deliveroo Guilty of Abusing Riders' Rights, LE MONDE (19 de abril de 2022), https://www.lemonde.fr/en/france/article/2022/04/19/paris-court-finds-deliveroo-guilty-of-abusing-riders-rights_5980972_7.html. Aunque hay que tener en cuenta que no todos los casos en Francia han ido en contra de Deliveroo. Ver Anne-Hélène Pommier, *Deliveroo Condamné en Appel pour Travail Dissimulé*, LE FIGA-RO (8 de julio de 2022),

https://www.lefigaro.fr/flash-eco/travail-dissimule-la-cour-d-appel-condamne-a-son-tour-deliveroo-20220708. Las empresas de reparto

nas Trabajadoras de Plataformas Digitales de 2022²⁹⁴ de Ontario (Canadá) ofrece otro ejemplo interesante de régimen de sanciones penales.²⁹⁵ Por ejemplo, el artículo 52 establece que:

Toda persona que infrinja esta Ley o los reglamentos o incumpla una orden, directiva u otro requisito en virtud de esta Ley o los reglamentos es culpable de un delito y, en caso de condena, será responsable,

- (a) si se trata de una persona física, a una multa no superior a 50.000 dólares o a una pena de prisión no superior a 12 meses, o a ambas;
- (b) sujeto a la cláusula (c), si la persona es una corporación, a una multa de no más de 100.000 dólares; y
- (c) si la persona es una corporación que haya sido condenada anteriormente de un delito tipificado en esta Ley,
 - i. si la persona tiene una condena anterior, a una multa no superior a 250.000 dólares, y ii. si la persona tiene más de una condena anterior, a una multa no superior a

Si se condena a una empresa por victimizar a una persona trabajadora,²⁹⁶ el tribunal también ordenará a la empresa que "adopte medidas específicas o se abstenga de adoptar medidas específicas para remediar la infrac-

500.000 dólares.

Stuart y Resto In también están siendo perseguidas penalmente en Francia por el mismo asunto. Ver Antoine Blanchet, *París: Peine Maximale Requise Contre Stuart et Resto In pour Travail Dissimulé*, ACTU. FR (23 de septiembre de 2022).

https://actu.fr/ile-de-france/paris_75056/paris-peine-maximale-requise-contre-stuart-et-resto-in-pour-travail-dissimule_54023672.html

- ²⁹⁴ 2022, S.O. 2022, c. 7, Sched. 1, https://www.ontario.ca/laws/statute/22d07.
- ²⁹⁵ Esta ley también es interesante porque prevé su propia supervisión. Por ejemplo, el artículo 17(1) prevé el nombramiento de un "Director de Trabajo en Plataformas Digitales" para administrar la Ley y el artículo 19(1) prevé el nombramiento de funcionarios de cumplimiento para hacer cumplir la Ley. Las y los funcionarios encargados del cumplimiento "podrán, sin orden judicial, entrar e inspeccionar cualquier lugar con el fin de investigar una posible infracción de esta Ley o realizar una inspección para garantizar su cumplimiento". § 22(1).

²⁹⁶ *Id*. en § 13.

ción",²⁹⁷ por ejemplo, ordenando la reincorporación de la persona trabajadora.²⁹⁸ Y si la empresa desobedece dicha orden, puede ser multada con hasta 4.000 dólares canadienses al día hasta que la cumpla.²⁹⁹

En lo que respecta a la creación de un marco procesal que facilite la interposición de demandas sobre la clasificación como personas trabajadoras por cuenta ajena contra las empresas de la economía gig, Estados Unidos ofrece algunos ejemplos interesantes. En California, la legislación estatal prevé un mecanismo a través del cual, en determinadas circunstancias, las y los "empleados perjudicados" pueden interponer acciones de aplicación en nombre del Estado. Como resumió el juez Alito del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en el caso *Viking River Cruises, Inc. v. Moriana*:300

La Legislatura de California promulgó la Labor Code Private Attorneys General Act ["Ley de Abogados Generales Privados del Código Laboral", conocida como PAGA por sus siglas en inglés] para abordar un déficit percibido en la aplicación del Código Laboral del Estado. La California's Labor and Workforce Development Agency (Agencia de Trabajo y Desarrollo de la Mano de Obra de California, LWDA) estaba facultada para emprender acciones legales con el fin de imponer penas civiles a los empleadores que infringieran muchas de las disposiciones del Código. Pero la legislatura creía que la LWDA no disponía de recursos suficientes para alcanzar el nivel de cumplimiento adecuado y las limitaciones presupuestarias hacían imposible lograr un nivel adecuado de financiación. De este modo, la legislatura decidió utilizar a las personas trabajadoras por cuenta ajena como fiscales generales privadas para hacer cumplir la legislación laboral de California, bajo la premisa de que los organismos encargados de hacer cumplir la legislación laboral debían mantener la primacía sobre los esfuerzos privados para hacer cumplir la ley.

En efecto, la ley delegaba el cumplimiento a las y los empleados, quienes al presentar demandas como si fuer-

an el Estado, podían alegar infracciones de la legislación laboral en relación con varias personas empleadas; es decir que no estaban limitadas a alegar infracciones únicamente en relación con su contrato individual. Aunque las empresas de la economía gig intentaron eludir los efectos de largo alcance de la ley basándose en sus cláusulas de arbitraje, los tribunales del estado de California limitaron muy poco sus ambiciones301. Sin embargo, en el caso Viking River Cruises antes citado, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos se basó en la Ley Federal de Arbitraje para defenestrar de hecho la PAGA, haciendo imposible que una persona trabajadora sujeta a una cláusula de arbitraje presentara una demanda PAGA en relación con violaciones contra múltiples personas empleadas.302 Tras esta decisión, y sobre la misma base, el Tribunal Supremo de los Estados Unidos anuló una serie de casos similares contra Uber y Lyft y los devolvió a los tribunales californianos.303

Una ley antiaborto de Texas ofrece un mejor ejemplo de mecanismos creativos de aplicación. Allí, la ley S.B. 8 prohibía a profesionales médicos "practicar o inducir a sabiendas un aborto a una mujer embarazada si el médico o médica detectaba un latido fetal del feto", a menos que el cumplimiento se viera frustrado por una emergencia médica. En el momento en que se aprobó la ley, suponía una flagrante violación de la interpretación que el Tribunal Supremo de los Estados Unidos había hecho de la Constitución de ese país, que preveía el derecho al aborto hasta mucho más avanzado el embarazo.³⁰⁴ En gran medida en un esfuerzo por eludir, o al menos retrasar, que un tribunal federal declarara inconstitucional la ley estatal, el estado de Texas renunció a cualquier papel en la aplicación directa de la ley, delegando en cambio ese

²⁹⁷ *Id.* en § 53(1).

²⁹⁸ *Id.* en § 53(2)(2). No se ordenará necesariamente la reincorporación; el tribunal dispone de amplios poderes para dictar órdenes a este respecto.

²⁹⁹ *Id.* en § 54(b).

^{300 142} S. Ct. 1906 (2022).

³⁰¹ Ver, por ejemplo, Iskanian v. CLS Transportation Los Angeles, LLC, 327 P.3d 129 (2014).

³⁰² PAGA, razonó el Tribunal, no invalidaba el requisito de que un litigio entre una persona trabajadora y un empleador se sometiera a arbitraje y, además, no se podía obligar a un empleador a tratar las demandas por infracciones contra múltiples personas empleadas en el procedimiento de arbitraje con la única "persona empleada perjudicada" que pretendía presentar la demanda. Y de acuerdo con la ley californiana, una vez que la reclamación de la propia persona empleada agraviada se había sometido a arbitraje, este ya no tenía legitimación procesal para alegar la demanda en relación con las infracciones cometidas contra otras personas empleadas. En consecuencia, el aspecto colectivo de la demanda desaparecía. En resumen, una ley que pretendía permitir a una persona empleada presentar una demanda en relación con múltiples infracciones de la legislación laboral, como si la persona trabajadora fuera el Estado, se redujo a una demanda de una sola persona trabajadora y se sometió a arbitraje.

³⁰³ Uber Techs., Inc. v. Rosales, 142 S. Ct. 2860 (2022), Uber Techs., Inc. v. Gregg, 142 S. Ct. 2860 (2022), and Lyft, Inc. v. Seifu, 142 S. Ct. 2860 (2022).

³⁰⁴ Según lo sostenido en Roe v. Wade, 410 U.S. 113 y modificado por Planned Parenthood v. Casey, 505 U.S. 833. Estos casos fueron anulados posteriormente por Dobbs v. Jackson Women's Health Org., 142 S. Ct. 2228 (2022).

papel a todo el mundo.³⁰⁵ Cualquier persona en Texas podía interponer una demanda contra un ente proveedor de abortos y, si ganaba, obtener el reembolso de los honorarios de sus abogados o abogadas y embolsarse unos sustanciosos 10.000 dólares por su esfuerzo³⁰⁶. Pero esto no era todo lo que hacía la ley, como resumió la magistrada Sotomayor del Tribunal Supremo de los Estados Unidos en su disenso en el caso *Whole Women's Health v. Jackson*:³⁰⁷

Es importante destacar que la S. B. 8 también modifica los procedimientos de los tribunales estatales para que los litigios sean especialmente punitivos para las personas acusadas. Permite que las personas acusadas sean llevadas a juicio en cualquier condado en el que resida la persona demandante, incluso si ese condado no tiene ninguna relación con las personas demandadas o con el procedimiento de aborto en cuestión. Otorga a la persona demandante derecho de veto sobre cualquier traslado de jurisdicción, independientemente de los inconvenientes que ello suponga para las personas demandadas. Prohíbe a las personas demandadas invocar la preclusión no mutua de cuestiones o reclamaciones, lo que significa que, si prevalecen, siguen siendo vulnerables a la demanda de cualquier otra persona demandante en cualquier lugar del estado por la misma conducta. También prohíbe a las personas demandadas basarse en cualquier decisión judicial no vinculante, como precedentes persuasivos de otros tribunales de primera instancia. Aunque garantiza los honorarios de las y los abogados y los costos a quienes presentan la demanda y ganan, se los niega categóricamente a las personas demandadas que pierden, por lo que deben financiar sus propias defensas por frívolas que sean las demandas. Estas disposiciones se apartan considerablemente de la norma en los tribunales de Texas y en la mayoría de los tribunales del país.

S. B. 8 pretende además limitar las defensas sustantivas que pueden plantear las personas demandadas.³⁰⁸

³⁰⁵ Las y los funcionarios estatales mantuvieron un papel indirecto en la aplicación de la ley a través de las decisiones de concesión de licencias. Ver *Whole Women's Health v. Jackson*, 142 S. Ct. 522 (2021).

Sin duda, la S. B. 8 fue un vil intento de anular un derecho humano y, en aquel momento, constitucional. Sus fines eran reprobables. También cabe preguntarse seriamente si sus innovaciones procesales sobrevivirán en última instancia al escrutinio del poder judicial federal en Estados Unidos o, para el caso, si sobrevivirían al escrutinio judicial en cualquier otro lugar. Sin embargo, la lección que hay que aprender de S. B. 8 es que una revisión de raíz de los procedimientos afecta drásticamente la medida en que puede aplicarse una ley sustantiva. Para que la aplicación no estatal sea eficaz, la revisión debe ser tan radical como permita la ley.

CONCLUSIÓN EN 6 PRINCIPIOS

Por muy interesante que pueda ser el análisis legal comparativo por el mero hecho de saciar la curiosidad intelectual, es importante que dicho análisis sirva a los objetivos de hacer realidad en la práctica los derechos de las personas trabajadoras de la *economía gig*. Así que, para la persona profesional en derecho que defiende los derechos de las personas trabajadoras, ¿por dónde debería empezar? Pues bien, a partir de la maraña de casos y leyes analizados en detalle anteriormente, es posible destilar las proposiciones bastante sencillas que se exponen a continuación.

In primer lugar, los sindicatos independientes y democráticos y las organizaciones laborales que representan a las personas trabajadoras de la economía gig deben participar en la toma de decisiones. Estas organizaciones y las personas trabajadoras a quienes representan han sido la fuerza motriz para hacer frente a la maquinaria de lavado de cara del Silicon Valley, para conseguir mejores salarios y condiciones, presionar a las y los reguladores y legisladores para que actúen y presentar demandas judiciales y denuncias para hacer cumplir la ley. También tienen más experiencia que las y los legisladores, abogados y académicos en lo que se refiere a lo que las personas trabajadoras de economía gig necesitan en cuanto a la ley.

En segundo lugar, hay que identificar los derechos que cualquier ley propuesta otorgaría a las personas trabajadoras de la *economía gig*. Se puede legislar simplemente para insertar a estas personas trabajadoras en un régimen preexistente de protección de las personas trabajadoras por cuenta ajena (como pretendía hacer la AB 5 en California), crear un nuevo régimen (que debería ser comparable o superior en cobertura) o alguna combinación de ambos (como la propuesta de directiva de la UE y la Ley Riders española).

³⁰⁶ *Id*.

³⁰⁷ *Id*.

³⁰⁸ Se omiten las notas a pie de página y las citas internas.

En tercer lugar, hay que identificar las definiciones en las que se basará cualquier nueva ley. Las definiciones más eficaces son las que delimitan claramente la categoría de persona trabajadora que entrará en una determinada clasificación. Por ejemplo, las leyes del estilo de la Propuesta 22 no dejan lugar a dudas sobre qué personas trabajadoras deben clasificarse como personas trabajadoras por cuenta propia. Las leyes a favor de las personas trabajadoras podrían hacer lo mismo a la inversa, estableciendo en blanco y negro qué personas trabajadoras de la economía gig deben clasificarse como aguellas que trabajan por cuenta ajena (o cualquier otra categoría que les proporcione un conjunto de derechos comparable o superior). En su defecto, la prueba ABC ha proporcionado la red más amplia y fiable con la que atrapar a los escurridizos peces de la clasificación laboral.

En cuarto lugar, hay que asegurarse —dentro de las leyes si es necesario— de que el enfoque jurisprudencial para interpretar la ley sea intencionado y amplio. Debe tenerse en cuenta el poder de negociación asimétrico, que el propósito de la ley de mejorar los derechos debe ser claro y que la interpretación debe basarse en la realidad de la relación laboral y no únicamente en los contratos escritos.

En quinto lugar, el panorama procesal debe tener en cuenta las relaciones de poder en juego y favorecer la materialización de los derechos. Deben prohibirse las cláusulas de arbitraje y no debe permitirse ningún otro mecanismo que excluya la jurisdicción de los tribunales de justicia o impida las acciones colectivas. Del mismo modo, a las personas trabajadoras y sindicatos se les deben reembolsar los gastos si ganan, pero no se les debe condenar a pagar los gastos del empleador si pierden. Si se necesita ayuda financiera para que una persona trabajadora pueda permitirse presentar una demanda, la ley debería estipular cómo se proporcionará.

En sexto lugar, y posiblemente uno de los puntos más importantes, el régimen de aplicación debe ser serio. Además de facilitar a las personas trabajadoras y a otras personas la presentación de demandas, el Estado debe disponer de los recursos y la voluntad política necesarios para perseguir implacablemente a quienes infringen la ley, y las sanciones deben ser tan severas que la mera amenaza de aplicación de la ley sea un incentivo suficiente para cumplirla. Se trata de un sector en el que los empleadores han demostrado una y otra vez que, independientemente de lo que digan las y los jueces o de hasta qué punto se les critique en la prensa, están dispuestos a incumplir las leyes que les son desfavorables. Porque el precio de hacerlo no ha sido lo suficientemente alto.

Recopilación de las principales decisiones judiciales

Cáceres, Itatí Laura Lucía c/ Repartos Ya S.A. - Medida cautelar (decisión en español)

Fecha: 24 de septiembre de 2021

Tribunal: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo - Sala III

Tema: despido improcedente

Conclusión: trabajadora por cuenta ajena

Decision:

La Cámara de Apelaciones del Trabajo confirmó la decisión del tribunal de primera instancia, amparando la medida cautelar solicitada por la trabajadora para recuperar el acceso a su cuenta. La empresa había bloqueado el acceso a la aplicación debido a su actividad sindical. La desactivación de la plataforma, argumentó la demandante, violaba la Ley de Asociaciones Sindicales argentina nº 23.551, que protege a las personas dirigentes sindicales del despido y el Decreto de Necesidad y Urgencia nº 329/2020 (dictado durante la pandemia del COVID-19), que prohibía los despidos sin causa justificada por falta o reducción de trabajo o fuerza mayor.

La sentencia establecía que:

La accionante denunció, ante lo que manifestó como sistema de precarización laboral implementado por la demandada, haber organizado junto con otros compañeros y compañeras una agrupación denominada "La Red de Trabajadores Precarizados", lugar desde donde habría impulsado un petitorio como campaña por el reconocimiento de los trabajadores de reparto como tales en relación de dependencia [...].

Así, [la demandante] dijo que el 10 de agosto de 2020, desde su agrupación se convocó a un Encuentro Nacional de Repartidores de la Red, ocasión en la que ella, según sostiene, actuó como uno de sus principales referentes. Añadió, que desde allí se impulsó y organizó luego la Asamblea Nacional de Trabajadores de Reparto, la que se realizó vía "Zoom" el 4 de septiembre de ese año, resolviéndose en esa ocasión convocar a movilizarse a las puertas del Ministerio de Trabajo por el reconocimiento laboral, para el día 17/9/2020.

Según sostiene la reclamante, días después de estos hechos, habría sido "despedida" por la demandada [...].

La sentencia establecía que no se juzgaría el fondo del asunto, es decir, si existe o no una relación laboral:

Las medidas preventivas no reclaman prueba terminante y plena del derecho invocado; quien las pide solo debe acreditar que el derecho es verosímil y el Juez puede otorgarlas sin llegar a prejuzgar sobre el fondo del asunto, dado que únicamente se exige la posibilidad de que el derecho exista, y no una incontestable realidad que solo se logrará al agotar el trámite, razón por la cual, en cuanto a este requisito, debe admitirse la amplitud de criterio.

La decisión no fue unánime, ya que una de las personas magistradas de la sala disintió.

Scornavache, Víctor Nicolás c/ Cabify S.A. y otros s/ Despido (decisión en español)

Fecha: 2 de septiembre de 2021

Tribunal: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Laboral Nº 77 (Buenos Aires) (Nº 7248)

Asunto: derecho a vacaciones, horas extras y bonificaciones

Conclusión: empleado

Decisión:

Un conductor de Cabify solicitó en repetidas ocasiones que Cabify registrara su relación contractual, tal y como exige la ley, para poder acceder y recibir el pago de horas extra, bonificaciones, vacaciones, etc. A pesar de los repetidos intentos del conductor, Cabify siguió ignorando y rechazando sus peticiones. Además, alegó que el conductor y Cabify no mantenían una relación laboral que requiriera registro y que el conductor era un trabajador por cuenta propia. La sentencia confirmó la existencia de los elementos constitutivos de una relación laboral. Afirmó que:

Es sabido que, en el mundo globalizado, las nuevas tecnologías alteraron el modo en el que los sujetos de una relación laboral se relacionan. Pero aún en estos nuevos escenarios, lo sustancial permanece a pesar de los cambios. Un análisis profundo de los nuevos vínculos deja entrever la existencia de aquello que caracteriza (y define) a una relación laboral: el trabajo personal dirigido por cuenta ajena.

Al hacerlo, aplicó el principio de la primacía de la realidad:

Un estudio diacrónico del Derecho del Trabajo muestra que la génesis de muchas de sus normas estuvo orientada a reaccionar frente a situaciones de fraude laboral. Entre estas se destaca el recurso de los dadores de trabajo dirigido a adoptar figuras contractuales escogidas de otras ramas del derecho con el fin de ocultar la existencia de un contrato laboral [...]. Se trata del "principio de realidad" que informa la disciplina laboral y obliga al magistrado a atender a la verdadera situación creada, más que a las formas escogidas.

Además, la sentencia afirmó que las formalidades (es decir, la aceptación de las condiciones, la facturación por parte de la persona conductora, etc.) eran exigencias de la plataforma. Posteriormente, la sentencia identificó los siguientes elementos que son aplicables al caso, tanto clásicos como los más actuales en la materia:

Sobre la existencia de instrucciones:

El hecho de que la asignación de viajes, así como el control de cumplimiento de los parámetros contractuales sea efectuado algorítmicamente, incluso en forma automática, no soslaya que se trate del ejercicio de facultades de dirección.

Sobre la presencia del poder de dirección y control:

El control de los objetivos mediante GPS no es diferente a la supervisión, personal y presencial, de la clásica fábrica[...]. El dueño (o capataz) vigilando el trabajo desde un ventanal ubicado por encima de la línea de producción, tiene la misma posición panóptica que aquel que controla el movimiento de cada uno de sus vehículos a través de un sistema de rastreo satelital como el GPS.

Sobre el poder de dirigir u organizar el trabajo:

El hecho de que la asignación de viajes, así como el control de cumplimiento de los parámetros con-

tractuales sea efectuado algorítmicamente, incluso en forma automática, no soslaya que se trate del ejercicio de facultades de dirección [...].

Con la aparición de las nuevas tecnologías, no solo la agudeza y eficacia del control, sino también sus fundamentos, son idénticos a los diseñados desde el nacimiento del trabajo humano. Cierto es que los instrumentos de control son cada vez más sofisticados e invisibles y, por ende, más eficaces.

En este caso, se estableció que la aplicación requería 72 horas de trabajo semanales por las que pagaba un precio fijo.

Sobre la potestad sancionadora del empleador: las personas que dieron sus testimonios fueron claras al afirmar que el rechazo de viajes provocaba consecuencias desfavorables para quienes conducen. La sentencia afirmaba que:

Es lógico que una empresa aplique sanciones cuando el trabajador elude la asignación de trabajo; lo que es irrazonable es que ejerza su poder disciplinario y, a la vez, desconozca su calidad de empleador.

Sobre la "integración en la empresa" de las personas trabajadoras y la "ausencia de riesgo":

Se ha demostrado en forma contundente que el demandante se incorporó a una empresa ajena que dirigió y canalizó su trabajo personal hacia sus propios fines [...]. [E]I hecho de que el vehículo de propiedad del demandante no es un indicio de su autonomía económica ni lo coloca en un pie de igualdad con Cabify [...]. El vínculo no tiene nada de asociativo como lo sostiene la demandada. En rigor, debe sospecharse cuando pocas personas titulares de un medio de producción alegan tener un vínculo "societario" con muchas otras, que solo cuentan con su capacidad de trabajo (citas internas omitidas).

Además, el Tribunal observó que

La reducción de costos de agencia por la implementación de una plataforma de trabajo cuyo algoritmo es propiedad de la empresa, no puede considerarse como un elemento disruptivo para la identificación del binomio empresario-trabajador: es que, aunque pareciese que un tercero ejerce la facultad de control propia del poder de dirección, esa externalización de facultades patronales obedece a un plan empresario, de la misma manera que la conocida delegación de facultades patronales en un empleado jerárquico.

Sobre la remuneración periódica:

La percepción continua y habitual de sumas de dinero a cambio de trabajo personal resulta indicativo de la existencia de una relación de carácter subordinado, que no aparece contradicha por las formas instrumentadas por las partes.

Además, es dependencia económica en estado puro. Los sujetos de una relación de trabajo consienten el vínculo comprometiendo cuestiones disímiles. El empresario se incorpora al mercado con su propio medio de producción y, por ello, se beneficia con las ganancias que la particular dinámica del mercado le genere. El medio de producción que el trabajador compromete en el contrato es su propio cuerpo o, por ser más genéricos, su capacidad de trabajo. Esta capacidad ingresa en el proceso de producción instrumentado por el empresario, que puede generar ganancias o pérdidas.

Por lo tanto, el empresario —en su carácter de dueño del medio de producción— se beneficia con

las utilidades que el proceso le genere y, por su parte, el dependiente que contribuyó en ese devenir utilidad con su trabajo personal, solo es acreedor a la remuneración pactada.

Ninguna injerencia tiene el trabajador en las decisiones adoptadas por el empresario. Estas particularidades esenciales, que configuran el basamento socio-económico del contrato de trabajo, no desaparecen por el hecho de que el trabajo sea prestado por una persona que sea titular de un automóvil.

Sobre la alienación de la marca:

Con la irrupción de las aplicaciones apareció el fenómeno de la marca asociada a un emprendimiento empresarial cada vez más difuso, oculto, al que solo puede accederse con un teléfono celular. Lo cierto es que la marca genera clientes y los dependientes prestan servicios a los clientes del titular de la marca, y no a sus propios clientes.

Cuando un trabajador individual presta servicios de forma personal bajo el paraguas de una marca que le es ajena y siguiendo un "manual de instrucciones" impuesto por la empresa principal, existen fuertes indicaciones de que este podría ser considerado un trabajador empleado.

Sobre la actividad de las aplicaciones, la integración de sus conductores y conductores y la falta de desarrollo profesional para cualificarles como personas emprendedoras o socias:

Desde la mirada del usuario, la demandada es una empresa cuya actividad es el transporte de pasajeros. Los usuarios son clientes de CABIFY; no son clientes de los distintos choferes. El único activo que posee CABIFY son los clientes [...]. Ello se refuerza si se advierte que no se ha acompañado a la causa prueba alguna que demuestre que el demandante sea titular de una organización empresarial propia. De las constancias de autos no puede inferirse que el demandante haya actuado como un empresario independiente y que, como tal, haya acordado sus obligaciones con base a un cálculo racional de necesidad e intereses.

La sentencia terminó señalando que

La empresa demandada contrató [al demandante], lo capacitó, le exigió un determinado auto, una vestimenta especial, lo obligó a estar a disposición durante un tiempo prefijado, le indicó diariamente los viajes que tenía que tomar, controló que cumpliera con su prestación y lo sancionó cuando interpretó que incumplió con las pautas exigidas.

En opinión del tribunal, estos hechos obligaban a concluir que esta relación es "subordinación laboral en su máxima pureza". Así pues, los conductores de Cabify son empleados.

Esta decisión fue apelada por la plataforma y está siendo revisada por una Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo (2ª instancia).

José Luis Bolzan v. Cabify S.A. y otros - Despido

Fecha: 31 de agosto de 2021

Tribunal: Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Laboral Nº 21 (Buenos Aires)

Asunto: derecho a vacaciones, horas extraordinarias y bonificaciones

Conclusión: trabajador por cuenta ajena

Decisión:

Este fallo se basó en la presunción de que existe automáticamente una relación laboral cuando una persona presta servicios en beneficio de otra, salvo prueba de lo contrario, tal como lo establece el art. 23 de la <u>Ley Nº. 20.744</u>, que rige los contratos de trabajo en Argentina.

El Tribunal definió la "dependencia" como la "situación jurídica" en la que la persona trabajadora se incorpora a una empresa, que en todo o en parte no es la suya, y contribuye con su trabajo a la consecución de los fines de la empresa. Además, la persona trabajadora renuncia de antemano al acceso al producto final, por lo que no participa de los riesgos ni de los beneficios, ya que recibe una remuneración y sigue las órdenes o instrucciones que le da el empleador.

Frente al argumento de que las plataformas, como Cabify, son empresas de software y no de transporte, así como el elemento de "integración en la empresa", la sentencia señala que el transporte de personas es precisamente "el objeto comercial de la empresa demandada y en ello reside el objeto de su explotación comercial". La sentencia se basa, entre otros, en el principio de primacía de la realidad, señalando que debe mirarse "más allá de las formas, denominación y apariencia jurídica que pudieran otorgar las partes contratantes a la vinculación habida entre sí".

Sostuvo que la empresa no desvirtuó la presunción de laboralidad. La descripción del servicio provisto por la plataforma no ofrece prueba suficiente para definir jurídicamente la relación como algo distinto de lo que afirma el conductor y que "el hecho de que el demandante extendiera facturación, que el vehículo con el cual trabajara fuera de su propiedad, que estas firmaran un contrato comercial que la accionada intenta hacer valer y demás cuestiones formales que se implementaron, no son determinantes a los efectos de calificar la relación jurídica". Cabe señalar que el tribunal ordenó la indemnización por despido porque el conductor fue despedido tras reclamar a la empresa el pago de sus obligaciones laborales.

Por último, la decisión es ejecutable contra el presidente de la empresa en virtud de la legislación argentina basada en la teoría de la inoponibilidad de un estatuto jurídico cuando se utiliza para violar la ley.

Esta decisión fue apelada por la aplicación y está siendo revisada por un Tribunal Nacional de Apelación Laboral (2ª instancia).

Deliveroo Australia Pty Ltd. v. Franco

Fecha: 17 de agosto de 2022

Tribunal: Comisión de Trabajo (FWC) (en pleno)

Asunto: despido improcedente

Conclusión: persona trabajadora por cuenta propia; anulación de la constatación de persona trabajado-

ra por cuenta ajena

Decisión:

La Comisión de Trabajo (FWC, por sus siglas en inglés) en pleno, que resolvió el resolvió la apelación de Deliveroo, consideró que el comisionado en primera instancia (ver el resumen y el análisis más abajo) había abordado de una manera "ortodoxa" las cuestiones de si Diego Franco había sido despedido injustamente y las reparaciones correspondientes. Sin embargo, la FWC en pleno se vio obligada por las sentencias del Tribunal Superior en los asuntos ZG Operations v Jamsek y Construction and Forestry, Maritime, Mining and Energy Union v Personnel Contracting Pty. Ltd² a analizar la cuestión jurisdiccional —si Franco era un trabajador por cuenta ajena— remitiéndose únicamente a los términos del acuerdo escrito celebrado entre él y Deliveroo.

En ese análisis, la FWC en pleno consideró que había cuatro aspectos del acuerdo escrito que pesaban decisivamente a favor de la conclusión de que Franco mantenía una relación contractual independiente con Deliveroo. En primer lugar, los términos del acuerdo transmitían "una falta de control por parte de Deliveroo sobre la forma de ejecución de cualquier trabajo que el Sr. Franco aceptara realizar" (por ejemplo, él determinaría la ruta tomada para garantizar la entrega segura y eficiente de un pedido de comida y el tipo de vehículo que utilizaría). En segundo lugar, Franco estaba obligado a proporcionar el vehículo para realizar las entregas, corriendo él con los gastos. En tercer lugar, el acuerdo no exigía el servicio personal de Franco —este podía disponer que otra persona realizara los servicios de entrega, sin la aprobación de Deliveroo—. En cuarto lugar, además del pago por resultados en lugar de por tiempo trabajado, Franco estaba obligado a pagar una tasa administrativa del 4% a Deliveroo.

A continuación, la FWC en pleno esbozó ciertas "realidades que nos vemos obligados a ignorar" respecto a la forma en que funcionaba en la práctica la relación laboral entre Franco y Deliveroo. Entre ellas: el sistema de reservas que la plataforma utilizaba para asignar el trabajo a las personas repartidoras "proporcionaba a Deliveroo un grado significativo de control operativo sobre sus personas dedicadas al reparto, incluido el Sr. Franco"; las dos motocicletas utilizadas por Franco para su trabajo también se utilizaban personalmente y no suponían un desembolso de capital sustancial por su parte; "nunca fue comercialmente práctico delegar el trabajo y el Sr. Franco nunca lo hizo"; y, por último,

Deliveroo redactó unilateralmente varias versiones del contrato sin negociación ni consulta alguna, y podría deducirse que lo hizo con la intención de mantener la posición de Deliveroo de que las personas dedicadas al reparto eran trabajadoras por cuenta propia y no por cuenta ajena.

La FWC en pleno concluyó lo siguiente:

Si se nos hubiera permitido tener en cuenta las cuestiones anteriores, como hizo el comisionado, habríamos llegado a una conclusión diferente en este recurso. En realidad, Deliveroo ejercía un cierto grado de control sobre la realización del trabajo por parte del Sr. Franco, el Sr. Franco se presentaba al mundo con el estímulo de Deliveroo como parte del negocio de Deliveroo, su puesta

² [2022] HCA 1 y [2022] HCA 2, ambas dictadas el 9 de febrero de 2022.

a disposición de los medios de entrega no implicaba un desembolso sustancial de capital y la relación era de servicio personal. Estas cuestiones, en su conjunto, inclinarían la balanza a favor de la conclusión de que el Sr.Franco era trabajador por cuenta ajena de Deliveroo. Sin embargo, como consecuencia de la Contratación de Personal, debemos cerrar los ojos ante estos asuntos.

Por lo tanto, el Pleno decidió que el comisionado se había equivocado (en sentido formal) al considerar que Franco había sido trabajador por cuenta ajena de Deliveroo. Por lo tanto, Franco no estaba protegido contra el despido improcedente en virtud de la Ley de Trabajo Justo (Fair Work Act) y la FWC no tenía competencia para tratar su reclamación por despido improcedente ni conceder ninguna reparación: "lamentablemente, esto deja al Sr. Franco sin ningún recurso que pueda obtener de la FWC por lo que fue, claramente en nuestra opinión, un trato injusto por parte de Deliveroo".

Noticias:

David Marin-Guzman, *Deliveroo Overturns Ruling Rider an Employee*, Financial Review, 17 de agosto de 2022.

Nawaz v. Rasier Pacific Pty Ltd T/A Uber B.V.

Fecha: 17 de junio de 2022

Tribunal: Comisión de Trabajo (FWC) Asunto: despido improcedente

Conclusión: contratista independiente (no por cuenta ajena)

Decisión:

Asim Nawaz presentó una demanda contra Rasier Pacific Property, Ltd. por despido improcedente, que, según alegaba, se había efectuado mediante la rescisión del contrato de servicios en virtud del cual realizaba servicios de transporte compartido para Uber. Se le había retirado el acceso a la plataforma Uber, al parecer en respuesta a una queja de una persona usuaria. Aplicando el criterio de determinación de la clasificación laboral establecido por el Tribunal Superior en los asuntos ZG Operations v. Jamsek y Construction, Forestry, Maritime, Mining and Energy Union v. Personnel Contracting Pty Ltd³ (ver más arriba), la Comisión de Trabajo (FWC, por sus siglas en inglés) determinó que Nawaz no era un trabajador por cuenta ajena y, por lo tanto, no podía presentar una demanda por despido improcedente.

La FWC consideró que, dado que la relación entre las partes estaba regulada por un acuerdo escrito y exhaustivo, que no era una farsa, la caracterización de la relación debía determinarse por referencia a los derechos y obligaciones establecidos en dicho acuerdo. El acuerdo escrito presentaba algunos aspectos de un derecho de control por parte de Uber, incluidas las diversas obligaciones que imponía a Nawaz junto con las Directrices de Uber y su sistema de clasificación.

La FWC llegó a la conclusión de que:

Existen aspectos de control asociados a la forma en que se fijan y varían los honorarios y, de forma

³ Id.

más general, operan las variaciones del Contrato de Servicios. Sin embargo, aunque estos aspectos pueden funcionar de forma poco justa y son un reflejo del desequilibrio en el poder de negociación de las partes, a la luz de las sentencias en Personnel Contracting y Jamsek [...], no son indicadores relevantes de la naturaleza de la relación. La ausencia de un procedimiento de resolución de conflictos más viable también entra en esa categoría.

Además, Nawaz podía aceptar trabajos a través de otras aplicaciones de transporte compartido y reparto, incluso cuando estaba conectado y realizaba trabajos para Uber. La FWC también consideró que:

En virtud de los términos del Contrato de Servicios, el papel del Sr. Nawaz no estaba tan subordinado a la actividad de Uber, en el sentido contemplado en Jamsek y Personnel Contracting, que pueda considerarse que se ha desempeñado como trabajador por cuenta ajena de la empresa.

La FWC concluyó finalmente lo siguiente:

Hay algunos elementos de la relación entre el Sr. Nawaz y Uber que podrían operar de forma desleal. Estos incluyen el enfoque evidente en el Acuerdo de Servicios para el establecimiento y la variación de las tarifas y de otros cambios que se puedan hacer. Estos surgen en su mayor parte del desequilibrio en el poder de negociación de las partes. El papel de la Comisión en el presente contexto no es compensar estos factores ni ajustar los derechos y obligaciones legales para ofrecer un resultado más justo. [...] [E]n muchas situaciones dentro de los lugares de trabajo australianos y en nuestra sociedad, estos elementos han dado lugar a cierta reglamentación para establecer normas mínimas y derechos y obligaciones relacionados con la resolución de conflictos. Cualquier respuesta política amplia sigue siendo competencia de los Parlamentos de Australia.

Noticias:

David Marin-Guzman, *Uber Uses High Court precedent to Dash Employment Claims in Key Win*, FINANCIAL REVIEW, 20 de junio de 2022.

Franco v. Deliveroo Australia Pty Ltd.

Fecha: 19 de mayo de 2021

Tribunal: Fair Work Commission (FWC)

Asunto: despido improcedente

Conclusión: trabajador por cuenta ajena

Decisión:

Diego Franco, repartidor de comida a domicilio de Deliveroo, fue despedido por la plataforma (por correo electrónico) por no haber entregado los pedidos a tiempo, según lo estipulado en su "acuerdo de proveedor". La Comisión de Trabajo (FWC, por sus siglas en inglés) falló en contra de la objeción jurisdiccional de Deliveroo de que Franco no era un trabajador por cuenta ajena y, por tanto, no podía presentar una

demanda por despido improcedente en virtud de la Ley de Trabajo Justo de 2009.4

La FWC determinó que Franco no ejercía una actividad comercial o empresarial propia. Más bien, trabajaba en y como parte del negocio de Deliveroo. Aunque parecía que tenía cierta libertad sobre cuándo y dónde trabajar, en la práctica los sistemas tecnológicos de Deliveroo le obligaban a estar disponible y realizar el trabajo en momentos concretos y a no cancelar las entregas reservadas.

La FWC señaló que:

Lo que podría haber parecido, superficialmente, una ausencia de control sobre cuándo, dónde o cuánto tiempo el Sr. Franco realizó trabajos para Deliveroo, en realidad camuflaba la importante capacidad de control que Deliveroo (al igual que otras empresas de plataformas digitales) posee. La capacidad de este control está inherentemente disponible en cualquier uso del importante volumen de datos que proporcionan las métricas sobre las que se puede ejercer el control de la participación y el rendimiento del trabajo.

El acuerdo con el proveedor y otros documentos relevantes indicaban la existencia de una relación principal-persona trabajadora por cuenta propia. Sin embargo, en opinión de la FWC, se trataba de términos y condiciones impuestos a Franco sin ninguna capacidad de negociación: "la realidad práctica de las circunstancias fue que Deliveroo presentó los acuerdos contractuales al Sr. Franco y a otras personas conductoras como un hecho consumado".

A la FWC no le preocupó el hecho de que Franco también hubiera realizado trabajos de reparto de comida para Uber Eats y Door Dash mientras trabajaba para Deliveroo. Este tipo de "pluriempleo" ha sido un factor que ha impedido a las personas trabajadoras gig de muchos países obtener derechos laborales. Sobre este punto, el FWC consideró que,

Las nociones tradicionales relativas a la exclusividad necesaria para el establecimiento de una relación laboral requieren una reconsideración [...]. [E]l hecho de que el Sr. Franco pudiera trabajar, y trabajara, para competidores de Deliveroo debe evaluarse en el contexto de un lugar de trabajo moderno y cambiante afectado por nuestro nuevo mundo digital.

Una vez determinado que (como empleado) Franco podía reclamar por despido improcedente, la FWC tuvo que considerar si su despido por parte de Deliveroo fue severo, injusto o irrazonable. El tribunal consideró que Deliveroo no había identificado claramente los estándares de tiempo de entrega requeridos que habían formado la base de su decisión de rescindir los servicios de Franco. Por lo tanto, no había ninguna razón válida para el despido en relación con su rendimiento o conducta. Además, al efectuar el despido por correo electrónico, Deliveroo había actuado de una manera "superficial e insensible" que no dio a Franco la oportunidad de responder:

El acceso que tienen las empresas de plataformas digitales a grandes cantidades de datos, que

⁴ Este resultado contrasta con el de *Gupta v. Portier Pacific Pty Ltd; Uber Australia Pty Ltd T/A Uber Eats* (2020) 296 IR 246, donde la FWC en pleno consideró que una conductora de Uber Eats era una trabajadora por cuenta propia (aunque reconocieron que no tenía los medios prácticos para desarrollar su propio negocio independiente de reparto). El Sindicato de Trabajadores del Transporte apoyó a Amita Gupta en un recurso contra esa decisión ante el pleno del Tribunal Federal de Australia. El caso se resolvió a finales de 2020, tras una audiencia en la que los jueces cuestionaron si los contratos impuestos por Uber Eats reflejaban la realidad de los acuerdos laborales de las personas conductoras que trabajan con ellos. El acuerdo implicaba un pago sustancial a Gupta, que más tarde se reveló que había sido por un importe de 400.000 dólares australianos (muchas veces superior a la indemnización máxima que podría haber recibido por despido improcedente). Ver David Marin-Guzman, <u>Uber Paid "Incredible" Amount to Avoid Landmark Judgment</u>, FINANCIAL REVIEW, 10 de junio de 2021.

proporcionan la capacidad para un examen detallado de las métricas de rendimiento, no debe traducirse en una licencia para tratar a las personas, ya sean personas trabajadoras por cuenta propia o ajena, sin un nivel de compasión humana fundamental.

El tribunal ordenó a Deliveroo a indemnizar a Franco por los salarios dejados de percibir y a reincorporarlo a su antiguo puesto. La readmisión no suele concederse en las demandas australianas por despido improcedente. En este caso, la FWC rebatió el argumento de Deliveroo de que la participación de Franco (tras el despido) en una campaña pública del Sindicato de Trabajadores del Transporte a favor de los derechos de las personas trabajadoras gig había dañado irremediablemente la relación entre las partes. Por lo tanto, la readmisión era "una rectificación adecuada y justa" de la injusta situación de Franco.

Noticias:

Lydia Feng, *Deliveroo Driver's Dismissal 'Harsh, Unjust and Unreasonable', Fair Work Commission Rules*, ABC News, 18 de mayo de 2021.

Consecuencias de la decisión:

Deliveroo interpuso rápidamente un recurso contra la decisión. En agosto de 2021, la FWC en pleno (tras conocer el recurso) decidió suspender el procedimiento. Esto siguió a una decisión del Tribunal Superior de Australia sobre un caso relativo a los derechos de las personas trabajadoras por cuenta ajena ocasionales en virtud de la legislación laboral australiana⁵ —y otros dos casos pendientes ante el Tribunal Supremo que examinan las pruebas jurídicas para distinguir entre persona trabajadora por cuenta propia o ajena (aunque no en el contexto del trabajo gig)—. El pleno de la FWC consideró que la resolución final del recurso en Deliveroo v. Franco debía esperar a la orientación autorizada del Tribunal Superior sobre los principios que deben aplicarse en la distinción entre persona trabajadora por cuenta propia o ajena. Por lo tanto, la orden de reincorporación de la FWC se suspendió durante este periodo provisional y se ordenó a Deliveroo pagar 300 dólares australianos por semana a Franco hasta la resolución del recurso.⁶

En febrero de 2022 el Tribunal Superior dictó sentencia en los otros dos asuntos pertinentes: ZG Operations v. Jamsek y Construction, Forestry, Maritime, Mining and Energy Union v. Personnel Contracting Pty Ltd. En esencia, el Tribunal elucidó un enfoque para determinar la clasificación laboral que se centra predominantemente en la relación entre las partes, por referencia al derecho y los deberes establecidos en cualquier acuerdo escrito, que regula exhaustivamente esa relación. El Tribunal rechazó los enfoques anteriores que tenían en cuenta el fondo y la realidad de la relación laboral tal como ha evolucionado o cualquier desigualdad de poder de negociación que pudiera existir entre las partes. La prueba multifactorial aplicada tradicionalmente para distinguir entre persona trabajadora por cuenta propia o ajena seguiría siendo pertinente, pero, en opinión del Tribunal Superior, a través del prisma de las cláusulas contractuales escritas.

Las partes en el caso Deliveroo v. Franco fueron invitadas por el pleno de la FWC a presentar nuevos alegatos sobre las implicaciones del cambio de enfoque del Tribunal Superior a la hora de decidir sobre la clasificación laboral. Como era de esperar, Deliveroo argumentó que el Tribunal Superior había invalidado el tipo de análi-

⁵ Workpac Pty Ltd v. Rossato and Others (2021) 95 ALJR 681.

⁶ Deliveroo Australia Pty Ltd v. Franco [2021] FWCFB 5015 (13 de agosto de 2021), https://www.fwc.gov.au/documents/decisions-signed/html/2021fwcfb5015.htm. Ver también la anterior declaración de la Sala de la FWC en el recurso Deliveroo v. Franco: [2021] FWCFB 4840 (6 de agosto de 2021), https://www.austlii.edu.au/cgi-bin/viewdoc/au/cases/cth/FWCFB//2021/4840.htm.

⁷ [2022] HCA 1 y [2022] HCA 2, ambas dictadas el 9 de febrero de 2022.

⁸ Este enfoque se basa en el razonamiento desarrollado por el Tribunal Superior (en el contexto del empleo ocasional) en Workpac v. Rossato, (2021) 95 ALJR 681.

sis de la relación laboral de las partes adoptado por la FWC en primera instancia, que llevó a su conclusión de que Franco era un trabajador por cuenta ajena. En su lugar, según la plataforma, cuando el foco se centra en los derechos y obligaciones de las partes en virtud de los términos del acuerdo de servicios, debe llegarse a la conclusión de que equivalía a una relación de contratación.⁹

La decisión de apelación del FWC en pleno se resume más arriba.

Los nuevos precedentes del Tribunal Supremo sobre interpretación de contratos ¹⁰ reducen significativamente las perspectivas de que otras personas trabajadoras gig puedan impugnar con éxito su contratación putativa por plataformas como persona trabajadora por cuenta propia. Sin embargo, la elección de un gobierno federal laborista el 21 de mayo de 2022 ofrece la posibilidad de una reforma legislativa largamente esperada. La política del gobierno laborista afirma que ampliará los poderes de la FWC para establecer normas mínimas para quienes desempeñan formas de trabajo similares a las de las personas trabajadoras por cuenta ajena, incluidas las personas trabajadoras gig.¹¹ Algunos sindicatos y académicos también presionarán al nuevo gobierno para que amplíe la definición legal de "persona trabajadora por cuenta ajena" en la Ley de Trabajo Justo, para incluir a las personas trabajadoras gig en el marco de la legislación de salarios mínimos, condiciones de empleo, protección contra el despido improcedente y negociación colectiva.

⁹ David Marin-Guzman, Deliveroo *Wields High Court ruling to Argue Riders are Not Employees*, Financial Review (11 de marzo de 2022).). https://www.afr.com/work-and-careers/workplace/deliveroo-wields-high-court-ruling-to-argue-riders-are-not-employees-20220311-p5a3ri.

¹⁰ Ver, por ejemplo, "Big win" for Deliveroo ahead of reactivated case, WORKPLACE EXPRESS (9 de febrero de 2022).

 $^{^{11}}$ Ontario Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, § 5 (Can.).

Canadá

Heller v. Uber Technologies Inc, et. al

Fecha: 12 de agosto de 2021

Tribunal: Ontario Superior Court of Justice

Asunto: certificación de clase para acción de clase

Conclusión: clase certificada

Decisión:

Las personas demandantes interpusieron una demanda colectiva contra Uber en Ontario. La interposición de esta demanda es el primer paso en un litigio de acción colectiva, que requiere que el tribunal evalúe y "certifique" la clase para que pueda continuar. El litigio se centra en la clasificación de las personas conductoras de Uber, que según la legislación de Ontario puede ser una de las siguientes: (1) empleador-persona empleada, (2) contratista-contratista independiente y (3) contratista-contratista dependiente, que es una clasificación intermedia. El tribunal no se pronuncia sobre el fondo del asunto, sino que se centra únicamente en determinar si puede certificarse la clase. Para determinar si la clase puede ser certificada, "debe haber una causa de acción compartida por una clase identificable de la que surgen cuestiones comunes que pueden resolverse de una manera justa, eficiente y manejable que hará avanzar el procedimiento y logrará el acceso a la justicia, la economía judicial y la modificación del comportamiento de los agentes infractores". 12

Estos factores exigen que las personas demandantes demuestren algún "fundamento de hecho" para que se certifique la demanda colectiva. El Tribunal examinó las pruebas y determinó que esta clase puede ser certificada por incumplimiento de la Ley de Normas de Empleo (Employment Standards Act)¹³ e incumplimiento de contrato, pero no por las otras dos causas de acción que se alegaron (es decir, enriquecimiento injusto y negligencia). Dada la cuestión de hecho y de derecho relativa a la clasificación laboral de estas personas conductoras, el Tribunal consideró que las personas demandantes habían alegado "clara y manifiestamente" una causa de acción. En cuanto al enriquecimiento injusto, el Tribunal consideró que una demanda por incumplimiento de contrato excluye una demanda por enriquecimiento injusto, ya que el enriquecimiento injusto es un recurso en circunstancias excepcionales, cuando no existen otros recursos. Además, el Tribunal no consideró que las personas demandantes cumplieran los requisitos establecidos en el caso Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co.¹⁴ para demostrar un perjuicio puramente económico por negligencia.

El Tribunal determinó que existía una clase identificable, para lo cual evaluó si la demanda "(a) [...] identifica a las personas que tienen una reclamación potencial contra el demandado; (b) [...] define los parámetros del pleito para identificar a las personas vinculadas por el resultado de la acción y (d) [...] describe quién tiene derecho a ser notificado".

El Tribunal estaba dispuesto a certificar la clase con una definición ligeramente modificada para tener en cuenta la complejidad de la relación laboral en cuestión. Para determinar la existencia de una cuestión común dentro de un grupo, el tribunal examina si la resolución evitaría la duplicación y facilitaría la economía judicial y el acceso a la justicia. En este caso, hay muchas personas conductoras que pueden señalar el mismo conjunto de hechos o un conjunto sustancialmente similar de hechos, por lo cual permitir que las demandas colectivas procedan promovería las preocupaciones de eficiencia del Tribunal. Todas las personas conductoras utilizaron la aplicación Uber y han tenido que aceptar los mismos términos y condiciones. Por tanto, existen cuestiones comunes. Por último, el Tribunal consideró que las personas demandantes apoderados representarían adecuadamente los intereses de toda la clase sin conflicto de intereses, y que existe una preferencia por esta forma de litigio. Por estas razones, el Tribunal certificó a esta clase de personas conductoras de Uber para proceder con el litigio.

¹² Ontario Class Proceedings Act, 1992, S.O. 1992, § 5 (Can.).

¹³ Ontario Employment Standards Act, 2000 S.O. (Can.).

¹⁴ Canadian National Railway Co. v. Norsk Pacific Steamship Co., 1992 CanLII 105 (SCC), [1992] 1 SCR 1021.

Canadá

Cabe señalar que hubo un debate sobre la cláusula de arbitraje y la renuncia de las personas demandantes en este caso. El Tribunal se refirió a una decisión del Tribunal Supremo de Canadá que consideró que las cláusulas de arbitraje en los contratos de servicios no eran ejecutables en virtud de la doctrina contractual de la inconstitucionalidad. Uber actualizó su contrato de servicios a la luz de esa decisión, pero el Tribunal expresó sus dudas a propósito de que esos cambios superaran un examen posterior. Sin embargo, el Tribunal no se pronunció sobre esta cuestión debido a la situación procesal del caso.

Noticias:

- Laura Fric et al., *The Ride Isn't Over: Uber v Heller Certified as a Class Action*, Osler, 31 de agosto de 2021.
- Tara Descha, <u>Ontario Court Certifies Class Action Against Uber that Could See Some Workers Recognized as Employees</u>, CBC, 13 de agosto de 2021.

Comentario:

Luis Felix Leon, <u>How Gig Workers in Canada are Fighting for Employee Rights</u>, REAL NEWS NETWORK, 8 de marzo de 2022.

Chile

Eduardo José Estrada, et al. v. Pedidos Ya Chile Spa (decisión en español)

Año: 17 de mayo de 2021

Tribunal: Primer Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago (RIT: T-980-2020)

Asunto: despido por actividades sindicales.

Conclusión: trabajador independiente (no empleado)

Decisión:

Durante el tiempo que las personas demandantes trabajaron en Pedidos Ya (Chile), la empresa modificó su estructura de remuneración para las personas dedicadas al reparto, eliminando el ingreso garantizado y los incentivos asociados al número de pedidos entregados. Esta situación provocó que las personas trabajadoras se organizaran a través de la plataforma de mensajería Whatsapp, con lo cual crearon una especie de organización colectiva de facto que exigía cambios en las remuneraciones. Las condiciones de remuneración siguieron cambiando, lo que llevó a las personas trabajadoras a movilizarse y expresar su descontento con las políticas de la empresa. Estas personas trabajadoras acudieron a la oficina de la empresa para exigir un cambio en la estructura salarial. La empresa no accedió a estas demandas, por el contrario, despidió a 35 de las personas dedicadas al reparto. Las personas trabajadoras también protagonizaron protestas y huelgas contra Pedidos Ya. Las personas demandantes alegaron que Pedidos Ya realizaba despidos antisindicales y vulneraba su derecho fundamental a no sufrir discriminación ilegal.

Las personas trabajadoras interpusieron una demanda para solicitar el reconocimiento de su relación laboral, que se readmitiera a quienes habían sido despedidas por sus actividades sindicales y que se les abonara una indemnización íntegra por sus servicios. Las personas demandantes alegaron que el servicio de reparto se realizaba bajo el control y las instrucciones de la empresa: vestían uniformes de la empresa, el servicio se prestaba en horarios y zonas determinados unilateralmente por la empresa y las personas dedicadas al reparto prestaban sus servicios bajo la organización y dirección de la empresa.

Pedidos Ya declaró la inexistencia de relación laboral por falta de prueba de que los servicios se prestaran en condiciones de subordinación y dependencia. La empresa argumentó que la relación era la de una persona trabajadora independiente y una empresa, y que las personas trabajadoras recibían honorarios profesionales por sus servicios. Además, alegó que la ausencia de relación laboral excluye la existencia de un sindicato, ya que, por definición, los sindicatos solo pueden ser creados por personas trabajadoras dependientes (empleadas), no por independientes.

El Tribunal concluyó que las personas demandantes no habían probado la existencia de una relación laboral y, en consecuencia, desestimó el resto de las demandas porque todas ellas se basaban en la existencia de una relación laboral entre las personas dedicadas al reparto y Pedidos Ya.

Colombia

Alvaro Hernán Quina v. Rappi Sas (decisión en español)

Fecha: 6 de septiembre de 2021

Tribunal: Juzgado Veintiuno Civil Municipal de Pequeñas Causas y Competencias Múltiples de Bogotá

(Tutela, Radicación n.°11001-41-89-021-2021-00878-00)

Asunto: acceso al debido proceso y derecho al salario mínimo

Conclusión: trabajador por cuenta ajena

Decisión:

El demandante trabajaba como repartidor para la aplicación Rappi. El 17 de marzo de 2020 la cuenta del demandante fue desactivada permanentemente por supuesto incumplimiento de los términos y condiciones de la comunidad "Soy Rappi". Rappi no especificó la naturaleza del incumplimiento.

El Tribunal debía determinar si la decisión unilateral de Rappi violaba el derecho al debido proceso. Para ello, el Tribunal examinó el contrato (es decir, los "términos y condiciones") entre el demandante y el demandado. Según el contrato, Rappi afirmaba que la aplicación era un intermediario entre las personas dedicadas al reparto de Rappi y las y los consumidores. Además, según el contrato, Rappi tenía la facultad unilateral de reducir o bloquear el acceso de las personas dedicadas al reparto a su plataforma y también de rescindir el contrato. El Tribunal determinó que la facultad unilateral de Rappi de rescindir el contrato no daba al repartidor la oportunidad de aportar una defensa real y material de por qué no se le debía bloquear el acceso a la plataforma. Además, el demandante declaró que su trabajo con Rappi era su única fuente de ingresos y que él y su familia dependían de estos ingresos. Por lo tanto, el Tribunal consideró apropiado intervenir en la medida en que los ingresos mínimos y vitales del demandante y el debido proceso se veían comprometidos por la decisión unilateral de Rappi.

El Tribunal concedió la medida cautelar porque también consideró que existía una relación laboral entre las partes. Así, los derechos y obligaciones derivados de esa relación deben ser decididos por un juez laboral en el marco del proceso ordinario laboral, en el cual se hace la interpretación del contrato. Sin embargo, dado que el tiempo de respuesta de dicha jurisdicción especial puede ser considerable, la corte determinó que esta tutela¹⁵ debe proceder como mecanismo de protección para evitar un perjuicio irremediable a un derecho fundamental.

NOTA: Carlos Andrés Pérez Ruiz v. Internet Services Latam S.A.S., emitido en 2020, fue uno de los primeros casos sobre el estatus laboral de las personas repartidoras que se decidieron en Colombia. En él, el Juzgado Sexto Laboral de Pequeñas Causas de Bogotá declaró la existencia de una relación laboral entre el demandante (comprador y repartidor de comestibles) y la demandada (aplicación de reparto de comestibles) en virtud del principio de primacía de la realidad. En opinión del tribunal, la prestación del servicio constituía un contrato de trabajo indefinido, por lo que la empresa estaba obligada a pagar una indemnización por despido, una prima de servicios, vacaciones y cotizaciones a la seguridad social.

Comentario:

Natalia Ramírez-Bustamante, ¿Mandatarios o trabajadores? Análisis jurídico de la vinculación entre Rappi y los rappitenderos, Амвіто Juridico, 25 de octubre de 2021.

¹⁵ La tutela es un mecanismo mediante el cual cualquier persona puede "reclamar ante los jueces, en todo momento y lugar, mediante un procedimiento preferente y sumario, por sí misma o por quien actúe a su nombre, la protección inmediata de sus derechos constitucionales fundamentales, cuando quiera que éstos resulten vulnerados o amenazados por la acción o la omisión de cualquier autoridad pública". Constitución Política de Colombia [C.P.] art. 86.

Georgia

Shakro Metreveli v. Wolt Georgia LLC (Case No. 2B/1082) (decisión en georgiano)

Fecha: 8 de julio de 2022

Tribunal: Tribunal de Apelación de Tiflis

Asunto: despido improcedente; retiro de la plataforma

Conclusión: persona trabajadora por cuenta propia (no por cuenta ajena)

Esta sentencia es una apelación de la sentencia del tribunal inferior que se comenta a continuación. El Tribunal de Apelación confirmó la sentencia del tribunal inferior al considerar que, dado que el repartidor podía determinar su propio horario de trabajo y rechazar pedidos, y que el contrato escrito era de servicios y no laboral, las partes no mantenían una relación laboral. El Tribunal de Apelación consideró que Wolt es un intermediario que ha creado una plataforma para poner en contacto a personas repartidoras, clientela y restaurantes y que no tiene un control efectivo sobre las personas dedicadas a repartir. También señaló que el pago recibido por quien reparte se consideraba una "comisión de servicio" y no una remuneración como se exige en una relación laboral. Además, el Tribunal reiteró la observación del tribunal de primera instancia sobre el contrato en cuestión, señalando que se había establecido como un acuerdo de servicios sin los términos habituales de un contrato de trabajo, como el tiempo de trabajo, las horas extraordinarias, las vacaciones, las bajas por enfermedad, todo lo cual sugiere la ausencia de una relación laboral. El Tribunal de Apelación estimó que la relación de persona trabajadora por cuenta propia entre Wolt y sus personas repartidoras no era ficticia, ya que una persona repartidora no estaba obligada a trabajar determinados días u horas, sino que podía determinar su propio horario y su propia ruta para la entrega, así como utilizar su propio transporte para las entregas; además, tenía un acuerdo de servicio por escrito. No existía un control efectivo por parte de Wolt, por lo que se consideró que el repartidor era un persona trabajadora por cuenta propia.

Esta sentencia ha sido apelada ante el Tribunal Supremo de Georgia.

Shakro Metreveli v. Wolt Georgia, LLC (Case No. 2/27777-20) (decisión en georgiano)

Fecha: 9 de diciembre de 2021 Tribunal: Tribunal de la ciudad de Tiflis

Asunto: despido improcedente; eliminación de la plataforma

Conclusión: persona trabajadora por cuenta propia (no por cuenta ajena)

El demandante Shakro Metreveli tenía un contrato de servicios firmado con la plataforma de reparto Wolt-Georgia. Finalmente fue desactivado de la aplicación Wolt porque se negaba a entregar pedidos y tenía desacuerdos con otras personas conductoras. El demandante alegó que, para ganar al menos una cantidad mínima de dinero para cubrir los gastos de manutención, se vio obligado a trabajar más de lo permitido por la ley y podría haber sido objeto de responsabilidad administrativa por rechazar pedidos. Además, alegó que la obligación de llevar la ropa de marca de la empresa y los requisitos de higiene establecían una relación laboral entre las partes.

La empresa alegó que el demandante tenía control sobre su tiempo de trabajo y que no supervisaban su trabajo. En cambio, la empresa afirmó que sí controlaba la entrega puntual y eficaz de los productos a su clientela y que, además, podía exigirle responsabilidades administrativas si su trabajo se consideraba inefi-

Georgia

caz o recibía valoraciones negativas por parte de la clientela. El demandante realizaba el trabajo de forma rutinaria, con la perspectiva de una relación a largo plazo y recibía un pago de la empresa que se transfería mensualmente a su cuenta bancaria.

El Tribunal de la ciudad de Tiflis se negó a reconocer la existencia de una relación laboral entre el demandante y la empresa, basándose en el siguiente razonamiento:

- Principio de subordinación El tribunal consideró que no había tareas concretas asignadas al repartidor/transportista. La cantidad de trabajo dependía de los pedidos de la clientela. El repartidor decide si acepta o rechaza el pedido, pero una vez aceptado, es responsable de su entrega eficaz y puntual. El tribunal consideró que el repartidor podía controlar y gestionar su tiempo de trabajo, decidir si aceptaba o no los pedidos y no estaba obligado a trabajar en un horario regular ni a negociar su tiempo de trabajo con la empresa. Según el tribunal, esta autonomía no establecía una relación empleador-persona trabajadora por cuenta ajena con arreglo a la ley de relaciones laborales, según la cual las personas trabajadoras por cuenta ajena están obligadas a seguir las instrucciones del empleador de forma eficiente y puntual y permanecen bajo el control del empleador, aunque no haya ninguna tarea que cumplir.
- Naturaleza vertical de la relación laboral, el empleador como parte fuerte en la relación laboral Una persona trabajadora por cuenta ajena con contrato laboral está "contratada" por el empleador y permanece bajo su subordinación, mientras que las personas trabajadoras por cuenta propia con contrato de servicios son independientes de la empresa y no están bajo su dominio. Las personas trabajadoras por cuenta propia realizan el trabajo individualmente y por su cuenta y riesgo, ya que el contrato de servicios se basa en el principio de autonomía. Así pues, este tipo de relación se considera horizontal.

Según la sentencia, con arreglo al Código Laboral, el trabajo lo realizan las personas trabajadoras por cuenta ajena, a quienes se proporciona equipo técnico y otras herramientas. En virtud de un contrato de trabajo, el empleador contrata a las personas trabajadoras por cuenta ajena como mano de obra, y el inventario y el equipo de trabajo son suministrados por el empleador. En este caso, según el contrato de servicios, una persona que hace el trabajo de reparto debe disponer de su propio equipo de trabajo, salvo una bolsa térmica que proporciona la empresa. Quien hace este trabajo debe disponer de su propio vehículo, motocicleta o bicicleta de reparto para el servicio. Los gastos de transporte corren a cargo de la persona que reparte. Por lo general, la empresa no asume ningún costo, a menos que se produzca un reembolso del servicio de entrega. Las únicas obligaciones reales impuestas por el acuerdo de servicio son que, mientras entrega el pedido, la persona repartidora debe llevar la camiseta, gorra o chaqueta de marca proporcionada por la empresa.

El Tribunal consideró que no existía una relación laboral entre el repartidor y la plataforma. Según el Tribunal, basándose en los documentos presentados, la persona dedicada al reparto tiene derecho a transferir sus funciones a un tercero, lo que contradice el requisito del Código Laboral de que una persona trabajadora por cuenta ajena desempeñe sus funciones y obligaciones personalmente y prohíbe transformar las actividades laborales en otras. Además, el juez consideró que en la estructura organizativa interna de Wolt-Georgia no existía el puesto de "persona repartidora". Por último, el tribunal se refirió al contrato de servicios firmado entre Wolt Georgia y el repartidor. Consideró que no había términos esenciales de un contrato negociado entre las partes y concluyó que existía un contrato de servicios, no un contrato laboral, porque este último requiere una negociación sobre los términos esenciales del contrato.

El Tribunal consideró que, dado que los alimentos encargados por la persona destinataria deben llegar a su destino en buen estado, las condiciones impuestas a quien reparte para garantizar la higiene son necesarias para evitar enfermedades y no fueron consideradas por el Tribunal como una subordinación.

Basándose en la justificación anterior, el Tribunal de la ciudad de Tiflis no consideró que existiera una relación laboral entre el demandante y Wolt Georgia.

Alemania

Case No. 5 AZR 334/21

Fecha: 11 de noviembre de 2021

Tribunal: Tribunal Federal de Trabajo de Alemania
Asunto: suministro de equipos de trabajo esenciales

Conclusión: el empleador debe proporcionar el equipo de trabajo

El caso Roamler sienta un precedente importante para las personas trabajadoras en masa en la economía de las plataformas digitales. Esto es de vital importancia porque la economía de plataformas se está expandiendo rápidamente y un número cada vez mayor de personas se ven obligadas a recurrir a ella para ganarse la vida.

Decisión:

El Tribunal Federal de Trabajo dictaminó que las personas dedicadas al reparto en bicicleta que entregan comida y reciben sus pedidos a través de una aplicación de smartphone tienen derecho a que su empleador les proporcione el equipo de trabajo esencial para realizar su trabajo. En este caso, el equipo de trabajo esencial incluye una bicicleta apta para circular y un smartphone con conexión a internet. El Tribunal reconoce que puede haber desviaciones acordadas contractualmente, solo si se promete a la persona trabajadora por cuenta ajena una compensación económica adecuada por el uso de su propio equipo (es decir, su bicicleta y su teléfono móvil). Cuando la persona dedicada al reparto ya dispone de una bicicleta y un teléfono que podría utilizar, no basta con que la empresa le reembolse los posibles daños, sobre todo cuando la empresa dicta dónde pueden repararse esos daños. El Tribunal consideró que perjudicaba a la persona repartidora tener que utilizar su propia bicicleta y dispositivo móvil y que el empleador está obligado a proporcionarle ese equipo esencial y a garantizar que esté en buen estado de funcionamiento.

News:

Tom Bateman, *Delivery Apps in Germany Must Give Couriers Bikes and Phones or Pay Up, Court Rules*, EuroNews.Next, 15 de noviembre de 2021.

Israel

Khazanovitch v. Wolt Enterprises Israel Ltd. (Wolt) (Decision in Hebrew)

Fecha: 3 de agosto de 2022

Tribunal: Tribunal Regional Laboral de Tel Aviv

Asunto: derecho a protección social

Conclusión: certificación de acción colectiva; persona trabajadora por cuenta ajena

El Tribunal Regional de Trabajo de Tel Aviv aprobó una moción para presentar una demanda colectiva contra Wolt-Israel, una empresa de servicios de entrega de comida a domicilio basada en una aplicación, para exigir a la empresa que contribuya a los ahorros para la jubilación, los gastos de viaje y las vacaciones pagadas de sus personas repartidoras y que reconozca su derecho a baja por enfermedad pagada e indemnización por despido. Wolt es una empresa de plataformas digitales que permite a los restaurantes inscribirse para realizar entregas a la clientela en la plataforma Wolt. Cuando se recibe un pedido, Wolt hace el cargo en la tarjeta de crédito de la o el cliente, transmite el pedido al restaurante y utiliza simultáneamente su algoritmo para localizar a una persona dedicada al reparto que complete la entrega. La persona recoge la comida, confirma el pedido en la aplicación y recibe la dirección de destino y la hora de entrega solicitada a través de la aplicación de Wolt. Wolt cobra al restaurante una comisión del 25% del total del pedido y a la clientela una tarifa de entrega relacionada con la distancia. Las personas dedicadas al reparto de Wolt recibieron formación, uniformes y contenedores isotérmicos con el logotipo de Wolt. Se les informó de su condición de "persona trabajadora por cuenta propia" mediante un contrato escrito, se les paga una cantidad fija por cada entrega, más una posible compensación relacionada con la distancia, el tiempo de espera o el mal tiempo.

El Tribunal Nacional del Trabajo desarrolló criterios para determinar una relación laboral en <u>Gavriel Kota v. el</u> <u>Ministerio de Justicia</u>:

La prueba para determinar la relación persona trabajadora por cuenta ajena-empleador ha evolucionado a lo largo de los años, de forma que ha permitido cada vez más discrecionalidad en su aplicación.

Se ha aclarado [anteriormente] en la jurisprudencia que la prueba debe ser dinámica, una prueba que
varíe en función de los cambios en los diferentes modelos de empleo. [...] [Debido a los cambios, los
tribunales han] transformado la prueba determinante por una "prueba mixta", que incluye en su centro
la prueba de integración, así como otras subpruebas [...]. En casos difíciles, las pruebas establecidas en
la jurisprudencia han pasado de ser pruebas de peso absoluto a pruebas relativas, cuando al responder
a la pregunta de si existe una relación persona trabajadora por cuenta ajena-empleador, el tribunal
aprende del peso acumulativo de la totalidad de las pruebas.

Así, al aplicar la prueba de integración, el tribunal examinará:

Si existe una empresa en la que se ha integrado a la persona prestadora de servicios, si el trabajo realizado es una acción necesaria para las actividades normales de la misma empresa, si la persona que realiza el trabajo forma parte del sistema organizativo de la empresa y no es un factor externo a la misma y si el trabajo de la persona prestadora de servicios constituye el núcleo de la ocupación de la clientela.

En Kota, el Tribunal examinó específicamente las siguientes condiciones para determinar la relación laboral

El grado de supervisión del empleador sobre las horas trabajadas, el lugar de realización del trabajo, el reparto de tareas entre las personas trabajadoras por cuenta ajena, la composición de los equipos de trabajo y la jerarquía entre las distintas personas trabajadoras por cuenta ajena; la centralidad y vitalidad de las actividades de quien ejecuta el trabajo para el conjunto de las actividades del empleador; los procedimientos de contratación con la persona trabajadora por cuenta ajena; la continuidad del contacto entre las partes; el poder del empleador para asignar tareas cambiantes a quien ejecuta el trabajo;

Israel

el control del empleador sobre la forma en que se realiza el trabajo; la subordinación de quien ejecuta el trabajo al empleador; la exclusividad de quien ejecuta el trabajo y su vinculación con la empresa; la necesidad de que la persona que realiza el trabajo reciba ayuda de otras personas trabajadoras por cuenta ajena para realizar el trabajo; el lugar donde se realiza el trabajo; la forma de pago; el suministro de materiales para realizar el trabajo, etc.

En el examen realizado por el tribunal en este caso se rechazó la alegación de Wolt de que era un mero intermediario entre el restaurante y las personas que realizan el reparto. Consideró que, aunque Wolt operaba una plataforma de economía gig, mientras una persona repartidora estuviera conectada a la aplicación, Wolt tenía el control y la autoridad de supervisión sobre esta persona. La actividad principal de Wolt es el reparto, que no puede llevarse a cabo sin personas que repartan la comida. El hecho de que la aplicación diera instrucciones a las personas dedicadas al reparto, en lugar de un ser humano, no excluye que las instrucciones fueran dadas por Wolt. Además, Wolt podía supervisar y controlar a las personas repartidoras a través de la aplicación. El Tribunal consideró que la aplicación es una herramienta de trabajo y no un "espacio virtual".

El tribunal consideró que este caso podía juzgarse como una demanda colectiva. Wolt ha manifestado su intención de apelar esta decisión.

Kazajstán

Ospan A. v. Glovo Kazakhstan & Ors. (decisión en kazajo)

Fecha: 6 de diciembre de 2021

Tribunal: Consejo Judicial de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo de la República de Ka-

zajstán

Asunto: posibilidad de embargar la cuenta bancaria de una persona dedicada al reparto

Conclusión: trabajador por cuenta ajena

Decisión:

A principios de 2021 se suspendió la cuenta bancaria de Ospan A., repartidor de Glovo Kazajstán, a raíz de un caso de cobro de deudas. El repartidor utilizaba esta cuenta para depositar los ingresos de su trabajo con Glovo. Intentó en varias ocasiones que se declarara ilegal esta decisión y que se revocara la decisión del tribunal de suspender su cuenta bancaria.

En el curso del litigio sobre la cuestión del cobro de la deuda, el Tribunal llegó a conclusiones sobre la existencia de relaciones laborales entre la plataforma y el repartidor. A pesar de que no se había establecido ningún contrato de trabajo entre Ospan A. y Glovo Kazakhstan, siguiendo el artículo 21 del Código Laboral y de que las personas repartidoras eran consideradas empresarias individuales en virtud de un acuerdo civil con la plataforma, el tribunal consideró que existía una relación laboral entre la plataforma y el repartidor. El 27 de agosto de 2021, el tribunal de primera instancia estimó la demanda de Ospan contra un agente judicial privado y ordenó que se restableciera su cuenta. El tribunal de primera instancia concluyó que el pago por servicios de reparto se abonaba a la cuenta del demandante y que el trabajo especificado era la única fuente de ingresos del demandante. Sin embargo, el 22 de septiembre de 2021, el Colegiado Judicial para Casos Administrativos rechazó la decisión del tribunal de primera instancia de levantar la suspensión de la cuenta bancaria Kaspi de Opsan. El tribunal consideró que Ospan A. no tenía una relación laboral con Glovo Kazajstán (según el artículo 21 del Código Laboral), ya que solo trabaja con la empresa en virtud de un acuerdo civil de prestación de servicios. En desacuerdo con la decisión del tribunal, Ospan presentó un recurso de casación el 22 de septiembre de 2021, con la petición de que se anulara la decisión y se retirara la suspensión de su cuenta.

El 6 de diciembre de 2021, la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo falló en contra de Glovo Kazakhstan, reconociendo que la relación entre Ospan A. y la sociedad de responsabilidad limitada Glovo Kazakhstan era un contrato laboral, al considerar que "la naturaleza y especie de la relación entre la demandante Ospan A. y 'Glovo Kazakhstan' viene predeterminada por la presencia de uno o varios signos que indican la existencia de relaciones laborales encubiertas".

Al aplicar este enfoque, el tribunal se refirió al artículo 7 del Decreto Reglamentario del Tribunal Supremo de la República de Kazajistán, Sobre ciertas cuestiones de la aplicación de la legislación por los tribunales en la resolución de conflictos laborales, con fecha del 6 de octubre de 2017 (en adelante NPVS), que establece que los rasgos característicos de las relaciones laborales son aquellas circunstancias en las que una persona trabajadora empleada realiza personalmente el trabajo (función laboral) para una determinada cualificación, especialidad, profesión o posición; obedece las instrucciones que operan en el acuerdo y el empleador paga a la persona trabajadora empleada los salarios por el trabajo.

Además, el Tribunal se refirió a las recomendaciones de la <u>Recomendación sobre la relación de trabajo</u>, <u>2006 (núm. 198)</u> de la Organización Internacional del Trabajo, señalando la parte I, que indica la necesidad de combatir las formas ocultas de relación laboral en el contexto de otras formas de relación, que pueden incluir el uso de otras formas de acuerdos contractuales para ocultar la verdadera naturaleza del estatus legal. Una relación laboral oculta surge cuando un empleador no trata a una persona determinada como a

Kazajstán

una persona trabajadora empleada, de tal manera que oculta su verdadera condición jurídica de persona trabajadora por cuenta ajena.

Glovo Kazajstán argumentó que "las personas repartidoras son una red de personas profesionales autoempleadas" y que "los conceptos de 'tiempo de trabajo' y 'horario de trabajo' no son aplicables". Sin embargo, el Tribunal consideró los siguientes factores para concluir que el <u>Código Laboral kazajo</u> debía servir de base para establecer un contrato laboral:

- La remuneración la determina la organización y su importe puede ser influido unilateralmente por la
 plataforma. Según las cláusulas 7.1 y 7.2 de la sección de tarifas del acuerdo de Glovo: "las tarifas de
 remuneración de la Persona Repartidora están disponibles para su visualización y familiarización en la
 Cuenta Personal de la Persona Repartidora en la Aplicación [...]. La Persona Repartidora es consciente y
 acepta que las tarifas de remuneración de la Persona Repartidora pueden ser modificadas por GLOVO
 unilateralmente mediante la modificación de los datos pertinentes en la Aplicación."
- Existe una falta de libertad contractual. La persona que hace el trabajo de reparto no tiene poder para aceptar cambios en el contrato. Así lo establece la cláusula 19 del contrato de Glovo:

Las Condiciones podrán ser modificadas unilateralmente a discreción de GLOVO. GLOVO notificará a la Persona Repartidora todas las modificaciones de las Condiciones del Servicio mediante el envío de un boletín informativo a la dirección de correo electrónico de la Persona Repartidora. Si la Persona Repartidora no ha rechazado el texto modificado de las condiciones de servicio en un plazo de 72 horas a partir de la fecha de publicación de los cambios, se considerará que ha leído las condiciones de servicio actualizadas y las ha aceptado. Si la Persona Repartidora no acepta las condiciones de servicio, no podrá utilizar la aplicación o la plataforma GLOVO.

- Glovo Kazakhstan actúa como intermediario para la entrega inmediata de los productos solicitados. El Tribunal consideró que la participación personal de las personas repartidoras estaba integrada de forma destacada en la cadena logística de la organización, lo que indica que la empresa no podría funcionar sin las personas repartidoras. La función crítica de quienes reparten se establece en la cláusula 1.2 de la sección 1, "Servicios prestados por la persona repartidora" del acuerdo.
- Las personas repartidoras deben realizar las entregas en un plazo determinado. GLOVO establece ciertas normas de conducta empresarial para las Personas Repartidoras que trabajan allí. Según el apartado 2.2(f) del contrato, "la Persona Repartidora tiene derecho a organizar su tiempo de forma independiente, siempre que un Pedido Aceptado se ejecute en un plazo de 60 minutos desde el momento de la designación. La Ejecución del Pedido sin sobrepasar el plazo máximo de entrega es una condición indispensable para la Persona Repartidora. El incumplimiento de esta condición, de conformidad con el artículo 11 del Contrato, conlleva la rescisión de este. Además, una serie de negativas por parte de la Persona Repartidora a cumplir los pedidos puede provocar que el acceso de la Persona Repartidora a la Plataforma sea limitado."
- Las personas repartidoras realizan un trabajo (función laboral) en una determinada especialidad o
 posición, realizando así la función logística como componente (parte) principal por la que se cobra a la
 clientela.
- Quienes realizan el trabajo de reparto no saben el destino del pedido ni cuánto van a ganar hasta que aceptan el encargo en la aplicación. La organización también supervisa la calidad y la rapidez del trabajo de las personas repartidoras mediante un sistema adecuado de advertencias y recompensas.
- De hecho, toda la cartera de trabajo se forma a partir de información procedente de la organización: un tiempo determinado y lugar, volumen y continuidad del trabajo.

Tras estudiar la relación jurídica entre la plataforma y las personas usuarias, así como haber examinado casos similares en otros países, el tribunal kazajo concluyó que en la relación entre estas plataformas y las personas

Kazajstán

usuarias hay una serie de motivos para determinar la existencia de una relación laboral. El Tribunal consideró que, como persona trabajadora por cuenta ajena, si estos ingresos se obtienen a través de ese empleo, no pueden ser embargados. Así, este ejemplo puede servir de precedente para considerar situaciones similares en el país y servir de mecanismo de protección de los derechos de las personas trabajadoras. Para quienes representan la economía de plataforma y los organismos gubernamentales, esta situación puede convertirse en un impulso para la revisión de las relaciones jurídicas con quienes utilizan las plataformas y para la obligación de las plataformas de establecer un contrato de trabajo en virtud del artículo 21 del Código Laboral de Kazajstán.

Corea del Sur

SOCAR v. National Labor Relations Commission (decisión en coreano)

Fecha: 8 de julio de 2022

Tribunal: Tribunal Administrativo de Seúl

Asunto: relación laboral

Conclusión: persona trabajadora por cuenta propia (no por cuenta ajena)

Decisión:

El 8 de julio de 2022 el Tribunal Administrativo de Seúl anuló la decisión de la Comisión Nacional de Relaciones Laborales de reconocer como personas trabajadoras por cuenta ajena a las personas conductoras del servicio de transporte colectivo "Tada". La decisión del tribunal se basó en el hecho de que las personas demandadas (antiguas conductoras de "Tada") no tenían ninguna relación contractual con el demandante ("SOCAR", la empresa matriz del operador de la plataforma "Tada", VCNC). El tribunal dijo, sin embargo, que es difícil negar el hecho de que los detalles específicos del trabajo de las personas demandadas han sido asignados por la "Aplicación de Persona Conductora de Tada" y que las personas demandadas han sido prácticamente obligadas a cumplir las órdenes hechas por la aplicación. Sin embargo, esos aspectos no son más que consecuencias inevitables del modelo de negocio de Tada. El tribunal también subrayó que el contenido del trabajo de las personas demandadas, incluidos el lugar de recogida, el destino de entrega y la ruta seguida, venía determinado por los pedidos realizados por la clientela.

La Comisión ha apelado la decisión.

México

Case No. 637/2021

Fecha: 5 de mayo de 2022

Tribunal: Juzgado Primero de lo Laboral de la Región Judicial de Toluca (partes amparadas)

Asunto: derecho a la protección social

Conclusión: persona trabajadora por cuenta ajena

Decisión:

La persona conductora de reparto de una empresa de plataformas digitales alegó que era una persona trabajadora por cuenta ajena de dicha empresa y que, por tanto, tenía derecho a protección social y vacaciones. La cuestión principal para el tribunal era determinar si la persona conductora de reparto es una persona trabajadora por cuenta ajena de la empresa de la plataforma digital, incluso cuando la persona aceptó las condiciones establecidas por la empresa. El Tribunal presume que existe una relación laboral; la carga de probar una relación distinta recae en el empleador cuando argumenta que no existe una relación laboral.

El empleador alegó que, dado que la persona conductora disponía de flexibilidad sobre cuándo iniciar y finalizar sus servicios y que los ingresos generados procedían de servicios prestados a una tercera parte, no existe relación laboral y la persona conductora debe ser considerada una persona trabajadora por cuenta propia.

El Tribunal consideró que la empresa no desvirtuó la presunción de relación laboral, ya que la existencia de flexibilidad de la persona conductora por sí sola no es prueba suficiente de que se trate de una persona trabajadora por cuenta propia y no de una trabajadora por cuenta ajena. Además, la falta de un contrato escrito no impedía que se declarara la existencia de una relación laboral, "ya que esta falta de formalidad no es privativa de los derechos del trabajador que deriven de las normas de trabajo y de los servicios prestados, contrario a ello, esta omisión, resulta imputable al demandado", tal como lo establece el artículo 26 de la Ley Federal del Trabajo. La Corte encontró una relación laboral basada en dos elementos principales: i) el poder legal de mando atribuible al patrón y ii) el deber de obediencia por parte de la persona que presta el servicio:

los esquemas laborales basados en aplicaciones digitales, como es el caso, atienden a un novedoso régimen de organización empresarial, con base en la tecnología digital y la creación de "gestión algorítmica" del trabajo, que utiliza esta tecnología como herramienta de organización, control y disciplina de los trabajadores, que refuerza el control técnico que los empleadores tienen sobre los trabajadores, por ende, el poder jurídico de mando atribuible al patrón. [...] [Y por otro lado es] al establecer directrices para prestar un servicio, se equipara con la supervisión y control del trabajo estándar; por lo que, el trabajo que prestó el hoy demandante en la plataforma **** ******, se considera supeditado al deber de obediencia respecto de la moral demandada y, en consecuencia, se actualizan los elementos consustanciales de la subordinación.

En cuanto a la duración de la jornada y el salario, el tribunal argumentó que "el carácter discontinuo del trabajo o bien a elección del trabajador, no contraviene lo dispuesto por la ley sobre esta prestación", ya que esta no establece una jornada mínima sino máxima, y que, dado el carácter discontinuo de la jornada y la dificultad de establecer un salario, se fijará el mínimo legal.

En resumen, aplicando el principio constitucional y legal de la práctica real sobre lo declarado en los documentos, el Tribunal declaró la existencia de una relación laboral. Se condenó a la plataforma digital al pago retroactivo de seguridad social, bonos y vacaciones.

<u>Deliveroo Netherlands BV v. FNV / Deliveroo Netherlands BV v. Industry Pension Fund Foundation for Professional Road Transport</u>

Fecha: 21 de diciembre de 2021

Tribunal: Tribunal de Apelación de Ámsterdam

Asunto: aplicación del convenio colectivo y del fondo de pensiones

Conclusión: se aplica el convenio colectivo/derecho a pensión debido a la relación laboral

Decisión:

El Tribunal de Apelación de Ámsterdam dictaminó en dos sentencias que Deliveroo incumplió el convenio colectivo (como se decidió en la sentencia del 16 de febrero que se resume a continuación) y está obligada a contribuir al fondo de pensiones. Deliveroo cuestionó que las personas dedicadas al reparto que trabajaban para ella estuvieran incluidas en el convenio colectivo. El Tribunal de Apelación consideró que la actividad principal de Deliveroo es la entrega de comidas. El modo de transporte para la entrega no cambia la evaluación de que la actividad principal de Deliveroo es el transporte de alimentos y, por tanto, entra dentro del convenio colectivo para el transporte profesional de mercancías.

Además, Deliveroo está obligada a cotizar al fondo de pensiones del sector para sus personas repartidoras. Dado que se trata de un caso colectivo, las personas dedicadas al reparto no pueden derivar derechos de esta decisión y tienen que presentar demandas individuales. Deliveroo recurrió esta decisión ante el Tribunal Supremo. La decisión se espera para 2023.

NOTA: el 3 de octubre de 2022 se emitió una <u>decisión</u> interlocutoria relativa al caso de 12 personas que solían ser repartidoras aplicando los términos del convenio colectivo para estas personas que antes trabajaban como repartidoras de Deliveroo. La decisión final está pendiente.

FNV v. Private Limited Co. Uber B.V.

Fecha: 13 de septiembre de 2021

Tribunal: Relación laboral; derechos de negociación colectiva

Asunto: despido improcedente

Conclusión: derecho de la persona trabajadora a la negociación colectiva

Decisión:

La Confederación Neerlandesa de Sindicatos (FNV, por sus siglas en neerlandés) presentó este caso contra Uber alegando que las personas conductoras de Uber están cubiertas por el Convenio Colectivo de Trabajo (Collective Labor Agreement, CLA) para el Transporte en Taxi, que ha sido declarado universalmente vinculante y, por tanto, se aplica a los empleadores no afiliados a la organización patronal en virtud del CLA. Uber alegó que las personas conductoras que trabajan para ella no son trabajadoras por cuenta ajena y, por tanto, no deben estar cubiertas por el CLA. En primer lugar, el tribunal evaluó la relación laboral entre Uber y sus personas conductoras directas y, a continuación, determinó si se aplicaba el CLA.

Al examinar la relación laboral entre Uber y sus personas conductoras directas, el tribunal evaluó la relación real, en lugar de lo establecido en el contrato. Para ello, evaluó los siguientes factores: realización del trabajo (en persona) (rendimiento personal), retribución y relación de autoridad (control). El tribunal consideró que los servicios principales de Uber son el transporte de personas. Como consecuencia de las normas de

seguridad y conducción de los Países Bajos, Uber verifica explícitamente mediante fotografía a la persona conductora que se conecta a la aplicación y acepta tarifas. Por tanto, esa persona no puede sustituir a otra para prestar el servicio de transporte de personas, por lo que se exige una prestación personal.

En cuanto a los salarios (pago por servicios), Uber recibe la solicitud de un viaje, determina mediante un algoritmo la persona conductora, la ruta y la tarifa prevista. Quienes conducen no pueden negociar una tarifa diferente directamente con la o el pasajero. Una vez completado el viaje quien utiliza el servicio paga a Uber, que a su vez paga a quien conduce por el trabajo de transportar a esa persona a un lugar específico. Uber paga los salarios de sus personas conductoras directas por su trabajo de transporte de personas a un lugar específico según lo solicitado.

Por último, el tribunal examinó la relación de autoridad (control) entre Uber y sus personas conductoras directas. El tribunal consideró que en el mundo impulsado por la tecnología en el que vivimos ahora, el control se realiza a menudo a través de la supervisión digital en lugar del modo clásico de control, lo que el tribunal denomina una "relación moderna de autoridad". El tribunal consideró que Uber y quienes conducen para ellos tienen una relación moderna de autoridad, ya que: las personas conductoras están obligadas a aceptar todos los términos y condiciones; Uber puede cambiar unilateralmente los términos y las personas conductoras no pueden rechazar los términos modificados; Uber proporciona deliberadamente datos limitados a las personas conductoras para asegurarse de que no rechazan viajes desventajosos y las personas conductoras no tienen capacidad para controlar o negociar las tarifas. Además, Uber puede disciplinar ,a través del algoritmo y su control digital, a quienes conducen para ellos, quitándoles la plataforma y evaluándoles a través de las valoraciones que reciben. Uber determina cuáles personas conductoras deben recibir una calificación de platino, cuáles deben ser eliminadas de la plataforma y cómo resolver las quejas de la clientela, incluso si ello se traduce en tarifas más bajas para quien conduce. El algoritmo, gestionado íntegramente por Uber, actúa como instructor, disciplinador e incentivo financiero.

Así pues, basándose en estos factores, el Tribunal consideró que Uber mantiene una relación laboral con sus personas conductoras directas. Además, determinó que Uber debe cumplir con la CLA, ya que cubre a las personas trabajadoras por cuenta ajena que realizan el transporte de personas a cambio de una remuneración a través de un vehículo de pasajeros. Uber deberá adherirse a los términos de la CLA y pagar los salarios atrasados a las personas conductoras que cumplan los requisitos.

Comentario:

- Comunicado de prensa del Tribunal de Ámsterdam, 13 de septiembre de 2021.
- Comunicado de prensa de la Confederación Holandesa de Sindicatos (FNV), 13 de septiembre de 2021
- **Actualización:** Uber recurrió la decisión. El Tribunal de La Haya, en el caso <u>Uber BV v. el Estado</u> <u>de los Países Bajos</u>, dictó una sentencia preliminar desestimando la impugnación.

FNV v. Helpling Netherlands BV

Fecha: 21 de septiembre de 2021

Tribunal: Tribunal de Apelación de Ámsterdam

Asunto: relación laboral

Conclusión: contrato de trabajo temporal

Decisión:

El Tribunal de Apelación de Ámsterdam revocó la decisión del tribunal inferior y declaró que las personas dedicadas a la limpieza y Helpling BV tienen una relación contractual de trabajo temporal. Helpling gestiona una plataforma en línea en la que personas dedicadas a la limpieza y los hogares que requieren sus servicios pueden llegar a acuerdos sobre el trabajo a realizar. La persona que limpia crea su propio perfil, determina su tarifa horaria y Helpling fija las tarifas horarias máximas y mínimas. Si la persona que limpia quiere cobrar más que la tarifa horaria máxima, tiene que llamar a Helpling y obtener una aprobación previa.

La plataforma le entrega al hogar una lista de personas dedicadas a la limpieza y este decide a quién quiere ofrecer el trabajo; esta persona puede aceptarlo o rechazarlo. Una vez que la persona que limpia ha aceptado un trabajo, por lo general no puede cancelarlo. Puede cambiar la fecha de la tarea si el hogar acepta el cambio. Helpling y quien limpia tienen un acuerdo de usuario que no está por escrito, y hay condiciones generales que se aplican entre Helpling y la persona que limpia y entre Helpling y el hogar. Las instrucciones para la limpieza son proporcionadas por el hogar directamente a quien limpia. Helpling no conoce el tipo de trabajo realizado ni cómo se realiza. Solo cobra una comisión al hogar y, si la persona que limpia lo solicita, genera una factura por el trabajo. Se pidió a los hogares que pagaran a todas las personas limpiadoras contratadas a través de Helpling mediante el sistema de pago Stripe; en la mayoría de las circunstancias no se les permite pagar directamente a quien limpia.

El Tribunal de Apelación de Ámsterdam dictaminó que la persona que trabaja como limpiadora no es una "trabajadora autoempleada" y, por tanto, tiene derecho al pago del salario en caso de enfermedad, a días de vacaciones y a protección contra el despido improcedente. El tribunal consideró que, aunque el trabajo es dirigido por el hogar, el pago se realiza a través de una plataforma de pago especificada por Helpling y luego se transfiere a quien realiza el trabajo. El tribunal consideró que, dado que el método de pago lo determina un tercero, no podía existir una relación laboral directa entre la persona que limpia y el hogar. Además, el Tribunal concluyó que Helpling no determinaba ni conocía el trabajo realizado, cómo se realizaba y qué actividades concretas de limpieza se llevaban a cabo; el hogar ejercía esa parte de control/autoridad. Un contrato de trabajo temporal "se caracteriza por el hecho de que la persona trabajadora por cuenta ajena realiza un trabajo bajo la supervisión y dirección del contratante". El tribunal determinó que esta relación entre Helpling y quienes limpian entra dentro de un contrato de trabajo temporal. Así pues, Helpling está obligada a pagar la baja por enfermedad, las vacaciones y la protección contra el despido improcedente.

Comentario:

- Comunicado de prensa del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, septiembre de 2021.
- Comunicado de prensa de la Confederación Holandesa de Sindicatos (FNV), 21 de septiembre de 2021.

Deliveroo Netherlands BV contra FNV (sentencia en neerlandés)

Fecha: 16 de febrero de 2021

Tribunal: Tribunal de Apelación de Ámsterdam

Asunto: relación laboral

Conclusión: persona trabajadora por cuenta ajena

Decisión:

Este caso fue en apelación de la sentencia del tribunal inferior de Ámsterdam emitida en enero de 2019. El tribunal inferior determinó que existía una relación laboral entre Deliveroo y las personas que realizaban las entregas de comida. Deliveroo recurrió la sentencia y el Tribunal de Apelación confirmó la sentencia del tribunal inferior. En concreto, el tribunal sostuvo que las personas repartidoras de Deliveroo mantienen una relación laboral y son personas trabajadoras por cuenta ajena en virtud de la legislación neerlandesa.

El Tribunal de Apelación revisó los hechos y la sentencia del tribunal inferior. Señaló que, desde la sentencia, Deliveroo ha introducido cambios en el funcionamiento de la empresa y que esos cambios deben analizarse para determinar si existe una relación laboral. La mayoría de los cambios se refieren al tipo de contrato utilizado, la forma en que las personas repartidoras pueden obtener las entregas y los cambios en la remuneración por entrega. El tribunal consideró que Deliveroo mantiene una relación laboral con las personas repartidoras a pesar de sus cambios operativos y, en algunos casos, debido a ellos.

El Tribunal de Apelación examinó varios factores, como la mano de obra, los salarios y el control. Al evaluar la relación, el tribunal determinó hasta qué punto las personas repartidoras tenían libertad para aceptar o rechazar pedidos y hasta qué punto se utilizaban personas repartidoras de sustitución. Con los cambios introducidos por Deliveroo, las personas repartidoras que rechacen o no acepten tres veces serán desconectadas o se les dirá que "se tomen un descanso". Sin embargo, no se producen otras consecuencias negativas.

Las personas dedicadas al reparto pueden ser sustituidas, y el permiso de trabajo de la persona sustituta es verificado por Deliveroo. Deliveroo quiere saber quién reparte para ellos porque, en caso de que surja un problema, puede identificar a la persona implicada. El tribunal de Justicia considera que la posibilidad de sustitución no es incompatible con una relación laboral, incluso cuando Deliveroo da libertad a sus personas repartidoras para aceptar o rechazar pedidos.

En cuanto a los salarios, el tribunal se fijó en el método de pago para determinar qué tipo de relación existía. El tribunal consideró que el hecho de que Deliveroo pagara por entrega, pero enviara los pagos cada dos semanas a sus personas repartidoras, sugería más una relación laboral que la de una persona trabajadora por cuenta propia.

El tribunal también examinó la relación de autoridad (control) entre Deliveroo y sus personas repartidoras. Consideró que, dado que es probable que quienes hacen las entregas elijan la ruta más rápida, la libertad de elección de ruta es relativa y no determinante para determinar si existe una relación laboral. Sí consideró que el hecho de que Deliveroo modifique unilateralmente los salarios, el contenido de los contratos y la organización del trabajo es determinante para establecer una relación laboral.

Por último, el tribunal se remitió a una sentencia del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas en el asunto <u>FNV Kunsten Informatie en Media V. Países Bajos</u>, para analizar las distinciones entre empresario y persona trabajadora por cuenta ajena. En concreto, el Tribunal consideró que el hecho de que Deliveroo

tenga un seguro para sus personas repartidoras y les proporcione un estipendio si sufren lesiones en el trabajo es un indicio de que son personas trabajadoras por cuenta ajena y no emprendedoras. Además, el hecho de que un gran porcentaje de estas personas no paguen determinados impuestos y no se presenten económicamente como emprendedoras, porque solo reparten como "hobby", es un indicio más de que son personas trabajadoras por cuenta ajena, no emprendedoras.

Commentary:

- Comunicado de prensa del Tribunal de Apelación de Ámsterdam, 16 de febrero de 2021.
- Comunicado de prensa de la Confederación Holandesa de Sindicatos (FNV), 16 de febrero de 2021.

Nueva Zelanda

E Tu Inc. v. Raisier Operations BV and Uber BV et. al.

Fecha: 25 de octubre de 2022

Tribunal: Tribunal de Empleo de Nueva Zelanda, Wellington

Asunto: relación laboral

Conclusión: persona trabajadora por cuenta ajena

Decisión:

El tribunal declaró que las personas conductoras de Uber y Uber Eats tenían una relación laboral con Uber. En este caso histórico, el tribunal examinó la definición de empleo dentro de la ley, revisó la naturaleza real de la relación y se centró en el propósito social de tales leyes. En particular, la ley se diseñó en reconocimiento del desequilibrio de poder inherente entre las partes a la hora de protegerse de la explotación. La sentencia también hizo referencia a la importancia de revisar las sentencias de otras jurisdicciones para fundamentar su propio análisis.

Para determinar si las personas conductoras de Uber son personas trabajadoras por cuenta propia o ajena, el tribunal examinó los siguientes factores: (1) el ejercicio del control, (2) el grado de integración, (3) para qué empresa se trabajaba, (4) las cláusulas escritas y orales del contrato, (5) las divergencias con el contrato escrito y (6) la práctica del sector.

El tribunal consideró que, debido a la fijación de tarifas, el proceso de revisión de las reclamaciones, las directrices de la comunidad, los sistemas de recompensa y las medidas disciplinarias, incluida la eliminación de la plataforma, Uber ejercía un gran control sobre sus personas conductoras. Por el contrario, si las personas que conducen fueran personas trabajadoras por cuenta propia, podrían gestionar sus servicios como les pareciera, fijando sus propias tarifas, normas y proceso de tramitación de reclamaciones. El hecho de que Uber cree, dicte y gestione las circunstancias del transporte de personas o alimentos forma parte de su propio modelo de negocio, no del de las personas conductoras. Al examinar la flexibilidad ofrecida a quienes conducen, el tribunal consideró que, en el empleo moderno, a menudo las personas trabajadoras por cuenta ajena tienen horarios o acuerdos de trabajo flexibles. Además, constató que, aunque quienes conducen podían rechazar los viajes, esa elección tenía consecuencias económicas, ya que su calificación bajaría y, por tanto, obtendrían tarifas menos lucrativas. Quienes utilizan el servicio y los hogares conocen a las personas conductoras de Uber como "personas conductoras Uber", sin uniforme ni logotipo, porque solo pueden conectar con ellas a través de la plataforma Uber. La mayoría de la gente asocia a estas personas conductoras con Uber, y Uber tiene lineamientos comunitarios para garantizar que su reputación no se vea perjudicada por el comportamiento de las personas que conducen. El tribunal consideró que las personas conductoras y Uber tienen una relación de codependencia económica. Por último, en lo que respecta al acuerdo, fue preparado exclusivamente por Uber, modificado a voluntad por Uber y se presentó de una manera de "lo tomas o lo dejas", sin capacidad de negociación por parte de quienes conducen. El tribunal concluyó que, basándose en todas estas consideraciones de hecho, las personas que conducen para Uber y Uber Eats son personas trabajadoras por cuenta ajena con arreglo a la ley. Además, determinó la existencia de un estatuto de empresa conjunta en los casos en que una persona conductora trabajaba para varias entidades a la vez.

Cabe señalar que el juez expresó que, aunque esta decisión específica se aplicaba a las personas conductoras implicadas en el caso, se podría argumentar para ampliar el alcance de esta decisión. Uber ha declarado que apelará la decisión.

News:

Tess McClure, *New Zealand Uber Drivers Win Landmark Case Declaring Them Employees*, Guardian, 24 de octubre de 2022.

Suiza

2C 34/2021 - Arrêt du 30 mai 2022

Fecha: 30 de mayo de 2022 Tribunal: Tribunal Federal Asunto: relación laboral

Conclusión: persona trabajadora por cuenta ajena

Decisión:

El Tribunal Federal confirmó las conclusiones del <u>Tribunal de Justicia del Cantón de Ginebra</u>, según las cuales las personas conductoras de Uber que operaban en el Cantón de Ginebra habían celebrado un contrato de trabajo con Uber B.V., una empresa neerlandesa. Las personas conductoras en cuestión habían realizado un trabajo remunerado para Uber, durante un periodo y a un precio fijado por Uber. Uber decidía en detalle cómo debía realizarse este trabajo, daba instrucciones sobre los vehículos utilizados, el comportamiento que esperaba de quienes conducían y el itinerario que debían seguir. Las personas conductoras no tenían libertad para organizar su trabajo una vez conectadas a la plataforma. Además, la negativa reiterada a realizar trayectos se sancionaba con una desactivación a tiempo fijo. La geolocalización permitía a Uber controlar las actividades de las personas conductoras. En concreto, un itinerario no eficiente podía sancionarse con una reducción del precio del trayecto. Las personas conductoras eran controladas y supervisadas mediante un sistema de calificaciones y reclamaciones, y una cuenta podía ser desactivada a plena discreción de Uber. El Tribunal consideró que todos estos elementos muestran un control sobre las actividades y una supervisión que son características de la subordinación.

El Tribunal Federal observó que las conclusiones del Tribunal de Justicia coinciden con las de otros tribunales suizos y jurisdicciones extranjeras, con aquellas que hacen parte de la doctrina suiza.

2C 575/2020 - Arrêt du 30 mai 2022

Fecha: 30 de mayo de 2022 Tribunal: Tribunal Federal

Asunto: aplicación de la Ley de Prestación de Servicios

Conclusión: persona trabajadora por cuenta ajena

Decision:

El Tribunal Federal examinó la pertinencia de la ley federal sobre el servicio de empleo y prestación de servicios (LSE, por sus siglas en inglés). Esto implicaba, entre otras cosas, examinar si existía una relación laboral entre Uber Eats y las personas que hacen el trabajo de reparto. A este respecto, señaló lo siguiente: Uber Eats recomienda que las personas repartidoras sigan las instrucciones del restaurante y esperen al menos 10 minutos en la dirección de la clientela; las personas repartidoras deben aceptar que se facilite su información de geolocalización a los servicios de Uber; estas personas son evaluadas tanto por los restaurantes como por la clientela; para seguir utilizando la aplicación, quienes hacen el trabajo de reparto deben mantener una calificación media superior a la calificación media mínima fijada por Uber; y una calificación media insuficiente puede dar lugar a una advertencia o incluso a la exclusión de la plataforma si no mejora en un plazo determinado.

Suiza

El tribunal señala que las personas repartidoras pueden rechazar una entrega, pero se les advierte que los rechazos reiterados dan lugar a una "experiencia negativa" para las personas usuarias. El contrato contiene otras instrucciones, y quienes reparten se exponen a restricciones de acceso o incluso a la desactivación de su cuenta si incumplen dichas condiciones. El tribunal señala que el hecho de que los gastos de entrega puedan reducirse en caso de ruta ineficaz o si quien reparte "no ha cumplido correctamente" una misión de entrega, demuestra también que Uber controla estrictamente la forma en que se presta el servicio. El Tribunal de Justicia concluye que estos elementos son característicos de una relación de subordinación. La posibilidad de restringir el acceso o de desactivar la cuenta de las personas repartidoras demuestra un poder de control y de vigilancia de la actividad de estas personas propio de un contrato laboral.

Turquía

DECISION NO: 2022/701

Fecha: 20 de abril de 2022

Tribunal: Tribunal de Apelación de Estambul, 50° Circuito

Asunto: relación laboral

Conclusión: persona trabajadora por cuenta propia (no ajena)

Decisión:

DECISIÓN DEL TRIBUNAL DE PRIMERA INSTANCIA (Tribunal Laboral nº 23 de Estambul)

En los casos en que la relación entre las partes es la de persona trabajadora por cuenta ajena y empleador, es evidente que la persona trabajadora por cuenta ajena trabaja por el salario determinado en función de las órdenes e instrucciones del empleador. Como se indica en el decreto con el número 2021/8368 E. 2021/13080 K:

La dependencia jurídica real incluye la obligación de la persona trabajadora de cumplir con la ejecución del trabajo y las instrucciones en el lugar de trabajo. La persona trabajadora cumple su prestación en el marco de las decisiones e instrucciones del empleador. La dependencia personal de la persona trabajadora con respecto al empleador pasa a primer plano. El contenido del elemento de dependencia en el contrato consiste en la actuación de la persona trabajadora de acuerdo con las instrucciones del empleador y la supervisión del proceso de trabajo y sus resultados por parte del empleador. El control, el hecho de que la persona trabajadora opere sin capital y sin una organización propia y la forma en que se paga el salario son hechos auxiliares que deben tenerse en cuenta en la determinación de la dependencia personal.

Según la parte demandada, la persona demandante no trabaja por el salario determinado de acuerdo con las órdenes e instrucciones del empleador demandado y bajo la supervisión de este. Las horas de trabajo son determinadas por quien trabaja. Las primas de seguro corren a cargo de la persona trabajadora. Las vacaciones anuales son por iniciativa propia. El demandado no corre ningún riesgo en caso de que la persona demandante no pueda obtener ingresos debido a su incapacidad laboral. Los gastos ordinarios diarios del vehículo utilizado y las multas de tráfico corren a cargo de la persona demandante. En este sentido, el riesgo recae sobre la persona demandante. Así pues, quien demanda no depende del empleador en cuanto a salario, horario y estilo de trabajo, ya que no reúne las condiciones necesarias para que se dé la relación persona trabajadora por cuenta ajena-empleador.

El tribunal rechazó este caso por irregularidades procesales, ya que consideró que este caso debería haberse llevado ante los Tribunales Civiles de Primera Instancia de Estambul.

TRIBUNAL DE APELACIÓN DE ESTAMBUL 50º Circuito 2022/934 E. 2022/701 K. 20.04.2022 DECISIÓN

Por entender que la decisión del Tribunal de Primera Instancia se basa en las pruebas materiales y los fundamentos jurídicos adoptados por el Tribunal de Apelación, el Tribunal Laboral no es responsable de la resolución del litigio de acuerdo con las razones escritas en la decisión del Tribunal de Primera Instancia, que se examina con las reclamaciones y defensas mutuas de las partes, los documentos en que se basan, la caracterización de la relación jurídica y las normas de derecho aplicables al litigio. Se ha llegado a la conclusión de que procede desestimar el recurso de casación en cuanto al fondo.

ACELERAR HACIA LA JUSTICIA

Reino Unido

Stuart Delivery Ltd. v. Warren Augustine

Fecha: 19 de octubre de 2021

Tribunal: Tribunal de Apelación (Sala Civil)

Asunto: clasificación laboral de un repartidor que entrega mercancías en motoneta

Conclusión: relación laboral

El Tribunal de Apelación confirmó las decisiones tanto del Tribunal de Empleo como del Tribunal de Apelación de Empleo de que las personas que hacen el trabajo de reparto para Stuart Delivery Limited son trabajadoras en virtud del artículo 230(3)(b) de la Ley de Derechos Laborales de 1996 ("la Ley"). Además, confirmó que las decisiones sobre si una persona es una trabajadora por cuenta ajena, una trabajadora o una trabajadora por cuenta propia es una cuestión de hecho que debe determinar el tribunal de primera instancia y que no debe ser revocada por un tribunal de apelación salvo aplicación incorrecta de la ley, que demuestre que el tribunal no podría haber llegado razonablemente a esa conclusión.

A la hora de determinar si una persona trabajadora entra dentro de la definición del artículo 230(3)(b), el tribunal consideró que el factor principal es si la persona "se compromete a hacer o realizar personalmente cualquier trabajo o servicio para otro", es decir, "rendimiento personal". El Tribunal basó sus conclusiones en las resoluciones de los tribunales inferiores y en el dictamen de Pimlico Plumbers Ltd. (fontaneros y fontaneras de Pimlico). Aclaró que el resumen proporcionado en Pimlico Plumbers no pretendía establecer una clasificación rígida de lo que equivalía o no a prestación personal o cuándo un derecho de sustitución anularía o no la obligación de prestación personal, a pesar de los argumentos de Stuart Delivery. En los tribunales inferiores ambas partes habían presentado argumentos relacionados con Pimlico Plumbers. En concreto, si una persona que hace el trabajo de reparto encajaba o no en la norma establecida en dicha decisión. En esos argumentos, las partes se centraron principalmente en el derecho de sustitución.

Al revisar las decisiones de los tribunales inferiores, el Tribunal de Apelación examinó el sistema establecido para sustituir a una persona repartidora y concluyó que no cumplía los requisitos de un verdadero derecho de sustitución. Así pues, quien hacía el reparto tenía una obligación de prestación personal y era una persona trabajadora con arreglo al artículo 230(3)(b). En concreto, el Tribunal consideró que no existía derecho de sustitución porque:

- en el contrato escrito (las condiciones generales de uso) no se hacía referencia al derecho de sustitución.
- la persona repartidora podía avisar a través de la aplicación de la empresa que necesitaba un sustituto, pero no podía elegir una sustitución específica
- si la persona repartidora no pudiera encontrar quien le sustituyese, tendría que trabajar ese turno o enfrentarse a consecuencias adversas
- la persona sustituta solo podía ser alguien que ya hubiera sido aprobada e investigada por la empresa y que ya tuviera acceso a la aplicación

El sistema establecido por la empresa tenía por objeto garantizar que la persona repartidora realizara el trabajo y se presentara en las franjas horarias designadas y efectuara las entregas durante ese periodo. La característica principal es que la obligación de prestación personal con derechos de sustitución limitados no anula la obligación y, por lo tanto, se considera que la persona es una trabajadora en virtud del artículo 230(3)(b) de la Ley.

Noticias:

George Nott, Stuart Loses Court Appeal on Worker Rights, GROCER 20 de octubre de 2021.

Reino Unido

<u>Independent Workers Union of Great Britain v. Central Arbitration Committee & Roofoods Ltd. t/a</u> <u>Deliveroo (parte interesada)</u>

Fecha: 24 de junio de 2021

Tribunal: Tribunal de Apelación (Sala Civil)

Asunto: negociación colectiva y derechos sindicales en virtud del artículo 11 del CEDH. Conclusión: no existe relación laboral y, por tanto, no hay derechos en virtud del art. 11

Decisión:

Este recurso se interpone contra la decisión del Comité Central de Arbitraje (CAC, por sus siglas en inglés) relativa a los derechos de negociación colectiva de personas dedicadas al reparto de Deliveroo. El Independent Workers Union of Great Britain (Sindicato de Trabajadores y Trabajadoras Independientes de Gran Bretaña, IWGB) solicitó al CAC ser reconocido por Deliveroo como agente de negociación colectiva para un grupo de personas repartidoras de Deliveroo. La CAC rechazó la solicitud porque consideró que las personas repartidoras no eran "trabajadoras", tal como exige la Ley de Sindicatos y Relaciones Laborales (Consolidación) de 1992 (Ley).¹ Llegó a esta conclusión al considerar que las condiciones de su trabajo no les obligaban a prestar servicios personalmente y se les permitía un amplio uso de personas sustitutas..

El IWGB apeló, alegando que la CAC no evaluó su solicitud en virtud del artículo 11 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH).¹⁷ TEl CAC evaluó la relación entre Deliveroo y sus personas repartidoras basándose en el "acuerdo de persona proveedora" que fue modificado unas semanas antes de la audiencia del CAC. En virtud de este nuevo "acuerdo de persona proveedora", Deliveroo permite la sustitución sin la aprobación previa de Deliveroo, siempre que la otra persona repartidora no haya sido eliminada de la plataforma por incumplimiento material grave. La persona que conduce es responsable de garantizar que quien le sustituye tenga las habilidades y conocimientos necesarios y es responsable de su remuneración; Deliveroo solo pagará a la persona repartidora original. A lo largo de todo el nuevo acuerdo, Deliveroo hace referencia a la persona dedicada al reparto (o a cualquier persona que le sustituya), ya sea en relación con disposiciones de salud y seguridad, seguros, etc. Además, el nuevo contrato contenía disposiciones específicas que no le creaba a la persona repartidora ninguna obligación (o consecuencia) de conectarse para aceptar entregas o enfrentarse a consecuencias por rechazos. Tampoco había restricciones para trabajar para la competencia. El nuevo contrato se diseñó para dar la mayor autonomía posible a quienes reparten. El CAC examinó el contrato y la práctica para determinar que estas personas dedicadas al reparto no encajaban en la definición de "persona trabajadora" porque no tenían la obligación de realizar personalmente ningún servicio. El CAC examinó tanto el contrato como la práctica para determinar el "verdadero acuerdo o

Libertad de reunión y asociación

¹⁶ Persona trabajadora se define en esta Ley como:

[[]U]n individuo que trabaja, o normalmente trabaja o busca trabajar -

⁽a) en virtud de un contrato de trabajo, o

⁽b) en virtud de cualquier otro contrato por el que se comprometa a realizar o ejecutar personalmente cualquier trabajo o servicio para otra parte contratante que no sea cliente o clienta profesional suyo, o

⁽c) en un empleo dependiente o a efectos de un departamento gubernamental (que no sea como miembro de las fuerzas navales, militares o aéreas de la Corona) en la medida en que dicho empleo no esté comprendido en los apartados (a) o (b) anteriores.

¹⁷ El artículo 11 del Convenio reza así

^{1.} Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho a fundar sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

^{2.}El ejercicio de estos derechos solo podrá estar sujeto a las restricciones previstas por la ley que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional, de la seguridad pública, de la defensa del orden y la prevención del delito, de la protección de la salud o de la moral, o de la protección de los derechos y libertades de los demás. El presente artículo no impedirá la imposición de restricciones legales al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la administración del Estado.

Reino Unido

las obligaciones legales reales de las partes" y concluyó que, a pesar de que la opción de sustitución no era utilizada a menudo por las personas repartidoras, la falta de rendimiento personal era determinante para concluir que no eran personas trabajadoras en el sentido de la ley.

El tribunal se hizo cargo del recurso para determinar si el CAC había cometido un error al no pronunciarse explícitamente sobre si el artículo 11 del CEDH era aplicable y si permitía a quienes reparten el derecho a constituir un sindicato. El tribunal se centró en dos cuestiones principales: (1) ¿entran las personas repartidoras en el ámbito de aplicación del artículo 11? y (2) en caso afirmativo, ¿otorga el artículo 11 a IWGB el derecho a solicitar el reconocimiento obligatorio?

El tribunal consideró que las personas dedicadas al reparto no entran dentro del concepto de "persona trabajadora" definido en el artículo 11. El tribunal se basó en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) establecida en Good Shepard, 18 la Recomendación 198 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) (R. 198 de la OIT)¹⁹ y la decisión del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en el asunto B v. Yodel Delivery.²⁰ Consideró que el TEDH determina una relación laboral evaluando los criterios identificados en la R. 198 de la OIT. Según el tribunal, la R. 198 de la OIT exige que la determinación de una relación laboral se base en (1) los hechos relativos a la realización del trabajo y (2) la remuneración de la persona trabajadora. Establece numerosos factores para ayudar a orientar a los Estados a la hora de determinar la realización del trabajo,²¹ incluido que el trabajo "debe ser realizado personalmente por la persona trabajadora". En Yodel se examinó si el Reglamento Sobre el Riempo de Trabajo de la UE debía aplicarse sobre la base de una determinación de la condición de "persona trabajadora". En Yodel, el tribunal consideró que las personas repartidoras no debían clasificarse como trabajadoras debido al uso de subcontratistas o de personas sustitutas, la capacidad de no aceptar tareas, la capacidad de trabajar para competidores y de fijar su propio horario. En comparación, las personas repartidoras de Deliveroo, en este caso, tenían la posibilidad de contar con casi cualquier persona sustituta, podían aceptar o rechazar cualquier trayecto, trabajar para competidores y optar por no iniciar sesión en la aplicación en absoluto sin consecuencias. Al establecer estas similitudes, el tribunal consideró que las personas dedicadas al reparto no eran trabajadoras según la definición del artículo 11 y que, por tanto, no se había violado su derecho fundamental. No obstante, señaló que quienes reparten podían seguir ejerciendo su derecho de asociación, pero no para formar un sindicato o negociar colectivamente.

Comentario:

Jamie Woodcock & Callum Cant, <u>Platform Worker Organising at Deliveroo in the UK: From Wildcat Strikes to Building Power</u>, 25 J. Lab. & Soc'y 220 (2022).

¹⁸ Sindicatul "Patorul Cel Bun" c. Rumanía, app. n.º 330/99, (2014) ILRLR 49.

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo, R198 - Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) [en adelante, R.198 de la OIT], https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID:312535

²⁰ B v. Yodel Delivery Network Ltd. Asunto C-692/19 (2020) IRLR 550.

²¹ OIT R. 198, supra nota 18, en art. 13(a).

Estados Unidos

California Trucking Association, Inc. v. Bonta

Fecha: 30 de junio de 2022

Tribunal: Tribunal Supremo de Estados Unidos

Cuestión: si una ley de California que probablemente daría lugar a que las personas conductoras de

camiones fueran clasificados como empleadas está excluida por la ley federal que excluye

las leyes estatales relacionadas con el precio, la ruta o el servicio de las personas

transportistas por carretera.

Conclusión: persona empleada (aunque es una cuestión secundaria en el caso).

Decisión:

El Tribunal Supremo de los Estados Unidos se negó a considerar una apelación de una decisión del Tribunal de Apelaciones del Noveno Circuito, confirmando efectivamente el fallo que permitía la entrada en vigor de una ley de California que probablemente clasificaría a las personas conductoras de camiones y otras personas trabajadoras como empleadas, en lugar de contratistas independientes. El sector del transporte por carretera intentó anular la ley argumentando que la ley californiana de 2019 entraba en conflicto con la Ley de Autorización de la Administración Federal de Aviación, una ley federal aprobada a principios de la década de 1990 con la intención de desregular el sector del transporte de carga. Esta ley se opone expresamente a las leyes estatales "relacionadas con un precio, ruta o servicio, de cualquier transportista".

La legislatura de California promulgó AB-5, codificando la prueba "ABC" para determinar si una persona trabajadora es empleada o contratista independiente, en septiembre de 2019. Según la prueba ABC, se considera que una persona trabajadora es empleada excepto en los casos en que se cumplan las tres condiciones siguientes: (1) la persona trabajadora está libre del control y la dirección de la entidad contratante en relación con la realización del trabajo, tanto en virtud del contrato para la realización del trabajo como de hecho; (2) la persona trabajadora realiza un trabajo que está fuera del curso habitual de los negocios de la entidad contratante y (3) la persona trabajadora se dedica habitualmente a un comercio, ocupación o negocio establecido de forma independiente de la misma naturaleza que el involucrado en el trabajo realizado. La California Trucking Association, una asociación comercial que representa a transportistas que clasifican a sus personas trabajadoras como contratistas independientes, y dos personas propietarias-operadoras independientes presentaron una demanda tratando de prohibir la aplicación de la AB-5, argumentaron que estaba en conflicto con una ley federal que excluía expresamente las leyes estatales relacionadas con "un precio, ruta o servicio de cualquier transportista". La California Trucking Association argumentó que la reclasificación de las personas trabajadoras aumentaría los costos y, por tanto, afectaría los precios, la ruta y los servicios.

El Noveno Circuito determinó que la AB-5 es una ley de aplicación general porque "se aplica a los empleadores de forma general; no se refiere únicamente a transportistas, sino que les afecta exclusivamente en su calidad de empleadores". El tribunal consideró que la AB-5 y otras "leyes de aplicación general que afectan la relación de un transportista con su mano de obra y obligan a un determinado salario o impiden la discriminación en las decisiones de contratación o despido, no están significativamente relacionadas con las tarifas, rutas o servicios". Las leyes de aplicación general, "incluso si aumentan el costo global de hacer negocios o cambian los incentivos y hacen que sea más costoso para las personas transportistas elegir algunas rutas o servicios en relación con otros, lo que les lleva a reasignar recursos o tomar decisiones empresariales diferentes", no fijan directamente precios, rutas o servicios. La AB-5 no vinculaba a las personas transportistas a tarifas o servicios específicos, no interfería significativamente con la capacidad de estas para establecer rutas, ni obligaba a un determinado resultado a nivel de quienes requieren el servicio de las personas transportistas.

ACELERAR HACIA LA JUSTICIA

Estados Unidos

Vega v. Commissioner of Labor

Fecha: 26 de marzo de 2020

Tribunal: Tribunal de Apelación del Estado de Nueva York

Asunto: contribución al sistema estatal de prestaciones por desempleo

Conclusión: empleado

Decisión:

El Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva York, el más alto tribunal del estado, dictaminó que las personas repartidoras de Postmates son empleadas y que, por tanto, Postmates debe cotizar al fondo estatal de seguro de desempleo.

El demandante Luis Vega trabajó como repartidor de Postmates en junio de 2015 y fue despedido como resultado de las malas calificaciones de la clientela. Solicitó prestaciones por desempleo y el Departamento de Trabajo del Estado de Nueva York ordenó que Postmates pagara contribuciones por desempleo basadas en los ingresos del Sr. Vega y "todas las demás personas empleadas de manera similar." Postmates apeló esta decisión ante un juez de lo contencioso-administrativo, que dictaminó que las personas repartidoras de Postmates eran contratistas independientes porque Postmates no ejercía suficiente supervisión, dirección y control sobre su mano de obra. El Comisionado de Trabajo de Nueva York apeló ante la Junta de Apelaciones del Seguro de Desempleo de Nueva York, que sostuvo que las personas repartidoras de Postmates eran empleadas porque Postmates ejercía, o se reservaba el derecho a ejercer, el control sobre sus servicios. Postmates apeló a su vez ante la División de Apelaciones del Estado de Nueva York. La División de Apelaciones revocó la decisión de la Junta a favor de las personas repartidoras de Postmates. El comisionado apeló entonces ante el Tribunal de Apelación de Nueva York.

El Tribunal de Apelaciones encontró "pruebas sustanciales" para demostrar que Postmates ejercía suficiente control sobre sus personas repartidoras, señalando en particular que "Postmates domina los aspectos significativos del trabajo de sus personas repartidoras dictando a qué clientes o clientas pueden entregar, dónde entregar los artículos solicitados, limitando efectivamente el plazo de entrega y controlando todos los aspectos de precios y pagos". El tribunal señaló que: "Postmates informa a las personas repartidoras dónde deben entregarse los artículos solicitados solo después de que la persona repartidora haya aceptado el encargo". La clientela no puede solicitar que el trabajo sea realizado por una persona trabajadora específica.

En caso de que una persona repartidora no esté disponible después de aceptar un trabajo, Postmates, y no la persona repartidora, le busca un remplazo. Aunque Postmates no dicta las rutas exactas que las personas repartidoras deben seguir entre los lugares de recogida y entrega, la empresa realiza un seguimiento de la ubicación de la persona repartidora durante las entregas en tiempo real en la aplicación omnipresente, proporcionando a la clientela una hora estimada de llegada de sus entregas.

La remuneración de las personas dedicadas al reparto, que la empresa fija unilateralmente sin negociación, es pagada por Postmates. Postmates, no sus personas repartidoras, soporta la pérdida cuando quienes contratan el servicio no pagan. Dado que la tarifa total cobrada por Postmates se basa únicamente en la distancia de la entrega, y quienes realizan la entrega no reciben esa información por adelantado, no pueden determinar su parte hasta después de aceptar un trabajo. Además, Postmates fija unilateralmente las tarifas de entrega, que factura directamente a la clientela a través de la aplicación. Quienes hacen el trabajo de reparto reciben una tarjeta "PEX" patrocinada por la empresa que pueden utilizar para comprar los artículos solicitados por la clientela, cuando sea necesario. Postmates gestiona todas las reclamaciones de la clientela y, en algunas circunstancias, se responsabiliza ante quien utiliza el servicio por entregas incorrectas o dañadas.

El tribunal reconoció que, si bien "las personas repartidoras conservan cierta independencia para elegir su horario de trabajo y su ruta de entrega, ello no significa que tengan un control real sobre su trabajo o sobre el servicio que Postmates presta a su clientela".

Estados Unidos

Repercusiones del arbitraje obligatorio en virtud de la Ley Federal de Arbitraje

La aplicación de la Ley Federal de Arbitraje (FAA, por sus siglas en inglés) a las personas que conducen para aplicaciones y, por tanto, si se puede obligar a las personas conductoras a arbitrar sus reclamaciones en lugar de llevarlas a los tribunales, es una cuestión jurídica sin resolver. Como resultado, las peticiones de muchos empleadores de enviar tales reclamaciones a arbitraje individual están privando a quienes conducen para Uber/Lyft y a otras personas de llevar adelante sus reclamaciones.²² En la actualidad, con la cuestión del foro adecuado para resolver el problema todavía en el limbo, decenas de miles de personas conductoras individuales que trabajan para aplicaciones han presentado demandas de arbitraje por clasificación errónea o han sido obligadas por sus empleadores a arbitrar sus reclamaciones.²³

El caso más reciente sobre el ámbito de aplicación de la FAA es Southwest v. Saxon.²⁴ El Tribunal Supremo decidió por unanimidad que las personas cargadoras de Southwest Airlines están exentas de la FAA en virtud de la sección 1 porque participan suficientemente en el comercio interestatal. El Tribunal Supremo aún tiene que decidir en qué medida, en su caso, las personas conductoras de Uber/Lyft u otras plataformas, así como las personas que hacen reparto para aplicaciones, que se ocupan de personas o bienes que participan en el comercio interestatal estarían igualmente exentas y, por lo tanto, libres de presentar demandas colectivas por clasificación errónea ante los tribunales.

Casos de la plataforma "ABC"

En el caso *James v. Uber Technologies*,²⁵ una demanda colectiva de personas conductoras que Uber acabó resolviendo por 8,4 millones de dólares, un tribunal federal de distrito de California rechazó la alegación de la empresa de que las personas demandantes no cumplían la prueba ABC. Uber alegó que, según el criterio B de la prueba, es una empresa de software, de modo que sus personas conductoras no pertenecen a la misma línea de negocio. "Este Tribunal ha sostenido en repetidas ocasiones que tanto Uber como las personas conductoras de Uber están en el negocio del transporte".

En *Lawson v. Grubhub, Inc.,*²⁶ el Noveno Circuito devolvió el caso al tribunal de distrito para que aplicara la prueba ABC para determinar si una persona dedicada a la conducción de reparto de comida era empleada. El conductor argumentó que la prueba del derecho de control ya no se aplica y que la empresa no puede satisfacer el punto B de la prueba ABC porque el trabajo de entrega de comida obviamente no está "fuera del curso habitual del negocio [de Grubhub]".

En el caso East Bay Drywall LLC v. Department of Labor and Workforce Development,²⁷ el Tribunal Supremo de Nueva Jersey (el más alto tribunal del Estado) afirmó que la "prueba ABC" es la principal evaluación que debe utilizarse para determinar si una persona trabajadora es empleada o contratista independiente. Este caso no afectaba a personas trabajadoras de la economía planificada, pero es instructivo porque consolida la prueba ABC y traslada al empleador la carga de demostrar que una persona trabajadora no está mal clasificada.

²² Ver, por ejemplo, Capriole v. Uber Techs, 7 F.4th 854 (9th Cir. 2021) (en el que se considera que los conductores no están exentos de la FAA por participar en el comercio interestatal); Cunningham v. Lyft 17 F.4th (244 1st Cir. 2021); pero ver Haider v. Lyft, No 20-CV-2997, 2021 WL 1226442, (S.D.N.Y. Mar.,2021); Islam v. Lyft, 524 F. Supp 3d 338 (S.D. N.Y.2021) (consideró que los conductores participaban en el comercio interestatal y estaban exentos de la FAA, aunque la cláusula de arbitraje era, no obstante, aplicable en virtud de la legislación del estado de Nueva York).

²³ Ver, por ejemplo, Postmates v. 10,356 Individuals, No. CV 20-2783, 2020 WL 1908302 (C.D. Cal, 2020).

²⁴ 142 S.Ct. 1783 (2022).

²⁵ 338 F.R.D. 123 (N.D. Cal. 2021).

²⁶ 13 F.4th 908, 916-17 (9th Cir. 2021).

²⁷ 278 A.3d 783 (2022).

Eduardo Díaz v. Uber BV y Uber Technologies Uruguay S.A. (Eduardo Diaz v. Uber BV and Uber Technologies Uruguay S.A.)

Fecha: 9 de febrero de 2022

Tribunal: 20º Juzgado de Trabajo de la Capital (Montevideo) (Ficha 2-5251/2021)

Asunto: derecho a vacaciones, horas extras y bonificaciones.

Conclusión: persona trabajadora por cuenta ajena

Decisión:

Un conductor de Uber presentó ante la Justicia Laboral uruguaya un reclamo por el cobro de prestaciones laborales (licencia, sueldo de vacaciones y bonificaciones, etc.) basado en su relación con Uber BV, la cual argumentó era una relación de trabajo subordinado y no comercial. El Tribunal falló a favor del demandante y sostuvo que:

[A través de] la ponderación y valoración de las pruebas reunidas, concluimos [que la relación entre el demandante y Uber era dependiente], una relación laboral por medio de la cual el Sr. Díaz fue insertado, sin posibilidad de discusión o negociación de los términos, en la organización de la empresa llevada a cabo por Uber. Él [conducía para Uber] de acuerdo con las condiciones [unilaterales] [...] impuestas por Uber, incluyendo la remuneración que recibiría por su desempeño.

La sentencia se basa casi exclusivamente en la aplicación de la <u>Recomendación nº 198 de la OIT</u> y se apoya en cada uno de los componentes mencionados en este instrumento, a saber:

- El trabajo se realiza de acuerdo con las instrucciones y bajo el control de otra parte;
- Uber estableció en el contrato de servicios la forma en que se llevarían a cabo los trabajos;
- Uber dirige múltiples aspectos de la prestación del servicio de transporte, bien a través de cláusulas contenidas en el contrato que les vincula, bien a través de comunicaciones que se generan en el curso de la relación, mediante las cuales da instrucciones o incluso sugerencias sobre cómo debe prestarse el servicio;
- Uber articula directrices de comportamiento que deben seguirse durante la relación (por ejemplo, que la persona conductora debe esperar a quien utiliza el servicio durante al menos diez minutos; que debe transportarle directamente a su destino sin interrupciones, etc.);
- Uber se reserva el derecho de bloquear la cuenta de una persona conductora en general, y específicamente por bajas calificaciones resultantes del rechazo de los viajes;
- Las valoraciones de las personas usuarias constituyen un mecanismo de control indirecto por parte de la aplicación y
- la empresa dispone, en todo momento, de información sobre la ubicación de quien conduce a través de la aplicación.

La sentencia concluyó que los hechos en realidad demostraban que Uber es un proveedor de servicios de transporte y que el demandante y otras personas conductoras que utilizan la aplicación son engranajes de la organización de la empresa utilizadas para alcanzar su objetivo ("sin la realización del viaje la empresa no obtiene ingresos"). El negocio de Uber es la provisión de transporte, hasta el punto de que fija unilateralmente la tarifa y puede modificarla en cualquier momento y a su discreción: "el papel de quien conduce se limita, por tanto, a proporcionar el componente material (el vehículo) y la actividad personal necesaria para que Uber cumpla su misión. Quien conduce sigue las condiciones de ejecución, incluido el precio, establecidas por Uber".

Esta sentencia reconocía que el carácter personalísimo del servicio puede faltar en este modelo de negocio.

Sin embargo, en este caso concreto, el conductor no fue sustituido por otra persona, ni compartió el vehículo con otra persona.

Por lo que respecta a la cuestión de la flexibilidad horaria, el tribunal sostuvo:

Sin duda esta modalidad de desempeño flexible resulta peculiar, pero debe ponerse el acento, más que en el tiempo de conexión y su elección por parte del conductor, en que durante la misma, la integración a la organización de Uber es absoluta, la dependencia de lo que determine el algoritmo para desempeñar la tarea es total, ya que el conductor solo visualiza las solicitudes de viaje que Uber le comunica, no entabla contacto directo con su "cliente" sino solo al transportarle y, sobre todo, Uber determina el ingreso monetario que reportará al conductor cada uno de los viajes que realice.

El Tribunal señaló que las pruebas demuestran que el conductor ha estado trabajando ininterrumpidamente desde 2017 y sin ningún otro empleo. El conductor realizaba viajes casi todos los días durante 10 o 12 horas diarias, lo que era necesario "para generarle un ingreso que le permita afrontar los costos que se ve obligado a abonar para mantenerse activo en la plataforma".

La sentencia reconoce que el conductor aporta elementos indispensables para el servicio, como el vehículo, sus costos asociados y el teléfono. Sin embargo, la aplicación Uber es tanto o más importante. La sentencia también afirmaba que

En ello se basa el modelo de negocios de Uber: deslindarse de los costos y responsabilidades que conlleva la herramienta de trabajo, el vehículo automotor, y hacer ver la actividad como una oportunidad de desarrollar un emprendimiento en forma independiente. Sin embargo, nada tiene el conductor de emprendedor más que la titularidad de un registro en DGI y BPS.²⁸ No tiene clientes propios, no fija el precio del servicio que brinda, no desarrolla estrategias de marketing y puede ser privado de la posibilidad de desarrollar la actividad si Uber, por cualquier motivo, decide cortarle el acceso a la conexión.

La sentencia destacaba que Uber paga periódicamente a las personas que conducen para Uber (por ejemplo, semanalmente) y que esta era la única fuente de ingresos de estas personas. Esta relación constituye una "dependencia económica de Uber". En este punto, la sentencia también hace referencia a la falta de exclusividad (es decir, la posibilidad de que una persona conductora trabaje simultáneamente con otras aplicaciones que prestan servicios de transporte), reconociendo así que la pluriactividad es una realidad y que Uber no exigía exclusividad.

Como cuestión secundaria, cabe señalar que la sentencia rechazó la cláusula de arbitraje porque va en contra de la legislación uruguaya y porque el contrato entre Uber y el conductor es un contrato de adhesión. La cláusula de arbitraje en los términos y condiciones requiere que cualquier disputa se resuelva mediante arbitraje en los Países Bajos. También declaró que se estableció una relación económica entre Uber y la empresa local que la sustenta, lo que la hace responsable solidaria. El tribunal ordenó el pago de las obligaciones laborales mientras durara la relación, ya que el conductor seguía realizando el trabajo.

Nota: esta decisión está siendo revisada por un Tribunal de Apelación (2ª instancia).

News:

<u>Uber está "preocupada" por dos fallos en su contra en cinco días: qué deberá pagar a los conductors,</u> El País Uruguay, 19 de febrero de 2022.

²⁸ Autoridades responsables de los impuestos y la seguridad social.

<u>Carlos Herrera v. Uber BV y Uber Technologies Uruguay S.A. (Carlos Herrera v. Uber BV and Uber Technologies Uruguay S.A.)</u>

Fecha: 14 de febrero de 2022 y 1 de junio de 2022

Tribunal: 9º Juzgado del Trabajo de la Capital y 3ª Cámara de Apelaciones del Trabajo

(Montevideo - Uruguay)

Tema: calificación como trabajador dependiente y pago de prestaciones laborales (excedencia,

salario de vacaciones y bonificación navideña).

Conclusión: empleado

Decisión:

Este caso involucró a un conductor de Uber que, después de renunciar voluntariamente, alegó que se estableció una relación de trabajo subordinado durante el curso de su trabajo. Demandó las obligaciones laborales que la legislación uruguaya confiere a los trabajadores dependientes (es decir, permisos, días libres pagados y bonificaciones de fin de año).

La sentencia analizó todos los elementos de hecho. Al hacerlo, afirmó que

se aprecian indicios que podrían determinar que la relación se calificara como independiente, a saber: que es el conductor quien define la cantidad de tiempo que le dedicará al servicio. Que es el socio quien debe proporcionar el vehículo y hacerse cargo de los gastos. La ausencia de órdenes directas de cómo debe prestarse el servicio más allá de las sugerencias que realiza la compañía. La imposibilidad de control directo sobre la forma en que se presta el servicio, sin perjuicio de aspectos que, sí pueden controlarse en tiempo real como la ruta que sigue el vehículo, el tiempo de viaje y la calificación del servicio de los usuarios. Como así también la inexistencia de exclusividad [...], y la posibilidad de tener un conductor que maneje el vehículo, distinto al demandante [...]. [La sentencia se dicta considerando esta prueba y teniendo] presente que en nuestro país no existe la presunción de la relación laboral como ocurre en otros países [...].

La sentencia identificó los siguientes elementos que favorecen la opinión contraria:

- El precio del servicio lo fija la empresa sin posibilidad de negociación por parte de la persona socia.
- El tipo de condiciones o sugerencias incluidas en las pautas de servicio, que la persona afiliada debe observar, suponen una injerencia por parte de la empresa más cercana a un contrato laboral que a una prestación de servicios.
- La facultad unilateral de cancelar el acceso al servicio a una persona socia que no cumpla las sugerencias o directrices del servicio o que reciba críticas negativas de las personas usuarias.
- El potencial poder de control de la plataforma sobre la forma en que se presta el servicio (es decir, ruta, tiempo de viaje y valoración de las personas usuarias) y la posibilidad de que Uber asuma la solución de algunos de los problemas que la persona socia pueda tener en la ejecución del servicio de transporte.
- La persona que provee el servicio no tiene libertad para elegir a su clientela porque la plataforma centraliza las solicitudes y las asigna a sus "personas colaboradoras" mediante algoritmos.
- El precio se fija mediante algoritmos a través de un mecanismo predictivo, que impone a quien conduce (es decir, a la persona trabajadora) una ruta determinada independientemente de sus preferencias. Al mismo tiempo, la empresa se reserva la opción de ajustar los precios si la persona trabajadora ha elegido una ruta ineficiente. Por tanto, hay actividad personal y el servicio es oneroso.

Partiendo de la teoría clásica de la relación laboral, el tribunal hizo hincapié en los poderes del empleador de dirección y de control. En cuanto al poder de dirección, el tribunal afirmó que: "[s]i bien la mayoría de las

condiciones que plantea Uber son 'sugerencias', la actividad del conductor está siendo dirigida". En cuanto al poder de control, el Tribunal señaló lo siguiente:

Existe control directo al disponer del bloqueo del acceso a la plataforma, por ejemplo en las situaciones de: la entrega de una tarjeta al cliente o cuando exista un maltrato al cliente y este lo denuncie o cuando se rechacen varias solicitudes de servicio exigiendo una tasa de aceptación mínima. También Uber recibe y se sirve de las calificaciones que dan los usuarios a efectos de determinar la continuidad o no del vínculo. Además de que las aplicaciones están equipadas con un sistema de seguimiento geográfico que les permiten monitorear la posición en tiempo real y registrar el número total de kilómetros recorridos.

La sentencia hace referencia a la Recomendación nº 198 de la OIT como argumento que complementa la teoría clásica. Así, el tribunal entiende que existe una integración de la persona conductora en la empresa. Expresa que "el conductor nunca podría desarrollar el servicio por su cuenta sin la plataforma a la que pertenece". El tribunal también observa que el trabajo se realiza siguiendo instrucciones y bajo el control de Uber, que se realiza única o principalmente en beneficio ajeno y que el trabajo tiene una duración determinada y una cierta continuidad. Además, la sentencia hace referencia a la dependencia económica de las personas conductoras porque Uber suele representar su principal fuente de ingresos.

El fallo rechazó el arbitraje como mecanismo válido de resolución de conflictos entre el conductor y Uber porque va en contra de la legislación uruguaya y fue impuesto por Uber a través de un contrato de adhesión. También consideró que existía una unión económica entre Uber y la empresa local, por lo que ambas partes eran responsables.

El 2 de junio de 2022, el Tribunal de Apelaciones del Trabajo del 3er Circuito confirmó la sentencia, que resolvió definitivamente el caso. En primer lugar, verificó que en Uruguay el arbitraje no es un mecanismo válido para la resolución de conflictos laborales. También concluyó que, pese a los argumentos de Uber, la función de soporte de la empresa local constituye —junto con la matriz en los Países Bajos que maneja el algoritmo, asigna los viajes, realiza los pagos, etc.— un todo económico y, por lo tanto, son responsables solidarios. En cuanto a la cuestión fundamental, la naturaleza de la relación, el tribunal comparte "la valoración de los hechos y de las pruebas realizada por el juez de primera instancia, así como la conclusión alcanzada y su fundamentación".

El Tribunal de Apelación se centró en los siguientes aspectos de la decisión del tribunal inferior:

• El debate sobre la actividad de Uber:

Sin el transporte de los pasajeros en forma individual la empresa no obtiene ganancias y no tiene razón de existir. Es el transporte de pasajeros en forma individual la razón de ser del andamiaje por el cual la demandada se vincula con los conductores. Sin la actividad de los conductores la empresa no puede funcionar. Si bien la organización de la empresa parte de la premisa de la libertad de los conductores en cuanto al tiempo y lugar en que se conectan y por tanto, están a disposición de la empresa, como se expresa en la Sentencia del TAT 1° N° 89/2020, lo que importa es cómo se desempeña la tarea durante la conexión. Y durante la misma los conductores están sometidos al poder de dirección de la demandada lo que delega en los usuarios que tienen que calificar al conductor, lo que incide en la relación del conductor con la demandada. A la demandada no le es indiferente cómo presta el servicio el conductor, sino que lo controla a través de los usuarios.

• El carácter personal de la relación. Sobre esta cuestión, el tribunal declaró que

cabe establecer que el hecho de los conductores asociados al titular del auto. [En este caso, el

demandante era el propietario del coche y otros dos conductores estaban vinculados a él]. [Este hecho] no significaba que la tarea del demandante pudiera ser desempeñada indistintamente por uno y otro, puesto que los tres estaban registrados en Uber como socios conductores. Y si bien lo generado por los tres era depositado en la cuenta del demandante, había un registro de viajes respecto de cada uno de ellos, y, por tanto, cada uno de los conductores asociados al vehículo del demandante sabía lo que había generado. El vínculo de éstos era con Uber a través del vehículo del demandante, no era con el demandante, no eran dependientes del demandante, no era él quien los remuneraba, ni quien les daba las indicaciones, era Uber quien controlaba lo que generaba cada uno. Y prueba de ello es que la demandada no controvierte la liquidación de los rubros reclamados por el demandante, que considera exclusivamente lo generado por los viajes realizados en forma personal por él.

La exclusividad del servicio:

En cuanto a la trascendencia que asigna la demandada a que [el demandante pudiera trabajar para otras empresas], el tribunal considera que dado que esta otra aplicación —Cabify— tenía poca trascendencia en el trabajo diario [...] y que la exclusividad no es un requisito excluyente de la existencia de relación laboral, ello no logra desvirtuar que el demandante estaba inmerso en la organización de Uber y trabajaba sometido a las directivas de la misma.

Para el tribunal, [este análisis] es sui generis si consideramos el modelo tradicional del trabajo dependiente, y por tanto se requiere de un mayor esfuerzo para interpretar cómo se ejecutó el vínculo entre las partes en los hechos. Pero los elementos a favor de la existencia de la relación laboral que se verifican son concluyentes en cuanto a que estamos ante una relación laboral.

La fijación de tarifas, la asunción de riesgos y la integración de las personas conductoras en la empresa:

el mecanismo de la remuneración es especial, pero es la demandada quien cuenta con la información y los mecanismos para determinar cuál es la ganancia que pretende y con base a ello fija la remuneración de los conductores, considerando que estos asumen los gastos del vehículo. Si bien ello implica asumir parte de los riesgos, no excluye que en definitiva los conductores realizan una tarea neurálgica para el funcionamiento de la empresa y que cuando están conectados, esta organiza y controla cómo se desempeña la misma.

Por otra parte, el porcentaje de aceptación de viajes también es controlado por la empresa, por lo que las consecuencias que esto pueda tener sobre los conductores depende de la política de la empresa; de hecho, sí ha tenido consecuencias según lo declarado por algunos testigos. No obstante, el especial mecanismo de funcionamiento de la empresa debe ser tenido en cuenta en el análisis, y ello no altera lo referido anteriormente sobre la integración del demandante en las operaciones de la empresa y el sometimiento del demandante al poder de dirección de la empresa.

COMENTARIOS Y ANÁLISIS ADICIONALES SOBRE LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES A ESCALA MUNDIAL:

- 1. Felix Hadwiger, International Labour Organization, <u>Realizing the Opportunities of the Platform Economy Through Freedom of Association and Collective Barganing</u> (2022).
- 2. Alan Bogg & Michael Ford, <u>Employment Status and Trade Union Rights: Applying Occam's Razor</u>, INDUST. L.J., septiembre de 2022.
- 3. Conditions of Work and Equality Dept., International Labor Organization, <u>Decent Work in the Platform Economy</u>, ILO Doc. MEDWPE/2022 (2022).
- 4. Niels van Doorn, Fabian Ferrari, y Mark Graham, <u>Migration and Migrant Labour in the Gig Economy: An Intervention</u>, Brit. Socio. Ass'n, julio de 2022.
- 5. Inga Sabanova & Delia Badoi, Friedrich Ebert Stiftung, <u>Policy Report: Online Platforms and Platform Work</u>, (2022).
- 6. Karen Hao & Nadine Freischlad, <u>The Gig Workers Fighting Back Against the Algorithms</u>, MIT Тесн. Rev., abr. 2022) (Indonesia).
- 7. Antonio Aloisi, <u>Platform Work in Europe: Lessons Learned, Legal Developments and Challenges Ahead</u>, 13 Eur. Lab. L.J. 4 (2022).
- 8. Cansu Safak & James Farrar, Worker Info Exchange, <u>Managed by Bots: Data-Driven Exploitation in the Gig Economy</u> (2021).
- 9. Adrian Todoli-Signes, Making Algorithms Safe for Workers: Occupational Risks Associated with Work Managed by Artificial Intelligence, 27 Transfer: European Rev. Lab. & Res. 433 (2021).
- 10. Valerio De Stefano et al., <u>Platform Work and the Employment Relationship</u> (ILO, Working Paper No. 27, 2021).
- 11. Jan Drakokoupil & Kurt Vandaele, A Modern Guide to Labour and the Platform Economy (2021).

LEGISLACIÓN Y NORMATIVAS

CHILE - No. 21.431

Esta ley, que entró en vigor en marzo de 2022, establece disposiciones que se aplican tanto a personas trabajadoras dependientes como las independientes, pero no busca definir las categorías, sino que dice que estas se determinarán de acuerdo con el artículo 7 del Código del Trabajo (legislación preexistente según la cual el Contrato Individual de Trabajo se da con la existencia de i) prestación personal del servicio, ii) dependencia y subordinación y iii) remuneración, como elementos determinantes de la relación laboral). La ley consta de cuatro párrafos sustantivos: el primero contiene las definiciones; el segundo, los derechos de las personas trabajadoras de plataformas dependientes; el tercero, los derechos de las personas trabajadoras independientes que trabajan en plataformas y el cuarto, los derechos que se aplican a ambas categorías.

Con fecha 19 de octubre de 2022, la Dirección del Trabajo (cuya misión es promover y velar por el eficiente cumplimiento de la legislación laboral) emitió el <u>Dictamen No. 1831/39</u> sobre Trabajadores de Plataformas Digitales de Servicios, fijando el sentido y alcance de la ley, dirigido a los Directores Regionales del Trabajo. El dictamen sostiene, entre otras cosas, que, en virtud de esta ley, la Dirección del Trabajo estaría facultada para determinar si se constatan indicios de laboralidad que se traduzcan en una relación bajo subordinación y dependencia conforme a los requisitos establecidos en el artículo 7° del Código del Trabajo. En consecuencia, no sería necesario que los tribunales de justicia determinen la naturaleza jurídica del vínculo que une a las personas trabajadoras con la plataforma tecnológica. Esto ha generado una fuerte reacción por parte de las empresas de plataformas que han demandado ante tribunales el mencionado acto administrativo, por considerar que la Dirección del Trabajo se estaría extralimitando en sus competencias. A la fecha de redacción de este informe no se ha producido ninguna decisión judicial al respecto.

Comentario y noticias:

- Jorge Leyton García et al., Fairwork, New Regulation of Platform Work in Chile: a Missed Opportunity? (2022)
- Jorge Leyton García et al., <u>Chile: Nueva Ley Laboral "asegura" derechos muy difíciles de exigir</u>, Dosis Académia, Mar. 2022.

UNIÓN EUROPEA

En la Parte I de este informe se analiza en profundidad <u>la propuesta de directiva</u> de la Comisión Europea sobre el trabajo en plataformas. La propuesta de directiva aún se está debatiendo y modificando.

A continuación encontrará comentarios adicionales sobre la directiva propuesta:

- Regulating algorithmic management: An assessment of the EC's draft Directive on improving working conditions in platform work (septiembre de 2022)
- The EU Commission's proposal for a Directive on Platform Work: an overview (julio de 2022)
- De-gigging the labour market? An analysis of the 'algorithmic management' provisions in the proposed Platform Work Directive (julio de 2022)
- DISPATCH NO. 40 EUROPEAN UNION THE EU PROPOSAL FOR A DIRECTIVE ON IMPROVING WORKING CONDITIONS IN PLATFORM WORK (enero de 2022)

En septiembre del 2022 la Comisión Europea aprobó formalmente las Directrices sobre la aplicación de la legislación de la UE en materia de competencia a los convenios colectivos relativos a las condiciones de trabajo de las personas trabajadoras por cuenta propia. Estas directrices establecen que en situaciones en las que las personas trabajadoras por cuenta propia "se encuentran en una situación comparable a la de las personas trabajadoras por cuenta ajena", sus convenios colectivos quedan fuera del ámbito de aplicación del Derecho de la competencia. Además, la Comisión Europea no hará cumplir las normas de competencia

de la UE contra los convenios colectivos en casos de claro desequilibrio del poder de negociación entre las personas trabajadoras y su contraparte. Las directrices no definen a las personas trabajadoras por cuenta propia en situaciones comparables a las de las personas trabajadoras por cuenta ajena, pero proporcionan ejemplos, entre ellos quienes: prestan servicios exclusiva o fundamentalmente a una sola empresa; trabajan al lado de personas trabajadoras asalariadas y prestan servicios a una plataforma digital de trabajo o a través de ella. Las directrices definen el desequilibrio de poder cuando las contrapartes son "económicamente más fuertes" o "cuando negocian colectivamente con arreglo a la legislación nacional o de la UE".

Comentario:

Despoina Georgiou, <u>An Assessment of the EU's Draft Guidelines on the Application of EU Competition Law to Collective Agreements of the Solo Self-Employed</u>, Comp. PoL'Y INT'L, julio de 2022.

PORTUGAL - LEI NO. 45/2018

Esta ley, que entró en vigor en noviembre de 2018, establece un marco jurídico para el transporte de pasajeros y pasajeras que pagan a vehículos ordinarios a través de una plataforma electrónica (TVDE). Esta ley crea una presunción de la condición de persona trabajadora por cuenta ajena entre las y los conductores y las empresas de plataformas digitales y establece límites máximos de conducción de 10 horas al día, así como un mecanismo de demandas. La ley exige un contrato escrito entre la persona conductora y la empresa de la plataforma y exige que las y los conductores completen un curso de formación antes de recibir la licencia necesaria.

Comentario:

Emanuele Leonardi & Giorgio Pirina, *Uber in the Portuguese Gig Economy: A Laboratory for Platform Capitalism*, 14 Work Org., Lab. & Globalisation 46 (2020)

ESPAÑA - LEY RIDERS

La Ley Riders España entró en vigor en agosto de 2021, se aplica a las plataformas de reparto de comida y crea una presunción refutable de laboralidad para las personas dedicadas al reparto. La presunción refutable existe cuando se cumplen las cuatro condiciones siguientes: (1) la prestación de servicios por una persona; (2) la entrega de bienes a un consumidor final; (3) el ejercicio directo o implícito de la dirección del empleador a través de una plataforma digital y (4) el uso de un algoritmo para gestionar el servicio y determinar las condiciones de trabajo. La ley también exige que estas empresas informen a las personas dedicadas al reparto de comida a domicilio sobre cómo los algoritmos y la inteligencia artificial afectan sus condiciones de trabajo, contrataciones y despidos. Esta ley se aplica exclusivamente a las personas dedicadas al reparto de comida a domicilio que trabajan para empresas de plataformas digitales y no se aplica a otras personas trabajadoras de la economía de plataformas digitales.

Comentarios y noticias:

- Gig Economy Project Uber Eats Joins Glovo in Abandoning Spain's Rider's Law on Its 1 Year Anniversary, Brave
 New Europe, Agosto de 2022.
- European Agency for Safety and Health at Work, <u>Spain: The 'Riders' Law', New Regulation on Digital Platform Work</u> (2022).
- Gig Economy Project Spain's Riders Law Comes into Force: Here's What You Need to Know, Brave New Europe, Agosto de 2021.
- EuroFound, <u>Riders' Law</u> (20 de agosto de 2021).

ESTADOS UNIDOS

En Estados Unidos se han producido reformas legislativas a nivel estatal en relación con las personas trabajadoras de la economía de plataformas digitales.

En el estado de Washington, la ley <u>HB 2076</u>, que entró en vigor en junio de 2022, creó de hecho una tercera clasificación laboral para las y los conductores de viajes compartidos de las empresas de transporte, a quienes se sigue tratando como contratistas independientes, pero también se exige a las empresas que les proporcionen unos pagos mínimos por viaje, licencias por enfermedad remuneradas y prestaciones de compensación. La ley ha sido ampliamente criticada por muchos sindicatos y por quienes defienden a las personas trabajadoras, así como por quienes representan a los empleadores. Sin embargo, hay interés por este modelo en otras jurisdicciones. La ciudad de Seattle, en el estado de Washington, promulgó casi al mismo tiempo una legislación similar aplicable a sus conductores y conductoras municipales que trabajan en aplicaciones.²⁹

En Massachusetts, en junio de 2022, el Tribunal Judicial Supremo dictaminó que una propuesta de iniciativa electoral de Massachusetts para redefinir la clasificación laboral de las personas conductoras de empresas de viajes compartidos como Uber y Lyft, convirtiéndolas en contratistas independientes, no era apta para su inclusión en la papeleta electoral de todo el estado porque agrupaba indebidamente cuestiones políticas distintas. Con la esperanza de aprovechar su éxito en la financiación de un referéndum similar, la Proposición 22, que fue aprobada por las personas votantes en una campaña electoral muy engañosa de 2020 en California, Uber y Lyft habían gastado millones de dólares en su fallido proyecto de Massachusetts.

En Nueva Jersey, tanto en 2020 como en 2021, se promulgaron leyes para poner fin a la clasificación errónea de las personas trabajadoras. Estas leyes incluyen sanciones administrativas de 250 dólares por clasificación errónea la primera vez y de hasta 1.000 dólares por persona trabajadora por cuenta ajena mal clasificada por cada infracción posterior. Además, la persona trabajadora por cuenta ajena tiene derecho a percibir hasta el 5% de sus ingresos brutos durante el último año. En virtud de otra ley que entró en vigor en enero de 2022, "los empleadores que 'a propósito' o 'a sabiendas' clasifican erróneamente a las personas trabajadoras por cuenta ajena en virtud de la New Jersey Insurance Fraud Prevention Act (Ley de Prevención del Fraude de Seguros de Nueva Jersey, NJIF- PA) pueden estar sujetos a sanciones por fraude que incluyen multas a partir de 5.000 dólares por la primera infracción, 10.000 dólares por la segunda infracción y 15.000 dólares por cada infracción posterior". Nueva Jersey ha consagrado la prueba ABC en NJ Rev Stat §43:21-19 (6)(i) para determinar la clasificación laboral y hace referencia a esta norma en las nuevas leyes para combatir la clasificación errónea.

Noticias:

Cade Metz, *Uber Agrees to Pay N.J. \$100 Million in Dispute Over Drivers' Employment Status*, N.Y. TIMES, 12 DE SEPTIEMBRE DE 2022..

En California, más de un año después de que un tribunal de primera instancia declarara inconstitucional la iniciativa electoral de la Proposición 22, que excluía a determinadas personas trabajadoras de aplicaciones informáticas de la prueba de clasificación AB-5, el Tribunal de Apelación aún no se ha pronunciado sobre el caso (Castellanos v. California). Mientras tanto, el Tribunal de Apelación del Noveno Circuito y varios tribunales federales de distrito han sostenido que, incluso si finalmente se declara constitucional, la Proposición 22 no se aplicaría retroactivamente para reducir las reclamaciones salariales de las personas trabajadoras regidas por la prueba de clasificación errónea ABC de la decisión Dynamex o su versión codificada en AB-5 (aunque los daños presumiblemente cesarían a partir de la aprobación de la Proposición 22 en noviembre de 2020). Si finalmente los tribunales confirman la inconstitucionalidad de la Proposición 22, las personas trabajadoras en casos de clasificación errónea como contratistas independientes, ya sea en los tribunales o

²⁹ Seattle Council Bill 120294 (June 2022).

en arbitraje, deberían poder reclamar daños y perjuicios a través del presente.30

Comentario:

- Veena Dubal, <u>The False Promise of "Third-Category" Worker Laws</u>, Regul. Rev., 19 de abril de 2022.
- Veena Dubal, <u>Economic Security & the Regulation of Gig Work in California: From AB5 to Proposition 22</u>, 13
 Eur. Lab. L.J. 51 (2022).
- Lynn Rhinehart et al., Economic Policy Institute, Misclassification, the ABC test, and Employee Status (2021).

Departamento de Trabajo de Estados Unidos - Propuesta de nueva norma

El 11 de octubre de 2022, el Departamento de Trabajo de los Estados Unidos (DOL, por sus siglas en inglés) presentó una nueva propuesta de norma que, de ser definitiva, actualizaría y mejoraría la prueba utilizada para determinar si una persona trabajadora es contratista independiente o empleada en virtud de la ley laboral federal de los Estados Unidos relativa al salario mínimo y el pago de horas extraordinarias, la Ley de Normas Justas de Trabajo. El público dispondrá ahora de 45 días para presentar observaciones y, tras la publicación por el DOL de una norma definitiva, es casi seguro que habrá impugnación judicial por parte de grupos de empleadores.

Una vez en vigor, sin embargo, la norma se aplicaría a la mayoría de los sectores ocupacionales, incluidos los que trabajan en viajes compartidos, entrega de alimentos y otros servicios de economía de plataforma común. La norma pondría en marcha una prueba de realidad económica de seis factores y la totalidad de las circunstancias para determinar la condición de persona trabajadora por cuenta ajena. También reemplazaría una norma de la era Trump que proporcionaba un análisis estrecho que se centraba en solo dos factores y le facilitaba el trabajo a aquellos empleadores que buscaban evitar responsabilidades laborales básicas categorizando falsamente a sus empleados y empleadas como contratistas independientes.

Con arreglo a la nueva norma, el Departamento de Trabajo aplicará una prueba de realidad económica que no se basa en factores aislados, sino en las circunstancias de la actividad en su conjunto, para responder a la pregunta de si la persona trabajadora depende económicamente del empleador. Los seis factores que deben tenerse en cuenta son: 1) la posibilidad de que la persona trabajadora obtenga beneficios o pérdidas gracias a su capacidad de gestión; 2) las inversiones realizadas por la persona trabajadora y el empleador; 3) el grado de permanencia de la relación laboral; 4) la naturaleza y el grado de control del empleador; 5) la medida en que el trabajo realizado forma parte integral de la actividad empresarial del empleador y 6) el uso de conocimientos especializados e iniciativa para realizar el trabajo. También se incluye un séptimo punto general titulado "factores adicionales".

³⁰ See, e.g., Rogers v. Lyft, Inc., 452 F. Supp. 3d 904 (2020), affd Rogers v. Lyft, No. 20-15689, 2022 WL 2866364 (9th Cir. July 21, 2022).

