

DOCUMENTOS DE **PROYECTOS**

La regulación del trabajo en las empresas de plataforma virtual de Costa Rica

Alexander Godínez Vargas



NACIONES UNIDAS

CEPAL



cooperación
alemana

DEUTSCHE ZUSAMMENARBEIT

Gracias por su interés en esta publicación de la CEPAL



Si desea recibir información oportuna sobre nuestros productos editoriales y actividades, le invitamos a registrarse. Podrá definir sus áreas de interés y acceder a nuestros productos en otros formatos.

 www.cepal.org/es/publications

 www.cepal.org/apps

Documentos de Proyectos

La regulación del trabajo en las empresas de plataforma virtual de Costa Rica

Alexander Godínez Vargas



Este documento fue preparado por Alexander Godínez, Consultor de la Unidad de Estudios del Empleo de la División de Desarrollo Económico de la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), en el marco del programa de cooperación CEPAL-BMZ/GIZ, "Sendas de desarrollo sostenible para países de ingresos medios en el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible en América Latina y el Caribe (2018-2020)", clúster cambio digital, ejecutado por la CEPAL en conjunto con la Deutsche Gesellschaft für Internationale Zusammenarbeit (GIZ) y financiado por el Ministerio Federal de Cooperación Económica y Desarrollo de Alemania (BMZ).

Las opiniones expresadas en este documento, que no ha sido sometido a revisión editorial, son de exclusiva responsabilidad del autor y pueden no coincidir con las de la Organización.

Publicación de las Naciones Unidas
LC/TS.2020/71
Distribución: L
Copyright © Naciones Unidas, 2020
Todos los derechos reservados
Impreso en Naciones Unidas, Santiago
S.20-00389

Esta publicación debe citarse como: A. Godínez Vargas, "La regulación del trabajo en las empresas de plataforma virtual de Costa Rica", *Documentos de Proyectos* (LC/TS.2020/71), Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2020.

La autorización para reproducir total o parcialmente esta obra debe solicitarse a la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), División de Publicaciones y Servicios Web, publicaciones.cepal@un.org. Los Estados Miembros de las Naciones Unidas y sus instituciones gubernamentales pueden reproducir esta obra sin autorización previa. Solo se les solicita que mencionen la fuente e informen a la CEPAL de tal reproducción.

Índice

Introducción	5
I. La cuarta revolución industrial y sus necesidades regulatorias	9
A. La cuarta revolución industrial redimensiona el modelo organizativo	9
B. La dimensión de la fuerza de trabajo	10
C. La incidencia de las EPV en las relaciones de trabajo formal	11
II. El análisis de la economía de plataformas en el contexto internacional	13
A. La labor fiscalizadora de los cuerpos de inspección del Estado	14
B. La judicialización de los conflictos ante los tribunales de justicia	17
1. El perfil del conflicto	18
2. Los temas en controversia	18
3. La caracterización de los servicios analizados	19
4. La posición de las EPV	22
5. La diversidad de sentencias judiciales	24
C. El ejercicio del poder normativo del Estado	36
1. La regulación de la actividad: como eje prioritario	37
2. Iniciativas dirigidas a asegurar un mínimo de protección	38
3. Expectativas de cambio en América Latina	43
D. Las iniciativas impulsadas por las mismas partes en ausencia de regulación expresa	44
1. Promovidas por los prestadores de servicio	44
2. Promovidas por las EPV	47
3. Promovidas por las organizaciones sindicales	47

III.	El análisis de la economía de plataformas en el contexto nacional.....	51
A.	El concepto de trabajador dentro de las fronteras del modelo típico	51
1.	La prestación personal del servicio y la diferencia entre relación de trabajo y contrato de trabajo	53
2.	El concepto de trabajador y sus elementos esenciales	55
3.	La construcción y uso de los listados de indicios	56
4.	De sensibilidades y prejuicios.....	59
5.	El principio de primacía de la realidad y los intentos por eludirlo.....	60
B.	Los cambios tecnológicos, productivos y financieros que ya habían sometido a stress el modelo típico del código de trabajo y demostrado la flexibilidad del concepto clásico de trabajador subordinado	61
1.	Los cambios tecnológicos.....	61
2.	Los cambios productivos y financieros que propiciaron relaciones de tercerización	61
3.	La flexibilización de las categorías tradicionales y la adaptabilidad del concepto de subordinación a nuevas modalidades de trabajo	61
C.	El estado actual de la discusión nacional sobre la presencia de las plataformas virtuales y la naturaleza de las relaciones de empleo entre ellas y los prestadores de servicios	64
1.	Su situación legal y las iniciativas de regulación.....	64
2.	La naturaleza del vínculo y la intervención de las autoridades administrativas y judiciales encargadas de definir el régimen jurídico aplicable	86
3.	Las plataformas digitales en la agenda de los actores sociales	91
4.	Las acciones reivindicativas de los propios prestadores de servicios	91
IV.	La elaboración de políticas públicas en el contexto costarricense	93
A.	La cuestión de inicio: el concepto de trabajador	95
1.	La insuficiencia de las categorías legales: entre congruencias e incongruencias.....	95
2.	La reforma legal	97
3.	Las alternativas judiciales	100
4.	El concepto de trabajador en el futuro del trabajo	108
B.	Las obligaciones sociales y fiscales vinculadas con la adaptación de la protección social al trabajo en plataformas virtuales	112
1.	Adaptar mecanismos de seguridad social y fiscales, que mediante mecanismos tecnológicos simplifiquen la cobertura de los trabajadores, independientemente de la calificación jurídica de su contrato	112
2.	Crear y reforzar mecanismos de financiamiento	114
C.	Las acciones complementarias.....	115
1.	De la acción colectiva al diálogo social	115
2.	Las acciones fiscalizadoras por los cuerpos de inspección del Estado.....	118
V.	Conclusiones y recomendaciones.....	121
	Bibliografía.....	125

Introducción

La existencia de trabajadores que ejecutan sus labores por medio de las Empresas que administran Plataformas Virtuales (EPV) y aplicaciones (Apps) en dispositivos móviles, a la vez que ha dejado de ser una novedad para constituirse en una realidad tangible, también ha implicado un reto a las instituciones tradicionales del Derecho del Trabajo y la Seguridad Social, en tanto las características del servicio prestado no encuadra en las categorías históricas que tipifican el contrato de trabajo y el trabajo independiente.

La aparición de las EPV viene precedida de un vertiginoso y universal proceso de innovación tecnológica; facilitado por el desarrollo de la internet y el acceso masivo a los dispositivos móviles y sus Apps. En este escenario, resurge la discusión cíclica, de si estas nuevas tecnologías acabarán por afectar los puestos de trabajo de la forma en la que actualmente los conocemos y si ello nos llevará a las sabidas apoloías sobre el fin del trabajo.

El número exponencial de trabajadores que se incorporan a estas nuevas modalidades de trabajo, como una medida de enfrentar la permanente o creciente tasa de desempleo, agravado ahora por la pandemia del Coronavirus (COVID-19) y la insuficiencia de las políticas públicas encargadas de generar nuevas opciones de trabajo, además de la necesidad de una mayor y más efectiva conciliación de la vida laboral y familiar, constituyen la visión positiva de un fenómeno al que también se le relaciona con el déficit de trabajo decente, al fomentar empleo en condiciones de precariedad y dificultar la transición a la formalidad, uno de los Objetivos de Desarrollo del Milenio y de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible, aprobadas por Naciones Unidas en 2000 y 2015.

La economía de plataformas constituye una pujante actividad empresarial, que congrega a una cantidad cada vez más significativa de trabajadores que demandarán en el futuro, prestaciones básicas de protección social, independientemente del status jurídico que se les asigne a sus contratos desde una perspectiva legal laboral. El costo para cubrir estas necesidades constituye un desafío, ante la falta de información y transparencia sobre la cantidad de trabajadores involucrados y las dimensiones del negocio, así como de los ingresos que unos y otros perciben por medio de este nuevo modelo de organización del trabajo.

Adicionalmente, la posibilidad de reducir los costos de transacción hasta ahora usuales y una notable fragmentación del proceso productivo, ha motivado el interés de las empresas por crear o aprovechar estas plataformas, de modo que por medio de ellas se reduzca de manera sensible la necesidad de financiar grandes estructuras organizativas. La descentralización, otrora la mejor de las opciones para reducir costos operativos, ha sido superada con creces, en algunos sectores, por estos nuevos modelos de prestación de servicios¹. El prestador del servicio asume el costo de las herramientas tecnológicas básicas, mientras el empleador traslada la vigilancia y control de las tareas a los usuarios y algoritmos de la plataforma. Incluso, la remuneración por el servicio, solo se efectúa cuando el usuario solicita efectivamente el servicio² —de allí, el término de *on-demand economy*—, obteniendo de todo esto márgenes de productividad y utilidad mayores a los habituales, pues el riesgo de la actividad por periodos de improductividad asociados a los ciclos normales de todo mercado los asume el prestador del servicio.

La búsqueda de menores costos, asociados a acusaciones de competencia desleal, amenazan con provocar también la pérdida de empleos formales que paulatinamente engrosan el colectivo de trabajadores que prestan sus servicios por medio de plataformas virtuales.

En una época en la que, rebasado el primer siglo desde la constitución de la OIT en 1919, nos cuestionamos que será del futuro del trabajo, la necesidad de que los trabajadores de las EPV presten sus servicios en condiciones dignas, es un deber de todos.

En el ámbito internacional la ausencia casi generalizada —salvo los casos que se analizarán de Francia, Italia y el estado de California en Estados Unidos de América— de regulaciones legales que definan la naturaleza jurídica de estos trabajadores de forma asertiva y revisen sus condiciones de trabajo, ha dado paso a intentos sistemáticos de los servicios de inspección del Estado por atender las necesidades de protección social de estos trabajadores. A la vez, las resoluciones judiciales comienzan a perfilar una respuesta, que cada vez es más uniforme en el sentido de que se está en presencia de falsos autónomos o en cualquier caso, no encuadran dentro de la categoría de trabajadores por cuenta propia o independientes, y que en el caso de las EPV, lejos de ser simples intermediarias entre los usuarios del servicio y quienes lo prestan, se han inclinado por constituirse, al menos en servicios geolocalizados, en organizaciones empresariales que determinan las condiciones del servicio de manera unilateral, dirigiendo y supervisando las tareas y actividades ofrecidas al usuario, asegurándose con ello el control y el éxito comercial de la marca que explotan.

Mientras tanto, a la espera de las decisiones judiciales, acciones o políticas públicas, las EPV, sus trabajadores y algunas organizaciones sindicales que les representan, ha sido partícipes de muy diversas experiencias, que incluyen códigos de conducta, negociaciones colectivas, redes sociales o páginas web donde compartir información, analizar prácticas y organizar actividades reivindicativas.

En el contexto nacional, las iniciativas emprendidas para afrontar los desafíos derivados de esta nueva modalidad de trabajo, además de escasas, están lejos de los caminos ya recorridos por numerosos países, cuyas experiencias y buenas prácticas nos debería permitir avanzar con mayor seguridad en la definición de políticas públicas que orienten su regulación hacia condiciones de trabajo decente.

¹ La economía colaborativa, *On-demand economy*, *Crowdsourcing*, *uber economy* y otras formas de descentralización productiva. 7 de octubre del 2015, disponible en <https://adriantodoli.com/2015/10/07/la-economia-colaborativa-on-demand-economy-crowdsourcing-uber-economy-y-otras-formas-de-descentralizacion-productiva/> (consultado 23-11-19, 11:09 hrs.).

² Los retos laborales de la 'on-demand economy': el caso Uber, disponible en <https://blog.cuatrecasas.com/laboral/los-retos-laborales-de-la-on-demand-economy-el-caso-uber/> (consultado 21-12-19, 10:31 hrs.).

Las iniciativas de ley están orientadas a resolver la ilegalidad de la prestación del servicio remunerado de personas por medio de estas EPV, de modo que lo social es secundario frente al desafío económico y fiscal que ello significa. De hecho, la casi totalidad de los proyectos se orientan a darle el tratamiento de trabajador independiente, sin un detenido análisis de la naturaleza de la prestación del servicio. La respuesta judicial, cuando llegue, que no será pronto, puede tener lugar cuando ya las iniciativas legales hayan sido aprobadas, pudiendo resultar para ese entonces, irrelevante su impacto.

Los cuerpos de inspección del Estado, piedra angular del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, a falta de criterios jurídicos que determinen, aunque sea administrativamente, su criterio, seguirán sin tener una participación activa en la fiscalización del trabajo en plataformas, a diferencia de lo que sucede en otros países, con idénticas inquietudes sociales.

El estudio que se presenta procura dar al lector un contexto, lo más amplio posible, para que adoptando su propia posición sobre las circunstancias que rodean al trabajo en la economía de las plataformas, contribuya a la formulación y mejoramiento de las políticas públicas que aseguren un trabajo decente, con independencia de la calificación jurídica que finalmente reciba el contrato que vincula a las EPV y sus trabajadores.

Por otra parte, la discusión predominante y la mayor parte de las acciones adoptadas que se examinarán, guardan relación con las actividades desarrolladas por las EPV que ofrecen servicios geolocalizados y específicamente, en la actividad de servicios de transporte, con un acentuado énfasis en lo que se denomina la "uberización" de la economía colaborativa. Sin embargo, hasta donde ello sea posible, se tratará de hacer un análisis extensivo de las demás modalidades de plataformas existentes.

I. La cuarta revolución industrial y sus necesidades regulatorias

Con la puesta en marcha de la cuarta revolución industrial y con ella, la inserción de nuevos modelos de organización del trabajo, el primer cuestionamiento que debe hacerse, es si el marco normativo existente y la flexibilidad interpretativa de los tribunales de trabajo, seguirá gozando de la suficiente “elasticidad”³ para seguir respondiendo a las necesidades que plantea el futuro del derecho del trabajo.

A. La cuarta revolución industrial redimensiona el modelo organizativo

Con el advenimiento del internet, el uso masivo de smartphones y sus aplicaciones móviles, en medio de lo que se denomina como la cuarta revolución industrial, la forma en la que las empresas organizan el trabajo por medio de las plataformas digitales y especialmente, de aquellas asociadas a algoritmos, ha significado una modificación sensible y permanentemente de las modalidades existentes hasta entonces.

El encuentro entre la oferta y la demanda de trabajo tiene lugar en un espacio virtual, en el que la ejecución del servicio o la tarea puede estar o no geolocalizada y en la que el cumplimiento de las obligaciones no ocurre de modo general en un contrato bipartito, sino que se enmarca dentro de una relación triangular, donde se le asigna al usuario responsabilidades tradicionalmente competencia del empleador.

³ Todolí Signes, A. Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista. Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales, Universidad del País Vasco, Nº41, junio 2019, disponible en: https://www.ehu.es/ojs/index.php/Lan_Harremanak/article/view/20880 (consultado 27-11-19, 11:21 hrs.).

La relación contractual se promueve como flexible, con una presumible libertad de tiempo y espacio, con derecho a condiciones difícilmente comprensibles en los esquemas tradicionales, con derecho a rechazar los encargos y a prestar servicios cuando lo desea, en medio de una relación prácticamente impersonal y en la que las guías de trabajo las define un algoritmo, rodeado del misticismo tecnológico de la era digital.

El seguimiento, la fiscalización y la supervisión clásicas, son reemplazadas por evaluaciones de los usuarios y los puntajes que administra una plataforma, cuyos criterios se tornan, a primera vista, indescifrables.

Todo cambia, excepto que aún, en un mundo que propugna la virtualidad y el desarrollo de la inteligencia artificial, se sigue encontrando áreas donde los seres humanos tienen que atender actividades en las que las máquinas no pueden sustituirles de manera eficiente y la persona, indistintamente de su estatus jurídico, requiere un trato justo en sus condiciones de trabajo.

B. La dimensión de la fuerza de trabajo

No existen datos exactos sobre el total de la fuerza de trabajo que ofrece sus servicios por medio EPV y por las características de las mismas, esa dificultad seguirá persistiendo. Únicamente, la exigencia de registros actualizados que identifiquen a las empresas y a los prestadores del servicio, así como el deber de transmitir periódicamente esta información, especialmente a las instituciones de Seguridad Social y de la administración tributaria, permitirá crear bases de datos más confiables en el futuro. Un deber hacia el cual apuntan las iniciativas legales que se tramitan en diferentes partes, incluido Costa Rica.

Pese a estas dificultades, algunas investigaciones recientes nos permiten aproximarnos a la dimensión del colectivo involucrado en estas labores, a nivel regional o mundial y a algunas de sus características (edad, género, nivel de estudios, tiempo dedicado, ingresos, etc.).

Como respuesta a una llamada del Consejo Europeo y el Parlamento Europeo, en 2017 se había realizado una encuesta piloto en 14 estados miembros de la Unión Europea⁴, sobre el trabajo en las EPV.

Según los datos obtenidos de esta encuesta, aproximadamente el 10% de la población adulta ha prestado servicios en una EPV, aunque solo el 8% lo hace con cierta frecuencia y una cantidad inferior al 6% le dedica a ello al menos 10 horas a la semana u obtiene de esta actividad, un 25% o más del total de sus ingresos.

Cuando se trata de identificar a personas que obtienen el 50% o más de sus ingresos a través de una EPV y/o trabajan por medio de ellas, más de 20 horas a la semana, el porcentaje llega a solo un 2% de la población adulta.

En 2019 fueron presentados los resultados de otra encuesta, esta vez realizada por la OIT⁵. La encuesta fue realizada entre 2015 y 2017, a 3,500 trabajadores que residían en 75 países y prestaban sus servicios a las EPV anglófonas dedicadas a la asignación de microtarefas.

La edad promedio de los trabajadores encuestados fue de 33.2 años y solo un tercio fueron mujeres, aunque en países en desarrollo se reducía su participación a una quinta parte. Estas personas tenían altos niveles de estudios, incluso un 57% alcanzó un grado universitario o de posgrado, el 56% llevaba más de un año en estas labores y el 29% más de tres.

⁴ Pesole, A., Urzì Brancati, M.C, Fernández-Macías, E., Biagi, F., González Vázquez, I., *Platform Workers in Europe*, EUR 29275 EN, Publications Office of the European Union, Luxembourg, 2018.

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

En cuanto a las razones para laborar en este tipo de trabajo, el 32% lo realizaban para complementar la remuneración que recibían en otras ocupaciones y el 22% porque les permitía trabajar en casa —este último fue especialmente frecuente en el caso de mujeres.

La remuneración percibida por hora era inferior al mínimo legal del país donde vivían, más aún si se sumaba al tiempo remunerado aquel otro, que no siéndolo, debe dedicar a la búsqueda de tareas, completar pruebas de calificaciones previas, hacer verificaciones concernientes a reclamaciones existentes de fraudes contra el usuario, etc. Este tiempo no remunerado suele alcanzar una proporción de un tercio del tiempo remunerado.

Entre los encuestados existe una tasa alta de subempleo. El 58% estaba inconforme con la cantidad de tareas que podía encontrar y ese era uno de los motivos por el que la mayoría había laborado en más de una EPV, a pesar de que para el 51% de ellos, no es siempre posible hacerlo, dados los costos iniciales asociados a la inscripción a una plataforma o los gastos de transacción que esa múltiple participación implica.

Para el 32% de estas personas, este tipo de trabajo es su principal fuente de ingresos y para el 36% lo percibido es muy similar a lo que obtiene de su trabajo principal.

El tiempo dedicado a estas labores en promedio es de 24.5 horas semanales, pero en el caso de mujeres con responsabilidades familiares se reduce a las 20 horas y el 36% labora los siete días a la semana.

La cobertura de seguridad social es baja entre ellas y llega al 60% respecto del seguro de salud y al 35% para los planes de jubilación; aunque en ambos casos, la mayoría goza de estos beneficios por sus empleos fuera de la EPV y para quienes éste es su principal fuente de ingresos, solo el 16% tenía un plan de jubilación.

Aparte de la insuficiencia de opciones de trabajo, la otra inconformidad que expresaron y que debe resaltarse, es la de los rechazos injustificados de trabajo ya realizado y la imposibilidad de impugnarlos, así como la ausencia de un sistema de calificaciones que permita evaluar al usuario, y las dificultades y obstáculos existentes para comunicarse con la EPV o los solicitantes de servicios, que los lleva a organizar como único medio de discusión de sus necesidades, foros en redes sociales.

Como luego tendremos oportunidad de resaltar, las condiciones de precariedad que fueron advertidas, también se encuentran presentes en quienes ejecutan servicios geolocalizados, especialmente en la actividad del transporte y también son descritas en la única demanda judicial que actualmente se tramita en el país en contra una de estas EPV.

En definitiva, los datos obtenidos permiten identificar un colectivo que crece rápidamente y que requiere de una regulación que permita darle mayor seguridad, en especial, sobre sus condiciones de bienestar social, lo que confirman otros informes elaborados por las instituciones de la Unión Europea o por encargo de la OIT, que se abordarán en este estudio más adelante.

C. La incidencia de las EPV en las relaciones de trabajo formal

Ya ha sido advertido que las EPV “requieren una menor mano de obra en comparación con las empresas tradicionales”, obteniendo “incluso, mayores beneficios con un menor número de trabajadores”⁶. En estas empresas, la contratación de personas bajo contratos de trabajo se limita al personal mínimo indispensable para cumplir las pocas labores administrativas asociadas, por lo general, con la asesoría o reclamos de usuarios y el registro e inscripción de los prestadores de servicio y en menor medida, para atender algunas inquietudes de estos últimos.

⁶ Todolí Signes, A. Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista. op.cit.

Por su parte, en las empresas tradicionales, el outsourcing había sido un medio para obtener ahorros inmediatos, con una reducción comparativa de costos laborales, a pesar de las utilidades y provisiones que los contratos de tercerización suelen incluir en beneficio del empleador formal, además, de facilitar a la empresa usuario cumplir, entre otros objetivos, con limitaciones organizacionales de crecimiento de plantilla.

Sin embargo, la aparición de las EPV que se han convertido en empresas de servicios que compiten, en condiciones desiguales —o desleales según se acusa con frecuencia— con las demás empresas del mismo sector —y es que “la economía de plataformas no crea en sí misma un nuevo sector productivo, sino que modifica o transforma los preexistentes”⁷—, ha terminado por incentivar o lo incentivará en el futuro de manera paulatina la sustitución de trabajadores vinculados a las empresas bajo el esquema formal de contratos de trabajo, aumentando, aunque probablemente no en la misma proporción, el colectivo existente de prestadores de servicio en plataformas virtuales, en condiciones de precariedad y subempleo.

En efecto, existe el riesgo de que todo ello termine propiciando dumping social, que requiere una intervención de las autoridades públicas, para buscar el equilibrio y un trato justo, al trabajador y a los empleadores que compiten entre sí.

⁷ *Ibíd.*

II. El análisis de la economía de plataformas en el contexto internacional

En el contexto internacional, el origen del que fluyen las acciones y políticas que tratan de regular las consecuencias económicas, jurídicas y sociales derivadas de la inserción de las EPV en los mercados tradicionales, son los servicios de la inspección del Estado, los tribunales laborales, el poder legislativo y las propias partes sociales (los trabajadores organizados en sindicatos y otras formas representativas, así como los empleadores), con el apoyo institucional de organismos regionales e internacionales.

Debe advertirse, por otra parte, que las EPV que serán objeto de análisis, basan especialmente su discurso para justificar la inexistencia de una relación de trabajo entre ellas y los prestadores de servicio, en la independencia o autonomía con la que este último presta el servicio y satisface las necesidades de los usuarios; es decir, en la ausencia de dependencia permanente y dirección inmediata, es decir, de lo que se denomina como “subordinación jurídica”.

En el caso de Uber⁸, ella publicita en los medios de comunicación y en su sitio web, dos mensajes principales para atraer personas que ofrezcan sus servicios en su plataforma: “Establece tu propio horario: Conduce solo cuando te vaya bien. Sin jefes ni oficinas. Con Uber, podrás empezar y dejar de conducir cuando quieras, porque, con la app Uber, tú mandas”; y “Gana dinero cuando y donde quieras: Conduce cuando y donde quieras. Y elige cómo y cuándo quieres que te paguemos”.

⁸ Disponible en https://www.uber.com/a/join-new?ec_exp=1&exp=70801t&utm_source=AdWords__Brand&utm_campaign=search-google-brand_42_781_cr-sanjose_d_txt_acq_cpc_es-cr_uber_kwd-169801042_217990175161_24784008963_e_c_track-jan20general_update_restructure&cid=393068283&adg_id=24784008963&fi_id=&match=e&net=g&dev=c&dev_m=&cre=217990175161&kwid=kwd-169801042&kw=uber&placement=&tar=&gclid=EAlaIqObChMIwbiYzeiY5wIVOINaBR363gFJEAAYASAAEgJU6fD_BwE&gclid=aw.ds (consultado 22-01-20, 21:56 hrs).

Algo similar sucede con Glovo⁹, que recuerda lo atractivo que puede ser para una persona el hecho de que su trabajo lo puede desarrollar bajo la máxima de que: "Colabora cuando quieras: Colabora como autónomo con total libertad. Elige dónde te conectas y qué órdenes aceptas".

También, sin ánimo de agotar todas las experiencias que existen, puede citarse el caso de Rappi¹⁰, que promociona la membresía con el mensaje de: "Actívate cuando quieras: Conéctate cuando quieras. Gana dinero y continúa disfrutando de tu familia y amigos. Reparte tu tiempo con tus estudios, trabajo o cualquier otra actividad que realices".

Como complemento de lo anterior, los prestadores del servicio son concebidos de muy diferentes maneras, excepto como trabajadores por cuenta ajena, lo cual, como luego se analizará, ha sido efectivamente internalizado por la mayoría de ellos y constituye uno de los primeros y más significativos retos para que se organicen. En Uber como "socios colaboradores"¹¹, anteriormente "colaboradores"; en Glovo o Deliveroo como "riders", "jinetes", "glovers" o conductores. En cualquier caso, estos y otros similares reafirman lo que los mismos contratos dicen, que es un trabajo autónomo.

A. La labor fiscalizadora de los cuerpos de inspección del Estado

Los cuerpos de inspección del Estado se han pronunciado sobre la naturaleza jurídica del vínculo contractual entre la EPV y quienes en ella prestan sus servicios. Su pronunciamiento ha tenido diferentes causas y muestra de ello es la actividad que vienen desarrollando en España.

En algunos casos, son las propias organizaciones sindicales de trabajadores afectados por lo que califican como competencia desleal, quienes han denunciado los hechos. Así sucedió con los sindicatos de taxistas de Barcelona, quienes presentaron su denuncia el 20 de octubre del 2014 ante la Inspección del Trabajo y Seguridad Social, señalando, entre otros incumplimientos de Uber System Spain, SL., el deber de afiliación y cotización a la Seguridad Social de los prestadores del servicio y de la empresa misma. También lo denunciaron ante la dirección provincial de Barcelona de la agencia tributaria, para que se examinaran si sus actuaciones conllevaban infracciones fiscales¹².

Como resultado de las investigaciones realizadas por la Inspección de Trabajo de Catalunya, en un informe del 9 marzo del 2015¹³ se concluye que los conductores eran en realidad empleados por cuenta ajena, si bien no sanciona a la empresa a la espera de que los tribunales determinen si su actividad es o no legal, pues "no se puede dar de alta a alguien en la Seguridad Social para que realice una actividad prohibida por la ley". Para calificarlos como trabajadores, se consideró que existen en esta relación contractual los elementos que caracterizan el contrato de trabajo, conforme a la legislación española, que son los de dependencia y ajenidad.

En cuanto a la dependencia porque: a) el trabajo de los chóferes "forma parte esencial de la actividad tráfico mercantil" de la firma; b) los chóferes "carecen de cualquier tipo de organización empresarial, quedando inscritos ab initio a la estructura y organización" de Uber; c) asisten "de un modo regular y continuado a un lugar determinado por la empresa" para "prestar un servicio"; d) el centro de trabajo "lo constituye el mismo vehículo", que circula por una zona fijada por Uber "de forma unilateral";

⁹ Disponible en https://glovoapp.com/es-int/glovers?utm_source=OPSwebofglovers&utm_medium=Glovo&utm_campaign=web_glover_cr (consultado 22-01-20, 22:03 hrs.).

¹⁰ Disponible en <https://soyrappi.com> (consultado 22-01-20, 22:17 hrs.).

¹¹ Disponible en <https://www.uber.com/es-CR/drive/san-jose/vehicle-requirements/> (consultado 22-01-20, 22:10 hrs.).

¹² Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (y II), del 31 de agosto del 2015, disponible en http://www.eduardorojotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpob-relacion-laboral-entre-la_31.html, (consultado 23-11-19, 8:48 hrs.).

¹³ Lo que se indica acerca del contenido del informe se obtiene del artículo periodístico de Stefania Gozzer. Trabajo dice que los chóferes de Uber son empleados de la firma. La Inspección concluye que debería haberles dado de alta en la Seguridad Social. 13 de junio del 2015, disponible en https://elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html, (consultado 22-01-20, 7:58 hrs.).

e) aunque "disfrutan de una libertad de horario, pero como contrapartida están sujetos a un sistema de productividad" fijado por incentivos, que se marcan según "el interés económico de Uber", de modo que la jornada de trabajo estaba "condicionada por el grado de seducción" de estos pluses, puesto que "la prestación de servicios sería impensable" sin ellos.

Respecto de la ajenidad porque: a) la compañía asume los riesgos derivados de la prestación del servicio (entre otros, el pago a los conductores del precio convenido, aunque el usuario no lo cancele) y se atribuye los frutos de la actividad y b) la compañía ha provisto a sus conductores de móviles en los que solo funcionaba la aplicación UberPop y de "personal auxiliar".

El 15 de diciembre de 2017 fue el turno de la Inspección de Trabajo de Valencia, España, que emitió un acta de liquidación para todos los "riders" de Deliveroo en esa comunidad autónoma, por no pagar su cotización de la Seguridad Social en el Régimen General como trabajadores bajo régimen laboral, al entender que se trata de falsos autónomos.

Para llegar a esta conclusión, además de admitir la existencia de "instrucciones necesarias" a las que están subordinados", alude al concepto de "ajenidad en la marca", a que el medio de producción que define la actividad es la plataforma y a que las condiciones en las que se presta el servicio son modificadas unilateralmente por la empresa, lo que revela el poder de dirección del empresario¹⁴.

En enero de 2018, era la Inspección de Trabajo de Madrid, la que emitía su informe para los prestadores de servicio de Deliveroo en la capital, en términos similares a los establecidos respecto de esta misma empresa en Valencia¹⁵.

En mayo del 2018, era otra vez la Inspección de Trabajo de Catalunya la que intervenía y declaraba como trabajadores, a los prestadores de servicio de una empresa llamada Ageing Well SL, que contrata mediante la EPV denominada Joyners, a profesionales que puedan dar atención y soporte a personas en situación de dependencia en el domicilio del usuario, en hospitales o centros residenciales.

En cuanto a la naturaleza del servicio, describe que los "care pros" o cuidadores, son contratados tras haberse inscrito en Joyners, aceptan o rechazan libremente las peticiones de servicios que les lleguen y aunque pueden indicar sus preferencias de disponibilidad horaria, todo dependerá de las necesidades del usuario y dependiendo del grado de satisfacción de ellos, se le asignarán nuevos servicios. Finalmente, es la EPV la que fija el precio al usuario y la remuneración del prestador del servicio.

El acuerdo que se suscribe entre la EPV y el prestador del servicio señala, entre otras cosas, dos condiciones relevantes. De un lado, que el cuidador "nunca negociará con el solicitante de la atención cualquier desviación del servicio" y en materia de ausencias, que, si no informa a Joyners "de cualquier ausencia o cambio en las horas contratadas y esto da lugar a una queja por parte del usuario, nos reservamos el derecho de retener los pagos pendientes y originados durante la semana en que se produjo la ausencia injustificada. Por favor, tenga en cuenta que las cancelaciones y ausencias injustificadas también pueden afectar su calificación en la plataforma y eventualmente provocar una suspensión de su cuenta y relación con Joyners".

¹⁴ Comentario a la Resolución de la Inspección de Trabajo sobre Deliveroo: Son laborales y no autónomos, 18 de diciembre de 2017, disponible en <https://adriantodoli.com/2017/12/18/comentario-a-la-resolucion-de-la-inspeccion-de-trabajo-sobre-deliveroo-son-laborales-y-no-autonomos/> (consultado 23-11-19, 10:34 hrs.).

¹⁵ La Inspección de Trabajo asesta otro golpe al modelo laboral de Deliveroo, 26 de enero de 2018, disponible en https://elpais.com/economia/2018/01/25/actualidad/1516872608_921888.html (consultado 29-01-20, 14:17).

Con fundamento en lo anterior, la Inspección entiende que concurren los elementos de una relación por cuenta ajena, como son:

- El carácter personal de la prestación, que conlleva incluso, un proceso de selección previa.
- Si bien existe una libertad para la fijación de disponibilidad horaria o para la aceptación o denegación del servicio propuesto, el servicio se demanda no al prestador de servicios sino a AGEING WELL SL a través de la página web o de la app Joyners, quien se encarga de organizar la prestación del servicio, en cualquier franja horaria.
- La dependencia se demuestra desde que AGEING WELL SL organiza exclusivamente y en su totalidad la prestación del servicio, al aportar la plataforma, sin la cual no podría darse el servicio y por medio de la cual toma las decisiones organizativas más importantes, además de que, los cuidadores tienen la obligación de informar a la empresa cuando no pueden ejecutar el servicio
- El prestador del servicio no tiene injerencia alguna en el usuario que debe atender, el lugar de prestación del servicio, el horario y la fecha de la prestación del mismo y las condiciones requeridas para esa prestación.
- La fijación de precios con los usuarios la determina exclusivamente por la empresa AGEING WELL SL y es ella quien cobra directamente a los usuarios por los servicios realizados, retribuyendo posteriormente a los cuidadores conforme a las tarifas establecidas por ella misma, lo que configura los elementos de ajenidad y de riesgo.
- No son trabajadores autónomos, al no disponer de infraestructura productiva propia y de oportunidades reales de negocio por sí mismas, ni beneficios del negocio con independencia de las retribuciones percibidas; tampoco toman ninguna decisión respecto a las relaciones con el mercado o con los usuarios (ajenidad de la marca), pues no toman decisiones en materia de publicidad de los servicios o de captación de nuevos usuarios, y actúan bajo la marca Joyners y sobre su propia identificación comercial.

Los criterios utilizados por las Inspecciones de Trabajo de Catalunya, Valencia y Madrid, al formalizar sus actas, fueron posteriormente objeto de revisión judicial y con ello sus indicios de laboralidad, que demostraban la existencia de dependencia y ajenidad. La pertinencia de los criterios utilizados por ellas, quedó más que demostrada si se tiene presente que en las resoluciones judiciales de finales de 2019 e inicios del 2020, emitidas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de noviembre de 2019 (Nº1155/19), de 18 de diciembre de 2019 (Nº 1223/19) y de 3 de febrero del 2020 (Nº68/20), como del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya, de 21 de febrero de 2020 (Nº1034/20), se hace énfasis en que los trabajadores de las mismas EPV afectadas por las actas, son trabajos voluntarios, retribuidos, pero especialmente ajenos y en consecuencia dependientes, porque existe ajenidad en los medios de producción (al ser la plataforma informática al base del negocio), ajenidad en el uso de la fuerza del trabajo (al ser la plataforma quien fija las condiciones en que debe prestarse su servicio e incorporarse a la estructura organizativa de la empresa), ajenidad en el mercado (al ser parte de una marca) y ajenidad en el riesgo (al asumir la empresa los riesgos derivados de la actividad, como es el pago de las indemnizaciones por daños ocasionados en la prestación del servicio a los usuarios, etc.).

Esta actividad continua de fiscalización llevada a cabo por los servicios de inspección en España, además de judicialmente exitosa, encuentra también un reflejo en el Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social 2018/2020¹⁶, que entró en vigor en agosto de 2018, donde se reconoce

¹⁶ Ministerio de Empleo y Seguridad Social, Subsecretaría de Empleo y Seguridad Social, Organismo Estatal Inspección de Trabajo y Seguridad Social, abril de 2018, p.7, disponible en http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/gl/Documentos/ORGANISMO_ESTATAL/Doc_Organismo/Plan_Estrat_formato.pdf (consultado 7-3-20, 16:56 hrs.).

que “asistimos a intensas transformaciones de nuestro modelo productivo, en el que emergen con inusitada celeridad, con el uso extensivo de las nuevas tecnologías de la información y las comunicaciones, la generalización de la digitalización y el desarrollo creciente de la denominada “economía de las plataformas”, nuevas formas de organización de la actividad o incluso relaciones de trabajo de nuevo cuño, de difícil conceptualización, que demandan un especial esfuerzo para su entendimiento y asimilación, que podrían exigir adaptar la normativa y que exigen impulsar la capacidad para detectar los abusos que a veces se producen al amparo de estas nuevas prácticas y, sobre todo, la voluntad, la energía y los medios necesarios para combatirlos”.

Para cumplir con estas expectativas, se ha identificado en el Plan, como Objetivo 9, el “Mejorar la garantía de cumplimiento de la legislación en materia de seguridad social, economía irregular y extranjería” y se dispone en la Línea 88 una serie de actividades a través de plataformas de Internet, por las que se planteó para el 2º semestre del 2019, tres acciones específicas: a) elaborar una “Guía operativa de actividades a través de plataformas de internet”, b) la formación de inspectores de trabajo en este tema y c) la implementación de una campaña piloto en algunas Comunidades Autónomas.

En el primer semestre de 2019, gracias al Plan elaborado se habían detectado 8,076 “falsos autónomos” en las plataformas digitales de reparto de alimentación como Glovo, Deliveroo y otras, que debiendo registrarse en el régimen general de la Seguridad Social, aparecían en el régimen de trabajadores autónomos¹⁷.

B. La judicialización de los conflictos ante los tribunales de justicia

Paralelamente a la interposición de una cantidad cada vez más significativa de reclamos judiciales, las noticias de los accidentes de tránsito sufridos por los prestadores de servicio de estas EPV, no ha hecho más que reforzar las alertas ya existentes sobre la precariedad de sus condiciones, pues ante estos siniestros, los perjudicados y sus familiares carecen del derecho de acceso a los beneficios establecidos por los niveles mínimos de protección previstos en el régimen general de la seguridad social, debiendo conformarse en el mejor de los casos, con las prestaciones provenientes de los seguros privados suscritos voluntariamente por los mismos prestadores de servicio o en algunos casos, por las propias EPV a las que se han integrado.

El 26 de mayo de 2019, un conductor nepalí de bicicleta que se dedicaba al reparto de comida a domicilio de la EPV Glovo, falleció en el centro de Barcelona, España, al ser atropellado por un camión del servicio de limpieza. Como resultado de ello, aproximadamente una centena de repartidores de Glovo se manifestaron frente a una sede de la empresa en esa ciudad, para protestar por lo sucedido, prendiendo fuego a las mochilas suministradas por la empresa, además, de colocar sus bicicletas impidiendo el tráfico en la calle. Protestas que recibieron el apoyo de la Intersindical Alternativa de Catalunya y de la Unión General de Trabajadores, que nuevamente recordaron las denuncias que ya habían formulado sobre las condiciones de trabajo de estos repartidores y “la falta de protección en riesgos laborales y la fragilidad del colectivo ante los accidentes”¹⁸.

Sin embargo, no siempre los mismos hechos suscitan reacciones similares. El 11 de noviembre del 2019, un conductor mexicano de motocicleta que prestaba sus servicios a la empresa Uber Eats, murió en Saltillo, México, al ser colisionado por una camioneta¹⁹; la noticia pasó casi desapercibida.

¹⁷ La Inspección detecta 8.100 falsos autónomos en plataformas digitales. 29 de julio de 2019, disponible en https://elpais.com/economia/2019/07/28/actualidad/1564322291_541124.html (consultado 22-4-20, 21:20 hrs.).

¹⁸ Muere un repartidor de Glovo tras ser arrollado por un camión de la basura, disponible en <https://www.publico.es/sociedad/muere-repartidor-glovo-arroyado-camion-basura.html> (consultado 23-01-20, 14:58 hrs.).

¹⁹ Repartidor de Uber Eats pierde la pierna y su vida tras ser impactado por una camioneta en Saltillo, disponible en <https://vanguardia.com.mx/articulo/repartidor-de-uber-eats-pierde-la-pierna-y-su-vida-tras-ser-impactado-por-una-camioneta-en-saltillo> (consultado 23-1-20, 15:34 hrs.).

Resulta evidente que los canales de comunicación y de intercambio de información entre los prestadores de servicios, en un país y otro, eran distintos; probablemente también, el apoyo de las organizaciones sociales del sector.

1. El perfil del conflicto

La totalidad de las resoluciones judiciales que se han dictado con motivo de las reclamaciones que han interpuesto los prestadores de servicios contra las EPV, se refieren a empresas que, por su naturaleza, prestan servicios geolocalizados. Ninguna es de actividades virtuales, como es el caso, entre otras, de aquellas relacionadas con microtarefas de inteligencia humana, como Amazon Mechanical Turk o Amazon Web Services u otras semejantes.

Las personas que prestan sus servicios virtualmente a estas EPV de actividades no geolocalizadas, tienen una percepción aún mayor de que no son trabajadores por cuenta ajena ni tienen la posibilidad de reclamar derechos típicamente laborales.

Las demandas conocidas por los tribunales se han dirigido a las EPV de servicios geolocalizados de transporte de personas, como Uber Technologies, Inc. (Estados Unidos de América), servicios de pedido y entrega de alimentos para llevar de restaurantes como Deliveroo (Reino Unido), Foodora GmbH (Alemania), GrubHub, Inc. (Estados Unidos de América), RepartosYA (Uruguay) o Take Eat Easy (Bélgica), servicios de entrega de paquetería como Dynamex, Inc. (Estados Unidos de América), servicios de compra, recogida y entrega de pedidos como GlovoApp 23, SL. (España), servicios de mensajería y logística como CitySprint (Reino Unido), servicios diversos a domicilio (pasear a mascotas, hacer compras de bienes y alimentos, etc.) como RAPPI (Colombia) o servicios de fontanería como Pimlico Plumbers (Reino Unido).

2. Los temas en controversia

Dentro del contexto ya descrito, dos son los temas que han sido objeto de análisis judicial sobre la actividad desplegada por las EPV.

La primera, sobre si la actividad debe estar regulada por tratarse de un servicio ordinario de transporte, o si se trata de una modalidad de la economía colaborativa²⁰.

El tema ha sido resuelto, en la Unión Europea, por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en resolución del 20/12/2017 (C-434/15) —Asociación Profesional Élite Taxi c/ Uber—.

Como se explica en la resolución, la misma se origina en una petición de decisión prejudicial, planteada con arreglo al artículo 267 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, por el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona, España, mediante auto de 16 de julio de 2015, en el procedimiento entre la Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.

El 29 de octubre de 2014, Élite Taxi había interpuesto una demanda ante el Juzgado de lo Mercantil Nº 3 de Barcelona, en la que solicitaba que se declarara que las actividades de Uber Systems Spain, SL. vulnera la normativa en vigor, básicamente, la Ley 19/2003, de 4 de julio, del Taxi y el Reglamento Metropolitano del Taxi, adoptado por el Consell Metropolità de l'Entitat Metropolitana de Transport de Barcelona, de 22 de julio de 2004, a cuyo tenor, "la prestación del servicio urbano de taxi queda sometida a la previa obtención de la licencia que habilita a la persona titular para cada uno de los vehículos destinados a realizar dicha actividad", la que es otorgada por los ayuntamientos o entidades locales competentes en el ámbito territorial en que ha de llevarse a cabo la actividad (artículo 4). Adicionalmente, se reclama que las actividades de Uber constituyen prácticas engañosas y actos de competencia desleal, en el sentido de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal, por lo que

²⁰ Uber (Uberpop): ¿Relación laboral entre la empresa y los conductores? ¿Economía colaborativa? Notas para un posible caso práctico del próximo curso académico (I), del 31 de agosto del 2015, disponible en http://www.eduardorjotorrecilla.es/2015/08/uber-uberpob-relacion-laboral-entre-la_31.html (consultado 23-11-19, 8:48 hrs.).

solicitaban que se condenara a Uber Systems Spain, SL. a cesar de dar apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios on demand de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles.

Por consiguiente, lo primero que debería dilucidarse es la calificación jurídica de los servicios prestados por Uber; es decir, si se deben considerar servicios de transporte o servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos tipos de servicios; lo que determinará en consecuencia, si se le puede imponer la obligación de disponer de una autorización administrativa previa para prestar el servicio o debe gozar como servicio electrónico de intermediación, del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria en las Directivas 2006/123/CE de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior y 2000/31/CE de 8 de junio del 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de la sociedad de la información, en particular, el comercio electrónico en el mercado interior.

Para el TJUE, “un servicio de intermediación consistente en conectar a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano constituye, en principio, un servicio distinto del servicio de transporte” (numeral 34) y como regla de principio, debe ser calificado de “servicio de la sociedad de la información” (numeral 35).

En el caso concreto, el Tribunal aprecia que “un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación” (numeral 37) —que era la tesis de la empresa y lo será en los tribunales nacionales, como es el caso del que se tramita en Costa Rica— y que por el contrario, “Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores” estableciendo, al menos, el precio máximo de la carrera, ejerciendo cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, reservándose la posibilidad de excluirlos de la plataforma, sin la cual, no sería posible la prestación del servicio ni tramitar la solicitud del usuario (numeral 39).

En consecuencia, el TJUE consideró que el servicio prestado por Uber “forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información”, en el sentido del artículo 1, punto 2, de la Directiva 98/34, al que remite el artículo 2, letra a), de la Directiva 2000/31, sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes” (numeral 40), en el sentido del artículo 2, apartado 2, letra d), de la Directiva 2006/123”; de allí que deba someterse a las políticas nacionales de transportes, que pueden exigir como requisito para la prestación del servicio o el desarrollo de la actividad, la obtención de la licencia.

Si Uber no actúa como intermediaria, sino que ejerce una actividad empresarial, pues influye decisivamente en la determinación de las condiciones en las que se presta el servicio, ella y las demás EPV que actúan de la misma forma, se sitúan en un escenario en el que existe una alta probabilidad de que sean consideradas como empleadores de quienes prestan el servicio por medio de ellas y este resulta ser, precisamente, el segundo de los temas que han sido resueltos por los tribunales, si existe o no condiciones que determinen que los prestadores del servicio tienen derecho a la protección o beneficios previstos en un estatuto, código o ley de naturaleza laboral.

3. La caracterización de los servicios analizados

Tomando como referencia las EPV Uber, Glovo y Deliveroo, a las que se refieren una parte importante de las resoluciones judiciales que se han dictado hasta la fecha, las condiciones en las que los prestadores de servicios interactúan con las EPV, son las siguientes:

- El usuario se conecta a la plataforma por medio de una App solicitando el servicio de la misma, no de una persona específica.

- La plataforma contacta con un prestador de servicios determinado por medio de un dispositivo móvil, para que cumpla el servicio solicitado, teniendo este último libertad para aceptar y rechazar el servicio. En el caso de Uber, el rechazo de un número determinado de servicios al día o la reiteración de esa conducta, conlleva la desconexión temporal o definitiva del prestador del servicio y la pérdida de puntos.
- La empresa determina la forma en que debe relacionarse el prestador del servicio con el usuario. En el caso de Uber, las indicaciones comprenden un protocolo de cómo interactuar con el pasajero, las reglas de limpieza del vehículo, las comodidades que debe ofrecerle durante su viaje, o incluso qué aplicaciones usar de navegación de GPS.
- El prestador del servicio tiene libertad de organización para establecer la ruta a seguir. En el caso de Uber, siempre que el usuario lo acepte o no sugiera otro recorrido y en el caso de Glovo, se condiciona a que no exceda de un tiempo ya preestablecido como máximo, para la realización del encargo.
- El prestador del servicio aporta el vehículo, asumiendo el costo de su mantenimiento, combustible, seguros y demás requerimientos legales para conducirlo, así como los riesgos de su uso (accidentes o infracciones de tránsito). En el caso de Uber, si las infracciones no están relacionadas con aspectos de tránsito sino son consecuencia de la inexistencia de una autorización administrativa para prestar el servicio, la empresa asume el pago de las mismas, al igual que si el vehículo sufre daños provocados por el usuario y entre ellos, el más común, es cuando ensucia la tapicería.
- El prestador del servicio aporta bajo su propio costo los dispositivos móviles y herramientas propias para el desempeño del servicio. En el caso de Glovo, debe depositar una fianza para garantizar el reintegro en buenas condiciones de ciertas herramientas de trabajo.
- La empresa asume el pago de indemnizaciones por ciertos daños causados al usuario. En el caso de Glovo, excepto si se trata de daños provocados intencionalmente por el prestador del servicio a los productos que transporta.
- El prestador del servicio tiene libertad para fijar los días en los que presta el servicio y los días de descanso. En el caso de Glovo, solo tiene derecho a interrumpir su actividad en una determinada cantidad de días al año fijado por la empresa y en el caso de Uber, se promueve que esta libertad sea ejecutada lo menos posible, porque entre mayor es la cantidad de horas efectivamente prestadas, se incrementa el valor del precio por hora de cada nuevo viaje que se le asigna y en el caso de Deliveroo, si bien tiene libertad de elección de una determinada franja horaria, dentro de las que la empresa ha establecido, la decisión última en la que prestará sus servicios es exclusiva de la plataforma y sus algoritmos.
- El prestador del servicio tiene libertad para fijar la zona en la que prestará el servicio. En el caso de Deliveroo, esa libertad de elección de una determinada zona geográfica es relativa, porque la decisión final la define la plataforma y en Uber, puede solicitar una sola vez al día y para una cantidad limitada de servicios, que se le asignen en una determinada zona, en la mayor parte de los casos, en dirección a su casa de habitación.
- El prestador del servicio tiene la libertad de aceptar o rechazar un servicio. Esta libertad es relativa en Uber, pues el rechazo de una determinada cantidad de servicios ocasiona su desconexión temporal o definitiva, según su reincidencia.

- El prestador del servicio decide unilateralmente el momento en el que cerrará la sesión en la aplicación. Sin embargo, también es relativo, porque en el caso de Glovo, tiene que prestar el servicio, al menos, en una determinada cantidad de horas semanales y en el caso de Uber, ciertos beneficios económicos están condicionados a una puntuación que a su vez depende de la cantidad de viajes que realice o de que o se mantenga conectado en los horarios de mayor demanda de servicios.
- El prestador del servicio es evaluado por el usuario y de esa evaluación depende que se mantenga su conexión. En el caso de Uber, entre más alta sea la puntuación que tenga, mejor es la calidad de los viajes que se asignan o la posibilidad de ser considerado como conductor en una categoría especial en la que el valor por distancia y tiempo del recorrido es mayor.
- El prestador del servicio no tiene exclusividad, aunque como ya hemos apuntado, un menor número de viajes le resta la oportunidad de recibir ciertos beneficios económicos, por lo que indirectamente se promueve la dedicación a una sola plataforma.
- El prestador del servicio no puede utilizar distintivos corporativos propios, solo los que impulsa la marca de la EPV.
- El prestador de servicios solo puede comunicarse con la EPV por los medios que esta misma fije y de forma preferente, por la vía del correo electrónico.
- La EPV establecerá unilateralmente el algoritmo que fijará el precio que se cobra al usuario, la penalización por cancelar un servicio ya aceptado por el prestador del servicio, la comisión que se le cobra a este último por el uso de la plataforma. La EPV se reserva además, el poder de actualizarlo unilateralmente con la periodicidad que estime oportuna, con la sola obligación de notificarlo al prestador del servicio y al usuario, antes de que ambos inicien el recorrido. A la información sobre el diseño del algoritmo, solo tiene acceso la EPV.
- El prestador del servicio es quien asume el cumplimiento de las obligaciones fiscales y de seguridad social, como trabajador independiente o autónomo.
- La EPV decide unilateralmente las causas que justifican que se proceda a la desconexión del prestador del servicio y el tiempo por el cual se aplicará. Cuando se trata de inconformidades del usuario sobre el servicio, la decisión la adopta la empresa, sin requerir antes del prestador de servicio afectado, su opinión sobre la queja presentada.
- Ni el prestador del servicio ni el usuario pueden contactarse de manera directa, por medio de ella.
- La EPV asume los costos de publicidad de la plataforma, impulsando la marca en el mercado.
- El prestador del servicio carece de una organización propia, de modo que para cumplir con una actividad se debe integrar a la organización productiva creada por la EPV.

Aunque algunas de estas características varían según la EPV, por la naturaleza del servicio o de la tarea que se desarrolla, otras modificaciones a este listado se han implementado en el tiempo, por parte de las mismas empresas, con el fin de alcanzar un mejor posicionamiento estratégico, ante eventuales reclamaciones judiciales y administrativas, conforme decisiones de una u otra clase se van adoptando, que mejoran las condiciones de los prestadores del servicio pero encarecen el negocio de las empresas.

El objetivo último de esta tendencia a delimitar nuevamente las características del modelo de negocio es reducir los indicios o elementos que identifican la relación que mantienen con los prestadores de servicio como propia del trabajo subordinado. Así, luego de la aprobación de la Assembly Bill 5 (AB5) en el estado de California, Estados Unidos de América, en setiembre del 2019, se publicó la decisión de

Uber de reconocer ciertas facultades de empoderamiento a los conductores, como rechazar servicios sin ser penalizados y recibir información básica, de previo al inicio de un viaje, para tomar tal decisión; así como que tendrían un margen sobre la tarifa básica asignada por el algoritmo, para negociar el precio final con el usuario. Mientras tanto, en Colombia, en marzo del 2020, luego de tener que retirarse del país por ser declarado ilegal su servicio de transporte, Uber volvía a sus actividades anunciando ciertas medidas para trasladar el riesgo de la actividad al usuario, por lo que a partir de ese momento, cada vez que el usuario solicitaba un servicio, las partes celebraban entre ellas un contrato de arrendamiento de vehículo con conductor, asumiendo el usuario el eventual pago de infracciones de tránsito, si eran detenidos por el ejercicio ilegal de la actividad. Sin duda, esfuerzos por alejarse de la figura de trabajador subordinado.

Por otra parte, en los últimos años también es cada vez más usual que se adviertan modalidades de negocio por las cuales, los prestadores de servicio que carecen de vehículo propio lo poseen en condición de arrendadores mediante el pago de un canon de arrendamiento a favor de un tercero o de la propia EPV. En este escenario, independientemente de quien sea el propietario registral del vehículo, el análisis de la naturaleza jurídica del vínculo contractual entre la EPV y el prestador del servicio sigue siendo la misma. No habrá diferencia, pues como luego se advertirá, la ajenidad en los medios no deja de existir solo por ser propietario del vehículo, dado el valor comparativamente intrascendente del mismo frente al aporte de la plataforma virtual que hace la empresa.

4. La posición de las EPV

Independientemente de las características de cada EPV de servicios geolocalizados, las argumentaciones expuestas por ellas, para defender la inexistencia de una relación de trabajo, son muy similares.

En general, comienzan por señalar, que se trata de una empresa de tecnología, con cuya plataforma únicamente desarrolla actividades de intermediación; un tema ya resuelto, al menos en el ámbito de la Unión Europea, con la resolución del TJUE del 20 de diciembre de 2017 (C-434/15).

En la resolución dictada por la Sala de los Social de la Casación de Francia, la N°374 del 4 de marzo del 2020, se consignan los argumentos expuestos por Uber France y Uber BV. El detalle de los argumentos expuestos por la empresa resulta útil, porque una parte o la totalidad de ellos, son los que normalmente mantiene en los procesos judiciales y administrativos, donde debe calificarse la naturaleza jurídica de los contratos que tiene con los prestadores del servicio:

- El contrato no implica ninguna obligación por parte del conductor de trabajar para la plataforma digital, ni de estar a su disposición o incluso a permanecer a su disposición durante un período determinado, por breve que éste sea.
- Al tratarse de un contrato de colaboración, sigue siendo completamente libre de conectarse o no a la aplicación, de elegir dónde y cuándo tiene intención de conectarse, sin informar a la plataforma con antelación y de desconectarse cuando quiera.
- El conductor es libre de aceptar, rechazar o no responder a las ofertas de viajes que se le hagan a través de la aplicación y si bien, varias denegaciones consecutivas pueden dar lugar a la desconexión de la aplicación por razones operativas relacionadas con el funcionamiento del algoritmo, el conductor tiene la posibilidad de volver a conectarse en cualquier momento y esta desconexión temporal no afecta en ningún modo la relación contractual entre el conductor y Uber BV.
- La plataforma se remunera exclusivamente cobrando honorarios por los viajes efectivamente realizados a través de la aplicación, de modo que el conductor no tiene ningún compromiso financiero con la plataforma que pudiera obligarle a utilizar la aplicación.

- El uso de la aplicación no está sujeto a ninguna obligación exclusiva para el conductor, que es libre de utilizar otras aplicaciones de forma simultánea para ponerlo en contacto con clientes creados en plataformas de la competencia y/o ejercer su actividad como conductor de VTC—Véhicule de Tourisme avec Chauffeur— y desarrollar su clientela por otros medios.
- La ejecución de un contrato de colaboración relativo a la utilización por un conductor de VTC de una aplicación electrónica para ponerlo en contacto con clientes implica la posibilidad de que la plataforma garantice el buen funcionamiento de la misma aplicación, el cumplimiento por parte del conductor de la normativa aplicable, la seguridad de las personas y la calidad del servicio de transporte; la posibilidad de que una plataforma digital rescinda unilateralmente el contrato en caso de incumplimientos graves y reiterados por parte del conductor de sus obligaciones en virtud del contrato de colaboración no constituye una facultad disciplinaria;... sino que es necesario para garantizar la fiabilidad del sistema haciendo que la oferta y la demanda sean más fluidas.
- Los conductores que utilizan la aplicación... no reciben órdenes ni instrucciones personalizadas, y que las "reglas básicas" resultantes de los documentos contractuales constituyen requisitos básicos de cortesía y buenos modales, cumplimiento de los reglamentos y seguridad personal, que son inherentes a la actividad de un conductor de un VTC; que, en esas condiciones, la posibilidad de rescindir el contrato de colaboración en caso de incumplimiento de esas obligaciones no constituye en modo alguno una facultad disciplinaria, pero sí entra dentro de las facultades de cualquier parte contratante de rescindir una colaboración comercial cuando sus términos y condiciones no son respetados por su cocontratante.
- La prohibición de contactar con los clientes después del viaje, que cumple con los requisitos de seguridad, no se aplica cuando el cliente ha aceptado ser contactado por el chofer y, por otro lado, no está en absoluto prohibido que el conductor dé sus datos de contacto a los clientes para que puedan reservar un viaje con él directamente sin pasar por la plataforma.
- Las disposiciones del Código del Consumidor prohíben que un conductor de VTC se niegue a realizar un viaje sin motivo legítimo, de modo que la falta de conocimiento preciso del destino no es de naturaleza tal que ponga en duda la independencia del conductor.
- El sistema de geolocalización inherente al funcionamiento de una plataforma digital para conectar a los conductores de VTC con clientes potenciales no constituye una subordinación jurídica de los conductores a la plataforma, ya que la finalidad de ese sistema no es controlar la actividad de los conductores sino poner a éste en contacto con el cliente más cercano, para garantizar la seguridad de las personas transportadas y para determinar el precio del servicio.
- El mero hecho que un servicio de transporte esté sujeto a una tarifa horokilométrica y que el precio del servicio pueda reajustarse, en caso de reclamación de un pasajero, cuando el itinerario elegido por el conductor sea inadecuado por ser excesivamente largo, no constituye una orden o instrucción para el cumplimiento del trabajo.

A estos argumentos se acompaña un lenguaje que se refiere a los prestadores de servicios de diversas formas (riders, glovers, conductores, socios, colaboradores), evitando el uso de un lenguaje típicamente laboral e invocando el contrato suscrito entre las partes, que también los califica de trabajadores autónomos.

Además, se alude a otros argumentos menos jurídicos, como el perfil socioeconómico del prestador de servicios, enfatizando que, entre ellos, hay quienes tienen esta actividad como segundo ingreso, como sucede con quienes tienen la condición de jubilados.

En el único caso que se discute en Costa Rica, esta línea argumentativa es prácticamente inexistente, al dirigirse la defensa de Uber, a aspectos formales de legitimación, al considerar que el demandante identificó erróneamente a la empresa que debería ser parte del proceso, lo que claramente es un indicador de la forma limitada en la que la propia EPV traslada la información a los prestadores del servicio, ya no solo de los usuarios, sino también de ella misma.

5. La diversidad de sentencias judiciales

El tema principal que deben abordar las resoluciones judiciales es definir si existe entre la EPV y el prestador de servicios, un vínculo contractual por cuenta ajena o por cuenta propia, es decir, si quien presta el servicio al usuario es un trabajador subordinado o un trabajador autónomo o independiente y por cuenta ajena.

La respuesta a esta primera tarea interpretativa dependerá entre otros factores, de las definiciones normativas presentes en cada país. Sin embargo, existen intentos supranacionales que deben resaltarse, por buscar un acercamiento que puede resultar útil a un conjunto de estados y este es el caso de la Unión Europea.

En la Comunicación de la Comisión Europea al Parlamento, al Consejo, al Comité Económico y Social y al Comité de Las Regiones: “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” (2016)²¹, se comienza recordando que la “la frontera entre trabajadores por cuenta propia y por cuenta ajena es cada vez más difusa”, y en ese sentido, tanto la legislación laboral de la Unión Europea como la jurisprudencia del TJUE en aplicación de aquella, han hecho algunos aportes que son relevantes.

En el ámbito legislativo europeo, la definición de trabajador adquiere importancia en la aplicación de la legislación laboral contenida en muy diversas Directivas que regulan los derechos y las obligaciones de los trabajadores en materia de tiempo de trabajo (vacaciones anuales retribuidas, descanso diario y semanal, trabajo nocturno), información sobre las condiciones individuales de trabajo, derechos de los trabajadores desplazados, prohibición y protección contra la discriminación, la protección en caso de insolvencia del empleador, protección en caso de despido colectivo, transferencia de empresas o fusiones transfronterizas, participación de los trabajadores —información y consulta y en consejos de administración—, salud y la seguridad en el trabajo.

En este contexto, el TJUE ha definido el concepto de trabajador para la aplicación de determinadas directivas comunitarias que, dado el objetivo de la normativa, las legislaciones nacionales no pueden por ellas mismas regularlo, como sucede especialmente en el marco de la libre circulación de los trabajadores²².

En el Asunto C-66/85 - LAWRIE-BLUM/LAND BADEN-WÜRTTEMBERG, en sentencia del 3 de julio de 1986, al resolver una decisión prejudicial sobre la interpretación del artículo 48 del Tratado CEE y el artículo 1 del Reglamento N° 1612/68, relativo a la libre circulación de trabajadores dentro de la Comunidad, es trabajador quien no importando la cantidad de horas trabajadas, reciba una remuneración por ellas, siempre que se trate del ejercicio de actividades reales y efectivas, que están sujetas a dirección y supervisión²³.

Esta interpretación amplia, por tratarse del ejercicio de derechos fundamentales, también la ha aplicado el mismo Tribunal para la interpretación de “trabajador” en otras Directivas, como sucede expresamente con la concerniente al tiempo de trabajo (C-428/09 de 14 de octubre de 2010,

²¹ Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final.

²² Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes. Bruselas, 13.7.2010 COM(2010)373 final.

²³ Disponible en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61985CJ0066&from=ES>.

Union syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros), a los despidos colectivos (C-229/14: 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH) y a la igualdad en el empleo (C-432/14: 1 de octubre de 2015, O/Bio Philippe Auguste SARL).

A partir de estas definiciones en el ámbito comunitario, para el caso de los trabajos realizados por medio de la plataforma, a criterio de la Comisión Europea:

- Existirá subordinación (dirección y supervisión): cuando “el prestador del servicio debe actuar bajo la dirección de la plataforma colaborativa, que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales. En otras palabras, el prestador del servicio subyacente no es libre de elegir qué servicios prestará ni cómo los prestará”. Supervisión que podría no ser continua. No es el caso, sin embargo, de las EPV que se limitan a tramitar el pago depositado por el usuario y se lo pasa luego al prestador del servicio.
- Existirá una actividad real y efectiva, cuando el prestador del servicio subyacente lleve a cabo una actividad de valor económico, y no se trate de actividades marginales y accesorias o más que ocasionales; aunque la breve duración, la escasez de horas de trabajo, el trabajo discontinuo o la baja productividad “no pueden excluir por sí mismos una relación de empleo”.
- Existirá remuneración, cuando lo percibido no tiene la finalidad simplemente de constituirse en una compensación por los costes realizados para sus actividades. Deberán excluirse también las prestaciones por voluntariado.

Para la Comisión, este conjunto de criterios es similar al que aplican los tribunales de los Estados miembros, “cuando realizan su evaluación global de una determinada relación de empleo que es competencia nacional”; de allí que constituya un esfuerzo significativo para determinar, independientemente de las competencias atribuidas a cada estado, en cuáles circunstancias los prestadores del servicio en EPV pueden estar o no cubiertos por los derechos regulados en las normas comunitarias.

Efectivamente, el uso de estos criterios con algunas precisiones que luego se indicarán se puede constatar en las resoluciones de los tribunales nacionales de justicia, dentro y fuera de la Unión Europea, a partir del 2015, al pronunciarse sobre si la relación entre las EPV y los prestadores de servicios es de naturaleza laboral o no, es decir, si estos últimos son trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia. Los países a los que estos tribunales pertenecen, responden a muy diversas tradiciones jurídicas, se refieren básicamente a EPV de servicios geolocalizados, predominantemente en servicios de transporte²⁴.

En el continente americano se dieron las primeras resoluciones judiciales, en Estados Unidos, en el estado de California²⁵—donde también se ubica la sede de Uber Technologies, Inc.—, además de Florida²⁶ y

²⁴ El recuento de las resoluciones dictadas y el acceso a su texto completo, en la mayor parte de los casos, se hizo gracias a la información existente en el sitio web: Una mirada a las relaciones laborales (<https://ignasibeltran.com>).

²⁵ *United States District Court Northern District of California*: O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc., No. C-13-3826 EMC, 2015 (N.D. Cal. Mar. 11, 2015), Cotter et al. c. Lyft, Inc., No. C-13-cv-04065-VC, 2015 (N.D. Cal. Mar. 11, 2015), Lawson c. Grubhub, Inc. et al., No. C-15-cv-05128-JSC, 2018 (N.D. Cal. Feb. 8, 2018); *Superior Court of California County of San Francisco*: Uber Technologies, Inc., et al. v. Berwick, No. CGC-15-546378, 2015 (Cal. Super. Ct. filed June 16, 2015); *Supreme Court of California*: Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court (Ct.App. 2/7 B249546, Los Angeles County Super Ct. No. BC332016) (April 30, 2018); *United States Court of Appeals for the Ninth Circuit*: Vazquez v. Jan-Pro Franchising International, Inc., S258191. (9th Cir. No. 17-16096; 939 F.3d 1045; Northern District of California No. 3:16-cv-05961-WHA.).

²⁶ *District Court of Appeal of Florida, Third District*: McGillis v. Department of Economic Opportunity, and Rasier LLC, d/b/a. UBER, No. 3D15-2758 (Fla. D.C.A. February 1, 2017).

Pennsylvania²⁷. Luego, se han dictado sentencias en Argentina —Buenos Aires²⁸—, Brasil —Belo Horizonte²⁹ y Minas Gerais³⁰—, Chile —Santiago³¹— y Uruguay —Montevideo³²—.

En Europa, existen también decisiones de los tribunales de trabajo en Bélgica —Bruselas³³—, España —Barcelona³⁴, Gijón³⁵, Madrid³⁶, Oviedo³⁷, Salamanca³⁸ y Valencia³⁹—, Francia —París⁴⁰—, Italia —Milán⁴¹, Roma⁴² y Turín⁴³—, Países Bajos —Ámsterdam⁴⁴— y Reino Unido —Londres⁴⁵—.

²⁷ United States District Court for the Eastern District of Pennsylvania: Razak et al. v. Uber Technologies, Inc. et al., LLC. CIVIL ACTION. NO. 16-573. April 11, 2018.

²⁸ Juzgado de 1ra Instancia de lo Contencioso Administrativo y Tributario N°2: Asociación Sindical de Motociclistas Mensajeros y Servicios (ASIMM) v. RAPPI ARG. S.A.S., KADAVRA S.A.S. (GLOVO) y REPARTOS YA S.A., Expediente 36976/2018-o, Actuación Nro: 13348393/2019 de 2 de agosto de 2019; y Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N°37: Rojas y otros v. Rappi Arg SAS, Expediente Nro: 46618/2018 de 19 de marzo de 2019.

²⁹ 12ª Vara de Trabalho de Belo Horizonte: Soares Figueiredo v. Uber Do Brasil Tecnologia Ltda., Processo n. 0010044-43.2017.5.03.0012; 33ª Vara de Trabalho de Belo Horizonte: Silva Ferreira v. Uber Do Brasil Tecnologia Ltda., Processo n. 0011359-34.2016.5.03.0112 -13/02/2017-; 37ª Vara de Trabalho de Belo Horizonte: Soares Neto v. Uber Do Brasil Tecnologia Ltda., Processo n. 0011863-62.2016.5.03.0137 -30/01/2017-; 42ª Vara de Trabalho de Belo Horizonte: Paula Martins v. Uber Do Brasil Tecnologia Ltda. et al., Processo n. 0010801-18.2017.5.03.0180 -11/06/2017-; de Almeida Batista v. Uber Do Brasil Tecnologia Ltda. et al., Processo n. 0010950-11.2017.5.03.0181 -17/07/2017-.

³⁰ Superior Tribunal de Justiça: Conflito de Competência N° 164.544 -MG (2019/0079952-0).

³¹ 2º Juzgado de Letras del Trabajo de Santiago: R.A.T. Cuñado v. Uber Chile SPA, sentencia n° O-1388-2015 del 14 de julio del 2015.

³² Juzgado Letrado de Trabajo de Trabajo de 6º Turno: Q., E. v. Uber Technologies Uruguay S.A. y Otro. IUE: 2-3894/2019. Sentencia No. 77 de 11 de noviembre de 2019.

³³ Tribunal de l'entreprise francophone de Bruxelles : Fédération Belge des Taxis et al. v. Uber BV, n° de répertoire : 000311 de 16 jan. 2019, n° de rôle. A/18/02920.

³⁴ Juzgado de lo Social N°11: XXX v. Take Eat Easy Spain S.L. Sentencia n° 213/2018 del 29 de mayo del 2018; Juzgado de lo Social N°24: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 202/2019 del 21 de mayo del 2019 y XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 205/2019 del 29 de mayo del 2019; Juzgado de lo Social N°31: XXX v. Roofoods Spain S.L. (Deliveroo). Sentencia n° 193/2019 del 11 de junio del 2019. Tribunal Superior de Justicia de Catalunya – Sala de lo Social: XXX v. GlovoApp23 SL. Resolución n° 1034/2020 del 21 de febrero del 2020.

³⁵ Juzgado de lo Social N°1: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 61/2019 del 20 de febrero del 2019.

³⁶ Juzgado de lo Social N°1: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 128/2019 del 3 de abril del 2019, XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 130/2019 del 4 de abril del 2019 y XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 134/2019 del 4 de abril del 2019; Juzgado de lo Social N°17: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 12/2019 del 11 de enero del 2019; Juzgado de lo Social N°19: XXX v. Roofoods Spain S.L. (Deliveroo). Sentencia n° 188/2019 del 22 de julio del 2019; Juzgado de lo Social N°33: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 53/2019 del 11 de febrero del 2019; Juzgado de lo Social N°39: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 284/2019 del 3 de setiembre del 2018; Tribunal Superior de Justicia de Madrid – Sección n° 01 de lo Social: XXX v. GlovoApp23 SL. Resolución n° 1155/2019 del 27 de noviembre del 2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid – Sección n° 02 de lo Social: XXX v. GlovoApp23 SL. Resolución n° 1223/2019 del 18 de diciembre del 2019; Tribunal Superior de Justicia de Madrid – Sección n° 04 de lo Social: XXX v. GlovoApp23 SL. Resolución n° 715/2019 del 19 de setiembre del 2019. Tribunal Superior de Justicia de Madrid – Sección n° 06 de lo Social: XXX v. GlovoApp23 SL. Resolución n° 68/2020 del 3 de febrero del 2020.

³⁷ Juzgado de lo Social N°4: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 106/2019 del 25 de febrero del 2019; Tribunal Superior de Justicia – Sala de lo Social: XXX v. GlovoApp23 SL. Resolución n° 1818/2019 del 25 de julio del 2019.

³⁸ Juzgado de lo Social N°1: XXX v. GlovoApp23 SL. Sentencia n° 215/2019 del 14 de junio del 2019.

³⁹ Juzgado de lo Social N°5: XXX v. Roofoods Spain S.L. (Deliveroo). Sentencia n° 371/2018 del 10 de junio del 2018; Juzgado de lo Social N°6: XXX v. Roofoods Spain S.L. (Deliveroo). Sentencia n° 244/2018 del 1 de junio del 2018.

⁴⁰ Conseil de Prud'hommes de Paris –Section 4, Commerce Division 4 : Menard v. SAS Uber France et al. resolution du 29 janvier 2018 (16/11460) ; Cour d'appel de Paris –Pôle 6 – Chambre 2-: XXX v. EURL TAKE EAT EASY et al. Arrêt du 20 avril 2017 (17/00511), XXX v. SARL TAKE EAT EASY et al. Arrêt du 12 octobre 2017 (17/03088), XXX v. SAS DELIVEROO FRANCE. Arrêt du 9 novembre 2017 (16/12875) ; Petrovic v. SAS UBER FRANCE. Et al. Arrêt du 10 janvier 2019 (18/08357) ; Cour de Cassation – Chambre sociale- : XXX v. SARL TAKE EAT EASY et al. Arrêt du 28 novembre 2018 (17/20079). Cour de Cassation – Chambre sociale : XXX v. SAS Uber France et Uber BV. Arrêt du 4 mars 2020 (19/13316).

⁴¹ Tribunale di Milano Sezione Lavoro : Mohamed Elazab v. Foodinho s.r.l., sentenza 1853/2018 pubbl. 10/09/2018 (RG n. 6719/2017).

⁴² Corte di cassazione : xxx v. Foodora, sentenza 1163/2020 pubbl. 24/01/2020.

⁴³ Tribunale Ordinario di Torino: XXX v. Digital Services XXXVI Italy S.R.L., sentenza 778/2018 pubbl. 07/05/2018 (RG n. 4764/2017); y Corte D'Appello di Torino: Pizano et al. v. Digital Services XXXVI Italy S.R.L., sentenza 26/2019 pubbl. 14/02/2019 (RG n. 468/2018).

⁴⁴ Rechtbank Amsterdam: Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Deliveroo Netherlands B.V., ECLI:NL:RBAMS:2019:198, 15 januari 2019, (aaknummer: 7044576 CV EXPL 18-14763) y Federatie Nederlandse Vakbeweging v. Deliveroo Netherlands B.V., ECLI:NL:RBAMS:2019:210, 15 januari 2019, (aaknummer: 7044576 CV EXPL 18-14762).

⁴⁵ Central London Employment Tribunal: Aslam al. v. Uber BV, Uber London Ltd & Under Britannia Ltd., (case no 2202550/2015, Oct 28, 2016), Dewhurst v. CitySprint (UK) Ltd., (case no 2202512/2016, Nov, 2016); High Court of Justice Queen's Bench Division

En Oceanía, en Australia —Melbourne⁴⁶ y Sidney⁴⁷—.

Tampoco han faltado los casos resueltos por otras instancias públicas encargadas de atender conflictos colectivos sometidos voluntariamente por las partes, como sucedió en Canadá⁴⁸ y en el Reino Unido⁴⁹.

Por consiguiente, en el momento en que dicten los tribunales costarricenses su resolución sobre el trabajo en plataformas virtuales, podrán tener a la vista un conjunto muy diverso de resoluciones que ya han examinado elementos y características muy similares a las que deben apreciar en el caso concreto, al tratarse de modelos de negocio y de organización del trabajo pertenecientes a las mismas multinacionales, por lo que resulta probable que la decisión que adopten, valore en detalle los aportes que los tribunales de todo el orbe han realizado, así como sus argumentos para resolver en uno u otro sentido, especialmente si existe cada vez más, una fuerte tendencia hacia una doctrina uniforme y universal.

Para examinar esta tendencia se han escogido resoluciones de los tribunales nacionales de mayor jerarquía que ya han definido su posición sobre algunas modalidades de trabajo en plataforma. Algunos de estos tribunales pertenecen a países cuya tradición jurídica es similar a la de Costa Rica, como es el caso de España; otros responden a un sistema jurídico diferente, como sucede con Estados Unidos y Gran Bretaña. Pese a sus diferencias, son tribunales muy reconocidos y sus criterios pueden servir de referencia a la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia de este país.

La prueba de indicios y las presunciones derivadas

Como ya se explicó en otra oportunidad⁵⁰, la solución de conflictos que se ubican en zonas grises o fronteras entre el derecho del trabajo y otras disciplinas jurídicas (especialmente mercantil o civil), resulta compleja y ello no es una novedad para ningún tribunal de justicia, en ningún ordenamiento jurídico. Lo recordaba la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de América, en el caso *NLRB (National Labor Relations Board) v. Hearst Publications* (322 US 111 1944) ya hace 75 años: “Pocos problemas en la ley han dado una mayor variedad de aplicación y conflicto en los resultados que los casos que surgen en la frontera entre lo que es claramente una relación empleador-empleado y lo que es claramente uno de trato empresarial independiente”.

Precisamente por ello, la utilización de un listado de indicios, con frecuencia facilita al juez determinar si se trata de un trabajador asalariado o un contratista independiente.

La utilización de listados de indicios también ha sido sugerida y promovida por la misma OIT.

Primero, en el estudio sobre relaciones de trabajo, aprobado durante la Conferencia Internacional del Trabajo N° 91, en su reunión del 2003⁵¹, al analizar las relaciones de trabajo “disfrazadas” y “encubiertas”. Para este organismo: “Disfrazar una relación de trabajo significa crearle una apariencia

Administrative Court: *The Independent Workers Union of Great Britain v. Central Arbitration Committee & Roofoods Limited t/a Deliveroo* (case no CO/810/2018, Dec 5, 2015); Court of Appeal (Civil Division): *Pimlico Plumbers Ltd. v. Smith*, (case No: A2/2015/0196, 10 Feb 2017) y *Aslam al. v. Uber BV, Uber London Ltd & Under Britannia Ltd.*, (case no A2/2018/3467, 19 Dec 2018); Employment Appeal Tribunal: *Uber BV, Uber London Ltd & Under Britannia Ltd. v. Aslam et al.* (Appeal. No. UKEAT/0056/17/DA, Nov 10, 2017); The Supreme Court: *Pimlico Plumbers Ltd et al. v. Smith*, ([2018] UKSC 29, Jun 13, 2018).

⁴⁶ Fair Work Commission: *Kaseris v. Rasier Pacific V.O.F.* ([2017] FWC 6610, Dec 21, 2017).

⁴⁷ Fair Work Commission: *Klooger v. Foodora Australia Pty Ltd.* ([2018] FWC 6836, Nov 16, 2018).

⁴⁸ Ontario Labour Relations Board: *Canadian Union of Postal Workers v. Foodora Inc. d.b.a. Foodora.* February 25, 2020 (OLRB Case N° 1346-19-R).

⁴⁹ Central Arbitration Committee: *Independent Workers' Union of Great Britain (IWGB) and RooFoods Limited T/A Deliveroo* (case number: TUR 1/985 (2016), Nov 14, 2017).

⁵⁰ Godínez Vargas, A. El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes. *Trabajo y Derecho*, Wolters Kluwer, Madrid, No. 54, junio, 2019, p.37.

⁵¹ OIT. *El ámbito de la relación de trabajo*, Ginebra, Oficina Internacional del Trabajo, 2003.

distinta de la que en verdad tiene con el fin de anular, impedir o atenuar la protección que brinda la ley. Se trata pues de una acción destinada a ocultar o deformar la relación de trabajo, dándole otro ropaje mediante una figura jurídica o una forma distinta, en la cual el trabajador gozará de menos protección”⁵².

En este contexto y próximo al objeto de este estudio, se examinó en aquella oportunidad el caso de los conductores de camiones de transporte, como una actividad en la que podía darse una relación “disfrazada”, donde ellos podían intentar ser empresas contratistas o trabajadores por cuenta propia, cuando en realidad se trataba de trabajadores subordinados y para tratar de lograr aquella otra apariencia, se les exigía aportar su propio vehículo y asumir el cargo de los gastos del mismo.

En el caso de Irlanda⁵³, en el contexto de las negociaciones tripartitas para aprobar un Programa para la Prosperidad y la Equidad, por el período 2000 a 2002, “se convino en crear el Grupo de trabajo sobre el estatuto en el empleo [Employment Status Group], con el mandato de tratar de establecer una definición uniforme de «empleado». La tarea se justificaba por no haber una definición legal de empleado ni de trabajador independiente y existir una creciente preocupación de que estuviera aumentando el número de personas clasificadas como «trabajadores por cuenta propia» a pesar de haber indicadores de que, en su caso, la condición de «empleado» parecía más apropiada”.

Como consecuencia de ese esfuerzo, se creó un listado de criterios de distinción entre trabajadores dependientes e independientes, que no se insertaron en la ley sino en un código de prácticas, de aplicación voluntaria. El hecho de que fuera consensuado por medio del diálogo social permitía tener la expectativa de “que el código sería invocado por los órganos encargados de resolver litigios sobre la cuestión del estatuto de los trabajadores”, dada la credibilidad derivada del proceso de su creación.

En Costa Rica, una larga y consolidada jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, cita y utiliza como herramienta de análisis en los casos frontera o de zonas grises ese listado: “En efecto, en el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, se presentaron una serie de criterios o parámetros, utilizados en distintos ordenamientos jurídicos, que podrían ayudar a diferenciar entre un trabajador dependiente y uno autónomo. Así, se han enunciado las siguientes características como propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia: a) es propietario de su propio negocio; b) está expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo el trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) se beneficia pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determina si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tiene la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) puede ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporciona los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporciona el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) dispone de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcula el costo del trabajo y fija el precio; l) dispone de sus propios contratos de seguro; y, m) ejerce control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido”⁵⁴.

Segundo, en la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198), cuando señala que una política nacional de protección de los trabajadores vinculados por una relación de trabajo debería incluir, por lo menos, medidas tendentes a “proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia

⁵² *Ibid.*, p.27.

⁵³ *Ibid.* p.64 y 65.

⁵⁴ SS. Res. 1163-2009, de las 10:10 hrs. del 18 de noviembre de 2009.

de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”, artículo 4 (a); información que a su vez permitiría que las partes sociales tengan una mayor seguridad en la naturaleza del vínculo que les une y especialmente, de los derechos y obligaciones que se derivan del mismo.

Como consecuencia de lo anterior, proponía una lista de indicios específicos, cuya presencia en una relación de contractual de prestación de servicios, determinaría la existencia de una relación de trabajo, como serían los siguientes: “a) el hecho de que el trabajo: se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo, y b) el hecho de que se paga una remuneración periódica al trabajador; de que dicha remuneración constituye la única o la principal fuente de ingresos del trabajador; de que incluye pagos en especie tales como alimentación, vivienda, transporte, u otros; de que se reconocen derechos como el descanso semanal y las vacaciones anuales; de que la parte que solicita el trabajo paga los viajes que ha de emprender el trabajador para ejecutar su trabajo; el hecho de que no existen riesgos financieros para el trabajador” (artículo 13).

A pesar de la importancia que tienen estos dos ejercicios de delimitación, no suele haber en los casos a examen judicial la presencia de la totalidad de los indicios ya indicados y por lo general, “su peso depende a menudo de combinaciones particulares”, que deben ser valoradas con otras circunstancias que para el caso ad hoc, provoca que no siempre se tenga claridad por las partes procesales ni resulte previsible para ellas, un resultado. En todo caso, el recurso a la utilización de este método, para definir la naturaleza jurídica de las relaciones límite, tampoco es reciente, como lo admiten los mismos tribunales de Estados Unidos de América (No. 5003956. Supreme Court of California. March 23, 1989. S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations), ni ha evitado decisiones judiciales aparente o realmente contradictorias que acentúan la inseguridad de empresas y trabajadores.

Al hecho de que no siempre se podrá tener seguridad de si el juez exigirá “todos los criterios” o solo algunos de ellos, se suma que las partes buscan provocar o crear, natural o artificialmente, la mayor cantidad de indicios posibles a favor de la existencia o inexistencia del contrato de trabajo, lo que les lleva en algunas oportunidades a manipular la realidad que le presentan al juez. Así, es normal que se introduzcan en el contrato cláusulas formalmente orientadas a destruir o relativizar algunos indicios de laboralidad. A modo de ejemplo, a partir de junio del 2017, Deliveroo introdujo cambios en el contrato que suscribió con sus prestadores de servicio, para que constara por escrito, entre otros: a) la libertad que tenía de decidir no prestar por sí mismo el servicio, sino de subcontratar a otra persona para ello, de modo que se rompiera la relación personalísima, b) la libertad para contratar al mismo tiempo para otras EPV de la competencia, con lo cual el principio de buena fe no era necesariamente exigido y c) la libertad para rechazar pedidos, con lo que existía una ausencia de control. Tales cambios fueron calificados por algunos de los propios prestadores del servicio como un “maquillaje” de la relación de dependencia⁵⁵.

Estas mismas críticas se han repetido en el estado de California, Estados Unidos de América, con motivo de los cambios introducidos por Uber con motivo de la aprobación en setiembre del 2019 de la Assembly Bill (AB5), en un intento por superar la prueba ABC, a la que luego se hará referencia.

⁵⁵ Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores. 29 de junio de 2017, disponible en <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2017/06/19/5947bd4bca4741fe1f8b45e6.html> (consultado 7-3-20, 17:11 hrs.).

En Colombia, las últimas actuaciones de Uber podrían ser interpretadas en este mismo sentido. Con motivo de la decisión adoptada por la Superintendencia de Industria y Comercio (SIC)⁵⁶, que ordenó el 20 de diciembre del 2019, el cese de la prestación de sus servicios de transporte, al declarar que había incurrido en competencia desleal frente a otros actores del mercado, la empresa comunicó su salida del país a partir del 1º de febrero del 2020⁵⁷, aunque la aplicación UberEats seguiría operando; sin embargo, 20 días después, anunció que regresaba⁵⁸.

Al volver, Uber introdujo cambios en el modelo de negocio, que, si bien tiene el objetivo de remediar, desde su perspectiva y aún pendiente de estudio de la propia SIC, los motivos que originaron su salida temporal, también, sin duda, pueden ser utilizados para fortalecer su posición ante eventuales conflictos judiciales, al propiciar un incremento de los indicios formales de no laboralidad.

La primera de las medidas es que el usuario al conectarse a la plataforma accede a la posibilidad de celebrar un “contrato de arrendamiento” de vehículo con conductor y para ello, la empresa les envió un comunicado que indicaba: “Uber se reinventa por Colombia... creamos un nuevo modelo de negocio para poder operar en Colombia. Este nuevo modelo, que es temporal, te permite llegar a tu destino alquilando un carro con conductor. ¿Cómo? Aceptando un contrato a través de nuestra aplicación con un solo clic...”⁵⁹.

Consecuencia inmediata de ello es que se introducen nuevos conceptos para identificar a las partes, los conductores son arrendadores y los pasajeros, arrendatarios y con motivo de cada nueva solicitud del usuario, se suscribe un nuevo contrato de arrendamiento.

A los prestadores de servicio también se les advierte que en el nuevo contrato “usted reconoce y acepta que Uber es un proveedor de servicios de tecnología, que no ofrece servicios de transporte, no funciona como transportista, ni opera como agente para el transporte de viajeros”⁶⁰. Esta intención de presentarse como una empresa de tecnología con competencias limitadas a la intermediación, ya había sido examinada por el TJUE en la resolución del 20 de diciembre de 2017 (C-434/15).

En definitiva⁶¹, que el usuario se transforma en arrendatario y como tal “tendrá el control operativo del vehículo”, lo que le permitirá “indicar al conductor sus preferencias —música, temperatura, velocidad...—, seleccionar el destino al que quiere ir, escoger el método de pago de su preferencia, cambiar el destino en el momento que lo desee y coordinar con el arrendador, en todo momento, la ruta que quiere utilizar, entre otros”, asumiendo los riesgos que de ello se deriva. El riesgo más inmediato que hace suyo el usuario, siempre que sea hallado culpable de ello por ejercicio del citado control operativo, son los daños por choques, multas, detención y levantamiento del vehículo, etc. Igual sucede si el arrendatario o sus acompañantes ensucian el vehículo, “más allá del uso razonable”, porque su obligación es “devolver el vehículo en el mismo estado en que fue recibido”.

Se trata entonces de una forma en la que la empresa se coloca únicamente como un proveedor de tecnología que le busca carros en arrendamiento a los usuarios, en una especie de simple

⁵⁶ Superindustria ordena suspender operaciones de Uber en Colombia. 20 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.dinero.com/empresas/articulo/suspension-uber-colombia-por-que-la-superindustria-le-ordena-suspender-operaciones/280384>. (consultado 29-2-20, 16:55 hrs.).

⁵⁷ Uber anuncia su salida de Colombia. 10 de enero del 2020, disponible en <https://www.portafolio.co/negocios/uber-anuncia-su-salida-del-pais-uber-se-va-sale-de-colombia-537022> (consultado 29-2-20, 17:05 hrs.).

⁵⁸ Uber vuelve a Colombia. 20 de febrero 2020, disponible en <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/apps/uber-vuelve-a-colombia-despues-de-su-salida-el-31-de-enero-464204> (consultado 29-2-20, 17:05 hrs.).

⁵⁹ Esta es la notificación que les llegó a los usuarios de Uber. 20 de febrero de 2020, disponible en <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/apps/uber-vuelve-a-operar-en-colombia-y-envia-comunicado-a-sus-usuarios-464220> (consultado 29-2-20, 19:55 hrs.).

⁶⁰ Contrato de arriendo, la sorpresa con la que Uber reta a Mintransporte. 20 de febrero de 2020, disponible en <https://www.eltiempo.com/economia/sectores/contrato-de-arriendo-la-sorpresa-con-la-uber-reto-al-gobierno-464232> (consultado 29-2-2020, 20:05 hrs.).

⁶¹ ¿Usuarios tendrán que pagar infracciones cuando van en Uber?. 21 de febrero del 2020, disponible en <https://www.eltiempo.com/tecnosfera/apps/uber-cual-sera-responsabilidad-de-los-usuarios-al-contratar-el-servicio-de-uber-464514> (consultado 1-3-20, 9:27 hrs.).

intermediaria, sin ser parte del contrato que celebren ambas partes; a pesar de que el servicio pareciera seguir conservando —o al menos no se tiene noticia de lo contrario— las demás características que usualmente tenía antes de su decisión de retirarse, en tanto el precio del servicio y la forma en la que se distribuye el beneficio obtenido lo fija la empresa de manera unilateral, los motivos de desconexión siguen estando a discreción de la empresa y sobre todo, lo que se explota es la imagen o la marca de la empresa Uber, además, de que las nuevas condiciones contractuales a las que deben sujetarse el prestador del servicio y el usuario, las ha definido ella misma. Adicionalmente, el conductor no puede ejercer su actividad sino es porque existe una plataforma y se inserta dentro de la organización productiva de la EPV.

A las dificultades ya descritas se une que los listados de indicios han sido elaborados más de una década antes del auge de estas plataformas, por lo que no han tenido en cuenta las características del trabajo que por medio de ellas se organiza⁶².

Producto de las limitaciones ya indicadas, en las primeras sentencias judiciales dictadas tanto en el Reino Unido como en Estados Unidos de América, los jueces acudieron a otra técnica, la prueba de presunciones, en la que se presume la existencia del contrato de trabajo entre el prestador del servicio y la EPV, pero con dos matices que le diferencian, de un lado, para presumir la existencia de una relación laboral solo luego de que se descartaran otras posibles modalidades contractuales, y de otro, para presumir de inicio la existencia del contrato de trabajo, salvo que se demostrara la presencia de ciertos elementos propios de un trabajo independiente o autónomo, pero que a diferencia de lo que hasta ahora sucede en Costa Rica, esos otros elementos están totalmente delimitados y deben coincidir todos ellos a la vez. Por otra parte, cuando ambas sentencias se dictan, especialmente la segunda, las reglas aplicables no eran impuestas por la ley, sino que fueron construcciones elaboradas por los mismos jueces.

La primera de las formas enunciadas se observa en la resolución del Employment Appeal Tribunal de Londres en el caso *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others* (UKEAT/0056/17/DA9), de noviembre del 2017. La sentencia de primera instancia del Employment Tribunal había comenzado por analizar cada una de las relaciones contractuales que las empresas demandadas y propietarias de las plataformas, alegaban que se habían regido en sus relaciones con los prestadores de servicios y los usuarios y solo habiendo descartado la validez de cada una de ellas, llegó a la convicción de que en ausencia de otras posibles explicaciones, lo sensato era presumir que la relación debía ser asalariada.

Para el Tribunal, “cualquier supuesto contrato entre el conductor y el pasajero era una “ficción pura”, sin relación con la realidad. Luego, sostener que Uber es un usuario de un negocio llevado a cabo por el conductor, donde la EPV únicamente se dedica a servir de intermediaria, es una noción “absurda”; aún más, “la noción de que Uber en Londres es un mosaico de 30,000 pequeñas empresas conectadas por una ‘plataforma’ común es para nuestra mente un poco ridícula”.

En conclusión, “la única interpretación sensata es que la relación era al revés” de como lo argumentó la EPV, concluyó el Tribunal.

⁶² Aunque existen casos, como la reciente sentencia de la Sala de lo Social de la Corte de Casación de Francia, la N° 374 de 4 de marzo de 2020, que resolviendo el recurso de apelación interpuesto por la empresa Uber France y Uber BV contra la sentencia dictada el 10 de enero de 2019 por el Tribunal de Apelación de París, decidió rechazar el recurso, quedando en firme la reclasificación de la relación contractual de Uber con el demandante como contrato de trabajo y para ello invocó su propia jurisprudencia, que además señala como reiterada y que está recogida en la sentencia Soc., 13 de noviembre de 1996, N° 94-13187, Bol. V N° 386, Société Générale, que indica que “la relación de subordinación se caracteriza por la realización de un trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene la facultad de dar órdenes e instrucciones, controlar su cumplimiento y sancionar las faltas de su subordinado” y según la cual, “el trabajo en un servicio organizado puede constituir un indicio de subordinación cuando el empleador determina unilateralmente las condiciones de ejecución”. No tuvo que recurrir a otros “nuevos indicios”, sino a los mismos que desde décadas atrás utilizaba.

La segunda alternativa, la podemos observar en la resolución de la Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, N° S222732 (Cal. Sup. Ct. Apr. 30, 2018), en el contexto de la aplicación de la ley de salario. Una resolución de notable importancia, porque el criterio empleado fue posteriormente codificado en la *Assembly Bill 5 (AB5)*, aprobada en el estado de California, el 18 de setiembre de 2019.

La Corte utiliza un standard denominado como "ABC", por el cual se presume que la persona contratada será trabajador independiente solo si se cumplen tres criterios: A. el trabajador está libre de control y dirección en el desempeño del trabajo o la empresa no ha mantenido el control necesario, B. el trabajo encomendado está fuera del curso habitual del negocio de la entidad contratante y no es parte de su operación comercial habitual y C. el trabajador se dedica habitualmente a ese trabajo, es decir, ha tomado la decisión de iniciarlo por sí mismo, lo que se tendrá por demostrado mediante la obtención de una licencia, porque ejerce real y efectivamente publicidad de sus servicios, tiene usuarios, etc.

Como confirma el Tribunal, este standard ha sido descrito por el Juez de la Corte Suprema de Justicia, Hugo L. Black, en *Estados Unidos v. Rosenwasser* (1945) 323 US 360, 363, fn.3 (Rosenwasser), "como <<la definición más amplia>> que se ha diseñado para extender la cobertura de un estatuto o reglamento a la clase más amplia de trabajadores que razonablemente caen dentro del alcance de un estatuto de bienestar social".

En cuanto al criterio (B), se trata de demostrar que la persona contratada no presta los mismos servicios o cumple las mismas funciones o rol que realizan los empleados de la empresa contratante. En el caso concreto, el Tribunal estimó que el servicio de la EPV Dynamex es el servicio de entregas, para lo cual consigue usuarios, establece una tarifa a cobrar, notifica a los prestadores del servicio de recoger y entregar los paquetes, y rastrea los paquetes para lo cual le exige a estos, que utilicen un sistema de seguimiento y registro, por lo que el prestador de servicios se encuentra dentro del curso habitual de los negocios de Dynamex y como tal cumple el rol normal y típico que debería esperarse de cualquier empleado de la empresa.

En cuanto al criterio (C), se trata de demostrar que el trabajador no es parte de la operación comercial habitual de la empresa contratante y que por el contrario, ha tomado "las medidas habituales para establecer y promover su negocio independiente", al que se dedica habitualmente, incluyendo por ejemplo, actividades de publicidad para promocionar los servicios del negocio entre usuarios potenciales. En el caso concreto, el Tribunal estimó que los prestadores de servicio que fueron contratados únicamente prestaron servicios para Dynamex y no se demostró que hubieran establecido o promovido un negocio independiente. Incluso, un grupo de ellos, hasta el 2004 habían sido empleados bajo contrato laboral de la empresa, momento en el cual se les hizo firmar un contrato como contratistas independientes.

En cuanto al criterio (A), se trata de demostrar que la empresa contratante ejerce el tipo y grado de control típico que mantiene con sus empleados, aunque no basta para desvirtuar su existencia, la ausencia de un control preciso de la forma y los detalles del trabajo. En el caso concreto, habiendo sido descartada la presencia de los criterios B y C, la evaluación del A resultó innecesaria.

Sea una u otra la modalidad empleada, a la EPV se le atribuye el deber de probar la existencia de otro tipo de relación contractual diferente a la relación laboral que es la que propicia el contrato de trabajo. Por consiguiente, la elaboración doctrinal realizada por ambas instancias judiciales podría resultar finalmente aplicable como herramienta de valoración de prueba por los tribunales costarricenses.

La reinterpretación de los requisitos legales tradicionales

España es el país en el que existe un mayor número de sentencias dictadas donde se analiza el trabajo en plataforma y también es en el que hay una cantidad significativa de resoluciones contradictorias, lo que ha originado una profusa discusión sobre los indicios en pro o en contra de la naturaleza asalariada de los prestadores de servicio. Resulta entonces el mejor escenario de análisis.

De todas las resoluciones dictadas se han escogido no solo las más recientes, sino las de los tribunales de mayor jerarquía, que son las sentencias dictadas por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de noviembre y diciembre de 2019, constituido en Pleno y de febrero de 2020, por su Sala de lo Social y la del Tribunal Superior de Catalunya, de febrero de 2020, también de su Sala de lo Social, que conociendo de los recursos de suplicación interpuestos contra sentencias de los Juzgados de lo Social de las mismas Comunidades Autónomas, han puesto fin por ahora, a la espera en todos los casos de un eventual recurso de unificación de doctrina ante el Tribunal Supremo, a la discusión provocada por sentencias, que de forma divergente, habían resuelto las reclamaciones de prestadores de servicios (en esta caso denominados Glovers) de GlovoApp23, S.L., a quienes en unos casos los declaraban trabajadores autónomos o Trabajadores Autónomos Económicamente Dependientes (TRADE) y en otros, como trabajadores sometidos a un vínculo contractual de naturaleza jurídica laboral ordinaria o común.

En el caso de las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el criterio establecido por el Pleno, el 27 de noviembre de 2019 (Nº 1155/19) y reiterado en la sentencia del 18 de diciembre de 2019 (Nº1223/19), ha dejado “patente un criterio unitario”, pues como lo dice la sentencia, esta vez de la Sala de lo Social del mismo Tribunal del 3 de febrero del 2020 (Nº68/20), “no puede cuestionarse que por razones de congruencia y, sobre todo, de seguridad jurídica, la Sala debe adoptar en el presente caso idéntica solución que en los litigios anteriores, ambos resueltos por el pleno de este Tribunal”. Por consiguiente, coinciden en afirmar que los prestadores de servicio de Glovo, son trabajadores sometidos a un vínculo contractual de naturaleza jurídica laboral ordinaria o común.

Para llegar a tal conclusión, con cita de la sentencia Nº 1155/19, cuya doctrina se transcribe en las demás, el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, advierte que no recurre a la prueba de indicios como sucedió con la resolución del Tribunal de Apelaciones de Londres o con la Suprema Corte de California, sino que opta por adaptar o reinterpretar los requisitos legales que definen la categoría tradicional de trabajador. De allí la importancia de su estudio, de modo que se amplía el conjunto de opciones de las que puede disponer los tribunales costarricenses.

El Tribunal comienza por recordar, que se trata de un tema complejo, pero para el cual no hace falta recurrir a un sistema de pruebas de indicios ni de presunciones como las derivadas del estándar ABC ya expuesto, sino que basta con una adaptación —que la sentencia denomina “contextualización” a la realidad social— de los criterios tradicionales del Derecho del Trabajo: “Se trata, sin duda, de problemática de fondo ciertamente compleja, mas también cabe decir que la aplicación de los tradicionales criterios del Derecho del Trabajo en relación a los elementos que caracterizan una relación laboral común se nos antoja suficiente para darle respuesta adecuada, siempre, claro está, que contextualicemos debidamente los presupuestos fácticos que concurren o, lo que es lo mismo, los analicemos a la luz de la realidad social actual (artículo 3.1 del Código Civil), lo que exige adaptar dichos estándares clásicos a los avances tecnológicos que continuamente se producen y, por tanto, a lo que es una sociedad como la nuestra dominada por las TIC (Tecnologías de la Información y la Comunicación) merced a la aparición cada vez más frecuente de plataformas de diferentes clases, las cuales se erigen en el principal activo empresarial de sus propietarios con el uso de algoritmos, obviamente secretos, que configuran y definen su funcionamiento, a la par que con la especial idiosincrasia de las relaciones contractuales generadas en torno a esta herramienta mediante las aplicaciones informáticas creadas ad hoc”. Pese a que reivindica que se trata solo de una reinterpretación, como luego se indicará, algunos visualizan en ello, la presencia de “nuevos indicios”. A partir de estas precisiones, el Tribunal expone las siguientes argumentaciones.

Primero, recuerda la importancia del principio del contrato-realidad: “los contratos son lo que son y no lo que las partes quieren que sean, ni lo que quepa deducir de la denominación que las mismas les otorguen —nomen iuris—, principio que es propio tanto de nuestro ordenamiento jurídico interno, cuanto del Derecho de la Unión Europea”.

Consecuencia de lo anterior, ciertas formalidades a las que ya nos hemos referido antes, que se incluyen en los contratos de trabajo, como indicios de no laboralidad, carecen de inicio de validez absoluta por sí mismas, para decidir el conflicto. Este es el caso de la exigencia de que el prestador de servicios se afilie al Régimen Especial de la Seguridad Social de los Trabajadores Autónomos o por cuenta propia (RETA), la exigencia de que para el cobro de sus retribuciones presente facturas que incluyen el Impuesto sobre el Valor Añadido (IVA) o, la obligación de que suscriba una póliza de seguro de responsabilidad civil. En efecto, si se demuestra que se está en presencia de una relación laboral, la denominación dada por las partes al contrato como de arrendamiento de servicios o mercantil, no es “más que una simulación contractual, aderezada además con la forma de pagar el salario —contra factura con IVA— y la exigencia de que el trabajador se dé de alta en el RETA, que no son más que elementos tradicionalmente característicos del fraude simulatorio y a los que la jurisprudencia de esta Sala, tan antigua y reiterada que ni hay que citar, ha desprovisto de todo valor definitorio” (Sala 4ª del Tribunal Supremo, de 11 de febrero del 2015 (recurso nº 2353/13).

Segundo, como una obviedad jurídica, le recuerda a la EPV demandada, que la carga de demostrar la inexistencia de un contrato de trabajo es suya, de conformidad al artículo 8.1 del Estatuto de los Trabajadores, pues aquél se presumirá existente —una presunción inicial, salvo prueba en contrario que la descarte (iuris tantum)— “entre todo el que presta un servicio por cuenta y dentro del ámbito de organización y dirección de otro y el que lo recibe a cambio de una retribución a aquel”.

Tercero, la prestación de servicios es de carácter personal —intuitu personae— y retribuido, conforme a las tarifas fijadas unilateralmente por la empresa, sin que se desnaturalice este carácter por el hecho de que se fije por unidad de obra y que su cobro dependa, de la materialización final del pedido.

Cuarto, la ajenidad se demuestra con el hecho de que los frutos o resultados de las actividades realizadas por el prestador del servicio no son suyos sino de la empresa. A lo que se une que es la empresa la que negocia con los usuarios los precios que éstos pagan y la que fija unilateralmente las tarifas que se le cancelan al prestador, lucrando con todo ello, sin que exista participación en su definición de este último.

Quinto, también existe ajenidad en los medios, para lo cual basta con comparar los aportes que realiza la empresa vs. los aportes que realiza el prestador del servicio. En tal sentido “la enorme importancia económica de la plataforma digital propiedad de la demandada que representa su marca como seña de identidad en el mercado y constituye, a su vez, su herramienta esencial de funcionamiento a través de distintas aplicaciones informáticas en relación tanto a los comercios asociados y los usuarios finales o usuarios que se conectan a ella, cuanto a los recaderos que como instrumento medial contribuyen con su prestación de servicios al logro de los objetivos productivos de la empresa en el marco de su modelo de negocio”, resulta inobjetable; máxime que el aporte del prestador se limita en este caso, a un teléfono móvil y una motocicleta o una bicicleta.

Luego, quien elabora las facturas que gira el repartidor, es la empresa y en las bolsas o cajas en que se transporta los productos del usuario, “figura siempre el logotipo, nombre y colores de la demandada, lo que contribuye a aumentar su reputación digital”.

Sexto, en cuanto a la ajenidad en los riesgos, este es asumido por la EPV, sin que el no percibo de un pago por un servicio no dado, lo desvirtúe, pues no se trata de “una responsabilidad del buen fin de las operaciones sino el no percibo de las correspondientes comisiones cuando la operación no tenía éxito o de alguna forma quedaba anulada”, lo que es totalmente diferente (Sala 4ª del Tribunal Supremo del 15 de octubre del 2001) recurso nº 2283/00). Como tampoco lo contradice la responsabilidad que normalmente se impone por “los daños o pérdidas que pudieran sufrir los productos o mercancías durante el transporte”, que sean consecuencia de actos negligentes o imprudentes del prestador del servicio.

Sétimo, en relación con la dependencia, el prestador de servicios ejecutó sus actividades dentro del ámbito de organización y dirección de la empresa, por cuanto: a) la empresa es la titular de la plataforma digital y sus aplicaciones informáticas, sin las cuales no es posible prestar el servicio; b) en la fijación del precio de los servicios el prestador no tiene participación alguna, siendo la empresa quien unilateralmente lo decide, al igual que el precio que ofrece a los usuarios finales; c) el prestador debe atenerse estrictamente a las instrucciones que le imparte la empresa, en cuanto a tiempos de entrega; d) la empresa, “merced al sistema de geolocalización instalado, ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad que el mismo desempeña”; e) el prestador está sometido a una evaluación diaria de sus servicios; y f) el prestador de servicios no es titular de una actividad auto-organizada, sino que presta servicios “hetero-organizados y dirigidos por la empresa que los recibe y se beneficia de ellos”.

Por otra parte, el Tribunal rechaza ciertos argumentos expuestos por la EPV, que han formado parte, como también ya habíamos reseñado, de los criterios de su defensa técnica en este y en otros procesos similares, examinados por todo el orbe.

- i) Respecto de que el prestador del servicio goza de libertad de horario y puede rechazar libremente un encargo, “han de valorarse desde la relatividad que resulta de las condiciones reales que la empresa le impone para su prestación de servicios como repartidor”, porque es la EPV la que decide “cuándo abre la aplicación en función de la demanda prevista y, por supuesto, según lo que el algoritmo haya establecido, y la alegada libertad de elegir determinada franja horaria queda notablemente matizada por el hecho de que sólo puede hacerlo dentro de aquéllas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada. De igual modo, el rechazo de un servicio puede que no esté penalizado directamente, mas sí de forma refleja, ya que ello supone que su valoración —excelencia— disminuya y, por tanto, la imposibilidad de acceder a las franjas horarias mejores y más ventajosas no sólo por razones de comodidad, sino, sobre todo, por la calidad y número de encargos a efectuar”.
- ii) Respecto de que no está sometido al poder disciplinario de la empresa, las causas adicionales de resolución justificada del contrato, “se asemejan en gran medida a una sujeción de esta naturaleza o, cuando menos, a la posibilidad de reproche por la demandada que es susceptible, incluso, de determinar la extinción contractual”; causas entre las que se encuentran la interrupción de la actividad por un período temporal superior a 10 días naturales, sin haber comunicado dicha interrupción, retraso continuado en la prestación del servicio, realización de los servicios de manera deficiente o defectuosa, constancia fehaciente de que realiza comentarios negativos de la empresa, cualquier circunstancia que implique un perjuicio económico, comercial, organizativo o reputacional para la empresa, etc.

Finalmente, tampoco demostró la empresa que el prestador del servicio cumpliera con el requisito, como trabajador autónomo —en este caso, de la subcategoría de TRADE—, de “disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su usuario, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente” ni la de “desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su usuario”, como disponen los artículos 49.1 k) y 54 del Estatuto de los Trabajadores.

El criterio expuesto del Tribunal Superior de Justicia de Madrid fue también citado como antecedente judicial por la Sala Social del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, en su sentencia Nº 1034/2020 del 21 de febrero de 2020, conociendo el recurso de suplicación (5613/2019) que interpuso el demandante, contra la sentencia del Juzgado Social Nº 24 de Barcelona, de fecha 29 de mayo de 2019, en el que se conoce de una relación contractual entre otro glover y la empresa GLOVOAPP23, SL.

De interés para este estudio y como complemento a lo ya indicado por el Tribunal Superior de Justicia de Madrid, el hecho de que “no hay obligación del repartidor de estar disponible y el repartidor

puede elegir los servicios a realizar y los itinerarios”, que “la retribución es por pedido realizado, que el demandante no lleva ropa con la marca de la empresa, que no hay horario, ni jornada, ni régimen de permisos, ni vacaciones, ni régimen disciplinario”, para el Tribunal de Catalunya “no son determinantes a la hora de establecer si la relación entre las partes es o no laboral”.

Es importante resaltarlo, porque con frecuencia a estos elementos accesorios se les da una relevancia probatoria inadecuada, de modo que, si bien “la constatación de estos hechos constituye un importante elemento de convicción para calificar una relación como laboral, su ausencia no aporta nada a esta convicción”.

Finalmente, otro aporte que hace el Tribunal Superior de Justicia de Catalunya es en cuanto a la forma en la que se estructura el contrato, considerando que “es determinante y muy significativo que los usuarios (clientes) no pueden acceder a la aplicación de los riders (repartidores) y que estos riders no pueden acceder a la aplicación de los usuarios, lo cual es coherente con la inexistencia de relación contractual entre el rider y el usuario”, se está en presencia de una típica relación triangular, que considera como propia de las relaciones laborales, “en la que la empresa actúa en las dos esferas, el mercado de bienes y servicios y el mercado laboral, el usuario actúa solamente en el mercado de bienes y servicios y el trabajador actúa solamente en el mercado de trabajo, de forma que no hay ningún tipo de relación contractual entre el usuario el trabajador”.

C. El ejercicio del poder normativo del Estado

Como lo ha advertido el dictamen del Comité Europeo de Las Regiones: La dimensión local y regional de la economía colaborativa (2016/C 051/06), si bien la economía colaborativa puede: a) mejorar la calidad de vida, b) impulsar el crecimiento (en particular en las economías locales), c) reducir el impacto en el medio ambiente, d) generar nuevo empleo de calidad y e) reducir el coste e incrementar la disponibilidad y eficacia de algunos bienes y servicios o infraestructuras; también “es importante que los servicios ofrecidos a través de la economía colaborativa no lleven a la evasión fiscal ni a la competencia desleal o constituyan una violación de las normas locales y regionales o de la legislación nacional y europea”⁶³.

Encontrar un balance o equilibrio entre “las posibles repercusiones positivas y negativas y la definición de los objetivos de interés público”⁶⁴, de las diversas modalidades derivadas de la economía colaborativa es el reto que debe asumir el diseño e implementación de un marco normativo que regule el trabajo por medio de EPV.

Mismas preocupaciones y prevenciones que incluyó la Comunicación de la Comisión Europea: “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” (2016), cuando recordaba que si bien la economía colaborativa puede contribuir significativamente a la competitividad y el crecimiento, a la vez que permite a los ciudadanos nuevas oportunidades de empleo, modalidades de trabajo flexibles y nuevas fuentes de ingresos y a los consumidores, ventajas mediante nuevos servicios, la ampliación de la oferta y precios más bajos, al mismo tiempo, “plantea a menudo cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos” entre otros, entre trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena, lo que no solo “puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables”, sino que además, “existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público”⁶⁵.

En consecuencia, las iniciativas legislativas deberán estar orientadas a regular las actividades de las EPV y los derechos sociales de quienes prestan servicios en ellas, pero no prohibir su actividad. Sin

⁶³ Diario Oficial de la Unión Europea, 10.2.2016.

⁶⁴ *Ibid.*

⁶⁵ Bruselas, 2.6.2016 COM (2016) 356 final.

embargo, al regularlas deberán crear mecanismos efectivos contra la evasión fiscal y la competencia desleal, así como un marco normativo que elimine la inseguridad que propicia los contratos celebrados en zonas grises, como sucede con el trabajo en plataformas virtuales y definir así, la protección social que debe ser asegurada a los prestadores del servicio. No obstante, como se revisará, muy pocas de las acciones normativas implementadas han satisfecho estas expectativas, parcial o totalmente y en Costa Rica la actividad es incipiente.

1. La regulación de la actividad: como eje prioritario

La mayoría de los intentos legislativos por regular la actividad se han centrado en las EPV de servicios geolocalizados, especialmente dedicadas a la actividad de transporte y en reacción a la intervención de EPV como Uber.

En todos estos casos, estas regulaciones responden a las reclamaciones que han realizado las empresas de servicios de transportes regularizadas, con las cuales compiten las EPV y que han dado lugar a protestas que se caracterizan por paralizar o dificultar el tránsito en las vías públicas de las ciudades más importantes.

Las regulaciones aprobadas buscan exigir que la EPV cumpla con determinados requerimientos legales y técnicos, para que pueda seguir prestando el servicio, en condiciones menos ventajosas que como actualmente lo hacen, para reducir o eliminar la competencia que se califica de desleal. Se trata en definitiva de equiparar o reducir las asimetrías entre la EPV y las empresas de taxi. Sin embargo, no se refieren de modo alguno a los derechos sociales de los prestadores del servicio; menos todavía, se revisa la calificación jurídica de su vínculo contractual con estas empresas. En el mejor de los casos, se reafirma su condición de trabajador autónomo, exigiendo su inscripción como tal en el sistema de Seguridad Social y/o también su registro como contribuyente ante la autoridad fiscal, constituyendo este último requisito el objetivo primordial de los Estados quienes, ante las imprecisas pero presumibles altas utilidades de las EPV, consideran esencial que se perciba también la parte que le corresponde por impuestos.

Ejemplo de lo anterior, son las siguientes regulaciones ya aprobadas en Argentina, Brasil, España, México y Uruguay.

En Argentina, en la Provincia de Mendoza, mediante el Decreto del Ministerio de Economía, Infraestructura y Energía, N° 1512 del 13 de setiembre de 2018, se dispuso que la empresa y los conductores deberían cumplir con los requerimientos legales propios de la actividad de transporte.

El conductor que quiera prestar el servicio privado de transporte deberá solicitar su inscripción en las Empresas de Redes de Transporte que se encuentren registradas, acreditando entre otros requisitos, su inscripción en la Agencia de Administración Tributaria de Mendoza y la Agencia Federal de Ingresos Públicos, además de contratar un seguro para el automotor exigido por Ley N° 9024, con el límite de cobertura máximo para transporte de pasajeros, conforme con las disposiciones de la Superintendencia de Seguros de la Nación.

En Brasil, la ley N° 13.640 de 26 de marzo de 2018, que modifica la Ley N° 12.587 de 3 de enero de 2012, para regular el transporte remunerado privado individual de passageiro, introduce el artículo 11A, por medio del cual es responsabilidad de los municipios y del Distrito Federal, regular y supervisar el servicio privado de pago de transporte de pasajeros, para que se haga una recaudación efectiva de impuestos municipales por la prestación del servicio, se contrate el Seguro de Pasajeros de Accidentes Personales y el Seguro Obligatorio de Daños Personales causados por Vehículos Motorizados en Carreteras Terrestres y se registre el conductor como contribuyente individual al Instituto Nacional de Seguridad Social.

En España, en dos ocasiones en el mismo año, primero mediante el Real Decreto-Ley 3/2018, de 20 de abril del 2018, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio de 1987, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor y luego, mediante el Real Decreto-Ley 13/2018, de 28 de septiembre de 2018, que modifica lo ya regulado, se transfieren las competencias de regulación de los vehículos de transporte con conductor (VTC) a las Comunidades Autónomas y a los Ayuntamientos, quienes podrán imponer regulaciones específicas y entre ellas, exigir una determinada proporción de licencias entre los VTC y los taxis⁶⁶.

Pocos meses después, el Decreto-Ley 4/2019, de 29 de enero de 2019, de la Comunidad Autónoma de Cataluña, de medidas urgentes en materia de transporte de viajeros mediante el alquiler de vehículos con conductor, recoge una serie de acciones que restringen la prestación del servicio, la más significativa, la que exige que para la precontratación del servicio, "debe transcurrir un intervalo de tiempo mínimo de 15 minutos, entre la contratación y la prestación efectiva del servicio", eliminando la ventaja de inmediatez de respuesta de la EPV a la demanda del usuario.

En México, el Reglamento de la Ley de Movilidad del Distrito Federal, del 15 de septiembre de 2017, reguló el Servicio de Transporte de Pasajeros Privado Especializado con Chofer, que operan, utilizan o administran aplicaciones informáticas para el control, programación y/o geolocalización en dispositivos fijos o móviles a través de las cuales los particulares contratan el Servicio Privado de transporte con Chofer en la Ciudad de México. La normativa señala que las EPV deberán aportar el Registro Federal de Contribuyentes y que está prohibido que se genere dos o más solicitudes con una misma unidad vehicular que realice el mismo viaje a diversas personas, en un mismo recorrido, trayecto o ruta. Regulaciones semejantes, existen en los estados de Jalisco (2016) y Puebla (2017).

En Uruguay, mediante el decreto N° 48/17 del 20 de febrero de 2017, se establece un régimen de retención de impuestos, para que los prestadores de servicio de las EPV de servicios de transporte cumplan con sus deberes fiscales, estableciéndose respecto de ellas, la obligación solidaria de la empresa en caso de incumplimiento, dado que como agente retenedor tiene que aplicar la tasa impositiva en el pago mensual a los prestadores del servicio. Adicionalmente, a más tardar el 1° de mayo de 2017, los conductores debían constituirse en una empresa unipersonal o superior registrada.

En definitiva, se trata de un reiterado intento por evitar la competencia desleal y asegurar el frágil equilibrio entre los intereses económicos que persiguen las distintas fuerzas que compiten en el mercado del servicio de transportes, pero sin ninguna connotación social y partiendo de la existencia de un trabajo autónomo, sin encarar las insuficiencias del marco normativo y de las categorías jurídicas que califican una relación de subordinada a autónoma.

2. Iniciativas dirigidas a asegurar un mínimo de protección

Una de las primeras iniciativas que fueron aprobadas y están orientadas a asegurar un mínimo de protección y de beneficios sociales a los prestadores de servicio en EPV, ha sido la impulsada por Francia, que además, no se ha circunscrito a los servicios geolocalizados. Luego, debe citarse otras en el estado de California (Estados Unidos de América) e Italia.

Francia: el reconocimiento de un condicionado beneficio social

Mediante la Ley N° 2016-1088 de 8 de agosto del 2016, sobre el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales, se dispuso una serie de obligaciones justificadas en

⁶⁶ Méndez. M.A. Victoria del taxi: aprobado el decretazo anti VTC que amenaza el futuro de Uber y Cabify. 25 de octubre de 2018, disponible en https://www.elconfidencial.com/tecnologia/2018-10-25/vtc-taxi-vtc-uber-cabify-fomento-decreto-ley-decretazo_1635729/ (consultado 7-3-20, 17:15 hrs.).

la responsabilidad social de las EPV, en tanto la empresa actúe no como simple intermediaria, sino que determine las características del servicio prestado y fije su precio. Esta iniciativa, marca un rumbo distinto a todas las demás iniciativas legales que ya se han expuesto, que se dirigen únicamente a regular la actividad que desarrolla la EPV, pero no a garantizar beneficios sociales a los prestadores de servicios.

Las obligaciones que se imponen en estas circunstancias a la empresa son: a) pagar hasta un límite máximo que se fijará por decreto, el seguro que suscriba el prestador del servicio para cubrir los riesgos de accidentes de trabajo o cuando se adhiera al seguro voluntario de accidentes de trabajo mencionado en el artículo L. 743-1 del Código de la Seguridad Social; salvo que se adhiera a un convenio colectivo suscrito y pagado por la EPV y que contenga garantías al menos equivalentes al seguro voluntario de accidentes de trabajo ya mencionado; b) pagar la contribución a la formación profesional mencionada en el artículo L. 6331-48, cuando el prestador de servicios acceda a la formación profesional continua prevista en el artículo L. 6312-2; c) salvo en caso de abuso, abstenerse de comprometer la responsabilidad contractual e invocar como motivo de ruptura del contrato o para justificar sanciones, en contra de los prestadores de servicio, el hecho de que participen en movimientos de suspensión concertada de la prestación de esos servicios, con el fin de defender sus reivindicaciones profesionales; y d) respetar el derecho de los prestadores de servicio a formar una organización sindical, a afiliarse a ella y a hacer valer sus intereses colectivos por medio de la misma.

Pese a ello, no se reconoce la existencia de una relación subordinada entre la EPV y el prestador de servicios, que sigue teniendo la consideración de trabajador independiente.

Posteriormente, mediante la Ley N° 2018-771 del 5 de setiembre de 2018, para elegir su futuro profesional, se completa la reforma anterior, permitiendo que para cumplir con el ejercicio de su responsabilidad social, la EPV pueda establecer una carta que determine una serie de condiciones en beneficio para los trabajadores —prestadores del servicio— con los que se relaciona, pero bajo ciertas condiciones.

El contenido de la charte, que es sin duda lo más novedoso de la reforma, se publicaría en la página web de la EPV y se anexaría a los contratos o condiciones generales de uso que la vinculan a los prestadores del servicio y podría abarcar el siguiente contenido:

- Las condiciones en las que se desarrolla la actividad profesional de los trabajadores y su relación con la empresa, advirtiendo que la relación entre ellos no es exclusiva.
- Las modalidades destinadas a permitir a los trabajadores obtener un precio decente por sus servicios.
- Los métodos para desarrollar competencias profesionales y asegurar las carreras profesionales.
- Las medidas destinadas en particular a: mejorar las condiciones de trabajo y prevenir los riesgos profesionales a los que puedan estar expuestos los trabajadores a causa de su actividad, como, en particular, los daños causados a terceros.
- Las modalidades de intercambio de información y diálogo entre la empresa y los trabajadores, sobre las condiciones de ejercicio de su actividad profesional.
- La forma en que se informa a los trabajadores de cualquier cambio relativo a las condiciones en las que ejercen su actividad profesional.
- La calidad de servicio esperada en cada empresa y las circunstancias que puedan suponer una ruptura de las relaciones comerciales entre ella y el trabajador, así como las garantías de que éste goza en este caso.

- Las garantías complementarias de protección social negociadas por la empresa y de las que pueden beneficiarse los trabajadores, en particular para cubrir el riesgo de muerte, los riesgos que afecten a la integridad física de la persona o estén vinculados a la maternidad, los riesgos de incapacidad laboral o invalidez, los riesgos de incapacidad, así como la concesión de prestaciones en forma de pensiones de jubilación, subsidios o primas de jubilación o de fin de carrera.

Aunque el contenido de la carta puede interpretarse como un intento legislativo por alejarse del concepto de trabajador independiente, al fijar un piso mínimo de beneficios sociales, la misma ley se encarga de aclarar que “el establecimiento de la carta y el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma... no pueden caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los trabajadores”.

La limitación impuesta a los prestadores de servicio de las EPV para que puedan recibir el mismo trato de los trabajadores subordinados, ha sido objeto de crítica⁶⁷. Las condiciones previstas en la carta no pueden fundamentar un reclamo judicial de recalificación de trabajador autónomo a subordinado, conforme al mandato legal, evitando o reduciendo la posibilidad de que se presenten disputas judiciales de modo que “cuanto más se compromete una plataforma con la responsabilidad, más segura será su relación con el trabajador”. Sin embargo, como advierte Pascal Lokiec, profesor de la Facultad de Derecho de la Sorbona, no se debe prohibir una reclasificación en un contrato de trabajo “si elementos distintos al estatuto, en particular las condiciones reales para llevar a cabo la actividad caracterizan un vínculo de subordinación entre las dos partes”, por lo que podrían adoptarse las acciones legales pertinentes, pero no en base a las condiciones incluidas en la carta. Para otros, se trata de una medida “decepcionante”, siendo preferible que el contenido de la misma, se hubiere fijado como producto del diálogo entre las partes y no de manera unilateral, como advierte el economista Gilbert Cette; mientras para la Confederación General de Trabajadores de ese país, se trata de una “manipulación brusca”, para declarar por ley que los trabajadores en las EPV “no pueden ser considerados como empleados”.

La revisión de la tipología contractual y los beneficios sociales derivados

A diferencia de lo realizado en Francia, donde la base mínima ampliada de beneficios sociales se deja a voluntad de la empresa, reforzando la calificación jurídica de trabajador autónomo del prestador de servicios; en el caso de las reformas aprobadas en 2019, tanto en el estado de California (Estados Unidos de América) como en Italia, la opción legislativa empleada ha reformado de forma indirecta las categorías jurídicas de trabajador autónomo y de trabajador subordinado y derivado de ello, al ser cada vez mayor la probabilidad de que el prestador de servicios sea calificado bajo la categoría de trabajador subordinado, de lograrlo, adquiere el mismo conjunto de derechos sociales que todo trabajador por cuenta ajena tiene. Consecuencia de lo anterior, se reduce el dumping social, reservándose la categoría de trabajador autónomo únicamente para los casos en los que, sin duda, se está en presencia de una relación desprovista de los elementos que caracterizan el contrato de trabajo.

En Italia, el Decreto-Ley N° 101, de 3 de septiembre de 2019, que contiene disposiciones urgentes para la protección del empleo y la solución de las crisis de las empresas, se convierte en la Ley N°128 del 2 de noviembre del 2019.

Para entender la importancia de esta ley, debe antes señalarse que el Decreto Legislativo N° 81, de 15 de junio de 2015, reguló en el artículo 2.1. las denominadas “colaboraciones organizadas por el comitente” —collaborazioni organizzate dal committente—, a las cuales, a partir del 1° de enero de 2016, se les aplicarían las normas de la relación laboral por las que se rigen las relaciones de colaboración

⁶⁷ Le gouvernement souhaite mieux protéger les travailleurs ubérisés, 13 juin 2018, disponible en https://www.lemonde.fr/politique/article/2018/06/13/le-gouvernement-souhaite-mieux-protoger-les-travailleurs-uberises_5314098_823448.html (consultado 29-01-20, 19:18 hrs.).

que son “exclusivamente” personales, continuas y cuyos métodos de ejecución son organizados por el comitente “también” con referencia al tiempo y lugar de trabajo.

Con ello, estas prestaciones reciben un tratamiento similar al trabajo subordinado, si en la prestación del servicio existen tres elementos que la misma ley define como: personal, continuo y hetero-organizado.

Si había alguna duda de si esta nueva modalidad de contrato podía aplicarse al trabajo en plataforma, el Decreto-Ley N° 101, de 3 de septiembre de 2019, incluyó un párrafo final al artículo ya citado del Decreto-Ley N°81 de 2015, para que se indicara expresamente, que “las disposiciones establecidas en este párrafo también se aplicarán si los métodos de ejecución del servicio se organizan a través de plataformas, incluidas las plataformas digitales”.

Como advierte el Tribunal de Casación de Italia, en la sentencia N°1163 del 24 de enero del 2020, los conceptos “exclusivamente” y “también”, que incluía la definición aprobada en el Decreto Legislativo N° 81 de 2015, habían fomentado interpretaciones restrictivas y propiciado discusiones judiciales en las que las EPV pretendían que a su relación contractual con el prestador del servicio no se aplicara el régimen común del trabajo subordinado, tratando de demostrar que en la práctica, no existió un trabajo “exclusivamente” personal y continuo, dado que la persona pudo haber sido sustituida en ocasiones por otra de su elección y que en la organización de los servicios, en referencia al tiempo y lugar de trabajo, donde “también” debía únicamente intervenir la empresa, ello no ocurría, porque tenían participación, el propio prestador del servicio y el usuario.

Una muestra de que estas otras posibles interpretaciones podían darse, se comprueba en el recurso interpuesto contra la sentencia de Tribunal de Apelaciones de Turín, que termina resolviendo el Tribunal de Casación, donde la EPV Foodora expone como parte de su fundamentación, que el trabajo no es “exclusivamente” personal ni continuo, ni es “también” solo organizado por ella en cuanto a las condiciones de tiempo y lugar.

Con el Decreto-Ley N° 101 de 3 de septiembre de 2019 se modifica el artículo 2, párrafo 1 del Decreto Legislativo N° 81 de 2015 y en la primera frase, se sustituye la palabra “exclusivamente” por “predominantemente” y se suprimen las palabras: “también en relación con el tiempo y el lugar de trabajo”. Como señala el Tribunal de Casación en la sentencia indicada, en referencia a esta última reforma, “se trata de una elección de política legislativa destinada a garantizar al trabajador la misma protección que la que disfruta el trabajo subordinado, de acuerdo con el planteamiento general de la reforma, a fin de proteger a los trabajadores considerados evidentemente en una condición de “debilidad” económica, que operan en una “zona gris” entre la autonomía y la subordinación, pero considerados dignos de una protección homogénea”.

Se abre así, una protección muy amplia, de la que es reflejo la propia decisión del Tribunal de Casación, aumentando la tipología contractual del ordenamiento laboral italiano, como una forma de enfrentar la insuficiencia de las categorías tradicionales de trabajo.

Paralelamente, el Decreto-Ley N° 101 de 2019, enmienda el Decreto Legislativo N° 81 de 2015, insertando en el mismo un Capítulo V-bis denominado de: “Protección del Empleo a través de Plataformas Digitales”, para aquellos casos en los que no reuniendo la prestación en plataforma, los tres elementos ya señalados, tendrán que aplicarse niveles mínimos de protección “para los trabajadores autónomos que realizan actividades de entrega de mercancías por cuenta ajena”, en áreas urbanas, a través de plataformas, incluidas las plataformas digitales, entendidas como “programas y procedimientos informáticos utilizados por el comitente que, independientemente del lugar de establecimiento, sirven para la entrega de bienes, fijando su remuneración y determinando la forma en que se presta el servicio”.

En beneficio de estos trabajadores autónomos, la ley dispone regulaciones especiales en materia de remuneración, protección de derechos fundamentales, tratamiento de datos y seguridad social.

Su remuneración puede estar fijada en los convenios colectivos concertados por los sindicatos y las organizaciones patronales más representativos a nivel nacional y en ausencia de ellos, los trabajadores no podrán ser remunerados en función de las entregas efectuadas, por lo que deberá garantizarse una remuneración por hora basada en las tablas mínimas establecidas en los convenios colectivos nacionales de sectores similares o equivalentes firmados por los sindicatos y las organizaciones patronales más representativas a nivel nacional. Sin embargo, en ningún caso, el complemento que deben recibir por los trabajos realizados de noche, durante las vacaciones o en condiciones climáticas desfavorables, serán inferior al 10%.

Las normas de protección a la discriminación, de la libertad y la dignidad del trabajador y sobre el tratamiento de los datos personales, también les serán aplicados; y no pueden ser excluidos de la plataforma o verse afectados en una reducción de las oportunidades de empleo, por rechazar un servicio.

En materia de seguridad social, los trabajadores estarán cubiertos por el seguro obligatorio contra los accidentes de trabajo y las enfermedades profesionales y la prima de aseguramiento se determinará sobre la base de la tasa de riesgo correspondiente a la actividad realizada, asumiendo la EPV, las obligaciones que corresponden al empleador.

En esta misma línea de protección al trabajo en plataforma, debe ubicarse la Assembly Bill 5 (AB5) aprobada el 18 de setiembre de 2019 en el estado de California, Estados Unidos de América. Con ella, se enmienda la Sección 3351 y se agrega la Sección 2750.3 al Código del Trabajo y se enmiendan las Secciones 606.5 y 621 del Código del Seguro de Desempleo, relacionadas con el empleo.

Con la ley se codifica el criterio utilizado por la Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, N° S222732 (Cal. Sup. Ct. Apr. 30, 2018), para definir si una persona es trabajador o empleado o por el contrario, contratista independiente.

El criterio utilizado es la prueba "ABC", a la que ya se hizo referencia y la ley ahora aprobada dispone que a los efectos de las disposiciones del Código del Trabajo y del Código del Seguro de Desempleo y de las órdenes de pago de la Comisión de Bienestar Industrial, "una persona que proporcione mano de obra o servicios a cambio de una remuneración se considerará un empleado en lugar de un contratista independiente a menos que la entidad contratante demuestre que se cumplen todas las condiciones siguientes: A) La persona está libre del control y la dirección de la entidad contratante en relación con la ejecución del trabajo, tanto en virtud del contrato para la ejecución del trabajo como de hecho; B) La persona realiza un trabajo que está fuera del curso habitual de los negocios de la entidad contratante; y C) La persona se dedica habitualmente a un oficio, ocupación o negocio establecido de manera independiente, de la misma naturaleza que el que implica el trabajo realizado.

Como consecuencia de lo anterior, las EPV deberán hacer las contribuciones que con respecto al seguro de desempleo y al seguro de invalidez fijan las normas aplicables, según los salarios pagados a sus empleados.

La Ley aprobada es más amplia y proteccionista que la Ley italiana, N°128 del 2 de noviembre del 2019 y a diferencia de ella, presume de inicio la existencia de un trabajo subordinado, como luego se tendrá oportunidad de analizar.

Excluidos de su ámbito de aplicación y sujetos a otra regla distinta, que es la establecida en el caso No. S003956. Supreme Court of California. March 23, 1989. *S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations*, están entre otros, que es el que más interés tiene para este estudio, el contrato de "servicios profesionales". En este supuesto, la persona es un contratista independiente, si se

demuestra que cumple con todos los siguientes criterios: a) La persona mantiene una ubicación comercial, que puede incluir la residencia de la persona, que es independiente de la entidad contratante; b) Si el trabajo se realiza más de seis meses después de la fecha de entrada en vigor la ley, la persona tiene una licencia comercial, además de las licencias o permisos profesionales necesarios para que la persona ejerza su profesión; c) La persona tiene la capacidad de fijar o negociar sus propias tarifas por los servicios prestados; d) Fuera de las fechas de terminación de los proyectos y de los horarios de trabajo razonables, el individuo tiene la capacidad de fijar sus propios horarios; e) La persona suele realizar el mismo tipo de trabajo que se realiza por contrato con otra entidad contratante o se ofrece a otros posibles clientes como disponible para realizar el mismo tipo de trabajo; y f) El individuo habitualmente y con regularidad ejerce discreción y juicio independiente en la ejecución de los servicios.

Con la ley aprobada no solo se da respuesta al problema fiscal y de competencia que se deriva de la actividad de estas EPV, sino que también, sin necesidad de modificar las categorías típicas de trabajo subordinado y trabajo independiente, se reduce la inseguridad derivada de las prácticas judiciales, codificando precisamente las reglas por ellas aplicadas, como sucede con la prueba ABC utilizada por la Suprema Corte de California.

3. Expectativas de cambio en América Latina

En América Latina, actualmente están en discusión diferentes proyectos de ley, que tímidamente introducen algunas iniciativas más socialmente responsables y sostenibles, aunque sin abandonar su objetivo principal de reducir las asimetrías existentes entre las condiciones en las que las EPV compiten con las empresas tradicionales de transporte de personas, específicamente los taxis. Un ejemplo de ello son estas iniciativas, con distinto grado de avance, se presentan en Chile y Colombia.

En Chile, a finales del mes de enero del 2020, el proyecto de ley que pretende regular las EPV de transporte de pasajeros, fue despachado en la Comisión de Transportes del Senado, superando así el segundo de los tres trámites constitucionales previstos. Si bien se ratificó la exigencia de licencia profesional para los choferes y se limita el número de ellos por cada vehículo inscrito, la novedad es el propósito de establecer la obligación de que las empresas dispongan de una tarifa sustentable para los conductores que compense sus costos operativos y les permitan obtener un margen de utilidades razonable⁶⁸, una de las principales y continuas reivindicaciones del colectivo de prestadores de servicio. Todavía a principios de marzo de 2020, la iniciativa aguardaba ser conocida por la Comisión de Hacienda, donde nuevamente continuará el debate.

A diferencia de lo que sucede en Chile, donde las EPV han indicado⁶⁹, que no es una opción dejar el país por los intentos de regulación, en Colombia, en el contexto del retiro temporal de Uber del país —que llegó a ser inferior a 3 semanas—, entre las iniciativas de regulación hay un proyecto que apoyado por senadores de los Partidos Cambio Radical y Centro Democrático⁷⁰ y que pretende presentarse en marzo de 2020, contemplaría la creación de una nueva categoría de trabajo denominada el “trabajo autónomo dependiente” —en algo parecido al TRADE de España— y que obligaría a los prestadores de servicio a afiliarse a la Seguridad Social, donde por partes iguales, la empresa y el prestador, asumirían su costo.

⁶⁸ Comisión de Transportes despacha ley Uber: rechazan placa patente distintiva y limitar vehículos, 29 de enero del 2020, disponible en <https://www.biobiochile.cl/noticias/nacional/chile/2020/01/29/comision-de-transportes-despacha-ley-uber-rechazan-placa-patente-distintiva-y-limitar-vehiculos.shtml> (consultado 29-1-20, 18:47 hrs.).

⁶⁹ “No es opción dejar Chile”: DiDi, Cabify, Uber y Beat fijan posición ante próxima ley que los regulará. 4 de febrero del 2020, disponible en <https://www.latercera.com/la-tercera-pm/noticia/no-es-opcion-dejar-chile-didi-cabify-uber-y-beat-fijan-posicion-ante-proxima-ley-que-los-regulara/998435/> (consultado 1-3-20, 13:29 hrs.).

⁷⁰ Senadores trabajan en proyecto para regular las plataformas de transporte. 14 de enero del 2020, disponible en <https://www.lafm.com.co/politica/senadores-trabajan-en-proyecto-para-regular-las-plataformas-de-transporte>. (consultado 1-3-20, 14:10 hrs.).

En el caso de Costa Rica, como luego se analizará, el proyecto con mayor apoyo político, solo introduce una regla en protección de los prestadores de servicio de plataformas virtuales, al limitar su horario de trabajo, que bien puede confundirse con otra medida más, no de carácter social, sino para limitar la competencia desleal, la meta principal de la iniciativa.

D. Las iniciativas impulsadas por las mismas partes en ausencia de regulación expresa

Mientras la casi unanimidad de las iniciativas tendientes a crear el marco normativo para regular la actividad de las EPV, estén focalizadas en la creación de medidas que tiendan específicamente a reducir las asimetrías existentes entre la forma en la que se explota el servicio de transporte entre ellas y las organizaciones empresariales que venían dominando el sector, como sucede con los taxis en el caso del transporte de personas, con el fin de evitar la presión social de las organizaciones del sector y se logre que las EPV paguen al fisco los impuestos por las ganancias obtenidas, resulta muy difícil que las reivindicaciones sobre la precariedad de las condiciones de trabajo de los prestadores de servicios, encuentren un espacio donde pueden obtener una respuesta satisfactoria o al menos se suscite un debate sobre ello. Como sucede en buena parte de los casos, la ley responde más rápidamente a los intereses económicos que a los sociales.

Respecto de la necesidad de modificar estas condiciones en la Gig Economy, con la publicación en julio de 2017 *The Taylor Review of Modern Working Practices*⁷¹, se alertaba que “esta one-sided flexibility solo produce precariedad, por medio de una excesiva fragmentación del trabajo y la consecuente inestabilidad de ingresos”⁷².

Ante este escenario de déficit normativo, son las propias partes, en algunos casos unilateralmente los prestadores de servicios, acompañados o no de centrales sindicales del sector al que pertenecen, o son las propias EPV y en pocos, pero significativos casos, ambos y por medio de la negociación colectiva; quienes han procurado una respuesta a las necesidades existentes.

Las experiencias seguidas constituyen buenas prácticas que deberían servir de modelo incluso, para acciones complementarias al diseño de políticas públicas.

1. Promovidas por los prestadores de servicio

Muy diversas son las opciones promovidas por los prestadores de servicio, que han demostrado ser muy eficaces como medio de divulgación de información y de organización en defensa de mejores condiciones de trabajo.

Hay plataformas específicas como *coworker.org* para promover o apoyar campañas reivindicativas. Un ejemplo de las iniciativas que se pueden desarrollar, fue la campaña denominada “Uber/Lyft Corporate: Stop Abusing Drivers!”⁷³, que es un llamado a ambas empresas para que se detengan de abusar de los conductores y que tiene como objetivo, entre otros, proteger los derechos de los trabajadores y evitar que las empresas tecnológicas rompan las leyes laborales para su beneficio. A quienes estén interesados en esta campaña, se les explica que partiendo de la premisa de que ambas empresas consideran a sus trabajadores como “contratistas independientes”, deberían abstenerse de decidir unilateralmente la forma en que se realiza servicios, y por el contrario, debería de informar al conductor, de previo a que éste acepte el viaje, las características de la solicitud otorgándole un tiempo razonable para que evalúe su decisión de aceptarlo y en caso de que no lo desee, de rechazarlo, sin que

⁷¹ Disponible en https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf.

⁷² Alexander Godínez Vargas. El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes, op.cit, p. 45.

⁷³ Disponible en <https://www.coworker.org/petitions/uber-lyft-stop-abusing-drivers>.

ello venga acompañado de una amenaza de desactivación. La campaña se organiza para buscar un número significativo de personas que apoyen la petición y una vez que ello se cumpla, entregarla a ambas multinacionales. Precisamente, este objetivo que también sigue siendo una reivindicación en muchos países, en otros, ya ha sido aprobadas.

También se hace uso de aplicaciones como Whatsapp o de redes sociales para promover foros de discusión. En algunos casos, estas plataformas adquieren un papel más protagónico, actuando como auténticas organizaciones de trabajadores. Este el caso de la plataforma *ridersxderechos* (<https://es-la.facebook.com/ridersxderechos/>), que celebró los días 24, 25 y 26 de noviembre de 2018, su primer encuentro estatal en Madrid y que fue la responsable no solo de convocar la manifestación desarrollada por trabajadores de Glovo en contra de la empresa, en Barcelona, España, el 1º de agosto de 2019, sino que además, ha actuado como parte denunciante ante la inspección de trabajo en Barcelona, Zaragoza, Gijón, Vigo, Palma y Madrid y Bilbao⁷⁴.

Aunque no se trata de citar todas las manifestaciones y huelgas promovidas por los prestadores de servicios, un breve recorrido por algunas de ellas, ocurridas en contra de Deliveroo, Glovo o Uber, permite identificar las principales reivindicaciones de los trabajadores y le da contenido a la base mínima de garantías sociales que debería contener un marco normativo para ellos, como es: a) la garantía de un ingreso mínimo que entre otras cosas les permita obtener una ganancia digna descontado los gastos a su cargo, incluyendo el pago de impuestos y de la seguridad social, lo que conlleva la fijación de una tarifa base por entrega y de un costo hora razonable por servicio, además, de la garantía de una jornada básica; b) un seguro contra riesgos del trabajo y otros infortunios; c) la transparencia de los criterios que determinan la desconexión y del sistema de calificación o excelencia y la garantía del ejercicio del derecho de defensa; y d) el ejercicio del derecho de asociación sin represalias por ello.

En España, el 6 y 9 de julio del 2017, los trabajadores de Deliveroo en Madrid y Valencia realizaron una huelga en solidaridad con sus compañeros de Barcelona, para solicitar: a) una cantidad mínima de horas semanales a quien así lo requiera, que la fijaron en 20, con el consecuente pago de las mismas; b) un seguro en protección de eventuales riesgos; y c) la readmisión de los despedidos por la huelga del 2 de julio de ese mismo año⁷⁵.

Como consecuencia de la presión ejercida por estas convocatorias, ya la empresa había ofrecido desde el 18 junio del 2017⁷⁶, que quienes obtuvieran, como lo exige la ley, más del 75% de sus ingresos de la empresa, podía optar por ser contratados como autónomos económicamente dependientes (TRADE), lo que también les permitió incrementar sus ingresos por hora de media al tener, en igualdad de condiciones, prioridad para la asignación de pedidos, lo que fue aprovechado por aproximadamente 700 de ellos.

En Barcelona, España, el 1º de agosto de 2019, los trabajadores de Glovo denunciaban⁷⁷: a) la falsa flexibilidad horaria, b) las presiones para finalizar los pedidos en un tiempo determinado y c) que el sistema de puntuación es ineficaz y en definitiva, señalaban: "Queremos dejar de ser esclavos de la aplicación".

⁷⁴ Primera Asamblea Estatal de Riders X Derechos. 20 de noviembre del 2018, disponible en <https://poderpopular.info/2018/11/20/primera-asamblea-estatal-de-riders-x-derechos/> (consultado 1-3-20, 17:13 hrs.).

⁷⁵ España. Repartidores de Deliveroo, contra la explotación de la economía colaborativa. Convocan una huelga y paros parciales entre el 6 y el 9 de julio en Barcelona y manifestaciones en Madrid y Valencia. 6 de julio del 2017, disponible en <http://www.resumenlatinoamericano.org/2017/07/06/espana-repartidores-de-deliveroo-contra-la-explotacion-de-la-economia-colaborativa-convocan-una-huelga-y-paros-parciales-entre-el-6-y-el-9-de-julio-en-barcelona-y-manifestaciones-en-madrid/> (consultado 1-3-20, 15:16 hrs.).

⁷⁶ Deliveroo anuncia cambios en los contratos de sus repartidores. 19 de junio del 2017, disponible en <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2017/06/19/5947bd4bca4741fe1f8b45e6.html> (consultado 1-3-20, 15:58 hrs.).

⁷⁷ Huelga de 'riders' de Glovo: "Queremos dejar de ser esclavos de la aplicación". 1 de agosto del 2019, disponible en https://www.eldiario.es/catalunya/economia/Trabajadores-Glovo-protestar-condiciones-laborales_o_926707452.html (consultado 1-3-20, 17:16 hrs.).

Respecto de la primera de las reivindicaciones, denuncian que si eran trabajadores autónomos entonces deberían tener la libertad de trabajar las horas que quisieran, pero ello no era así en la práctica, porque dependen de lo que les ofrezca la empresa por medio de la plataforma y de los puntos que tengan y para mantener una puntuación alta, deben trabajar todas las horas disponibles. En cuanto a la segunda, se quejan de que carecen de una herramienta que les permita justificar los retrasos que hayan tenido, antes de que la puntuación obtenida les afecte. Y respecto del sistema de evaluación, mostraban su temor de que: "Cada mañana nos levantamos con el miedo que nos hayan bajado puntos".

En Lima, Perú, el 20 de octubre del 2019, 200 trabajadores se manifestaron contra la empresa Glovo, denunciando la reducción del precio base por entrega, con efectos a partir del 22 de ese mismo mes y que ya antes de ello, desde enero del 2019 se les había eliminado los bonos adicionales que percibían⁷⁸.

El 18 de enero de 2020, los trabajadores de Glovo en Vitoria, España, protestaron ante el cambio unilateral en las condiciones de trabajo y solicitando se les asegure "unas ganancias dignas"⁷⁹. La empresa había decidido rebajar la comisión mínima que reciben por reparto, pero también denunciaron retrasos en los pagos de la facturación y el hecho de que resulta insostenible con los ingresos percibidos, el que tengan que asumir por ellos mismos la Seguridad Social y el IVA. La consecuencia principal es una disminución del salario por el mismo trabajo que realizaban hace unos meses. También denuncian los "impagos a sus trabajadores y desmejoras de las condiciones laborales". Por otra parte, como sucedió con la huelga de los riders de Deliveroo en 2017, también acusaron que a pesar de que no se les desconectaba a quienes apoyan el movimiento, sí eran objeto de penalización en el sistema de evaluación, lo que reduce su calificación y las ventajas que de ello se obtiene.

El 8 de mayo del 2019, se ejecutó la primera huelga internacional de los prestadores de servicio contra una EPV⁸⁰. Conductores de Uber de 3 continentes (entre otros, en América: —Argentina, Chile, Costa Rica, Estados Unidos, Panamá y Uruguay—, en Europa —Gran Bretaña— y en Oceanía —Australia—) decidieron desconectarse de la plataforma dos días antes de la salida en la Bolsa de New York de las acciones de la multinacional. El principal reclamo era la alta comisión que la empresa cobra a los conductores, aunque también se agregaron reclamos como el derecho a un ingreso mínimo decente, participación de los trabajadores en la estructura administrativa de la empresa, el conocimiento anticipado y de previo a aceptar el viaje, de su destino y el precio, así como el pago de una compensación razonable debido a fallos técnicos.

Sin embargo, esta primera forma de internacionalización del conflicto, venía precedida por otras tantas acciones colectivas, como las sucedidas en Gran Bretaña, durante el año 2018. En setiembre⁸¹ de ese año la protesta se realizó en Londres contra Uber Eats por los cambios unilaterales de las tarifas y en octubre⁸² se hacía en Birmingham, Londres y Nottingham contra Uber, en procura de un aumento de las tarifas, una reducción de la comisión de la EPV y una restricción de los supuestos en los que se les desactiva. O incluso, las de noviembre 2016, en Estados Unidos⁸³, cuando exigieron un mayor salario mínimo y un incremento en el valor de la hora por permanecer estacionados en sitios de alta demanda

⁷⁸ Glovo: repartidores de delivery de app denuncian recortes en pagos. 21 de octubre de 2019, disponible en <https://gestion.pe/peru/glovo-app-repartidores-huelga-recorte-de-sueldo-glovo-repartidores-de-delivery-de-app-denuncian-recortes-en-pagos-noticia/?ref=gesr> (consultado 1-3-20, 16:29 hrs.).

⁷⁹ Repartidores de Glovo de Vitoria en huelga para denunciar las condiciones laborales. 21 de enero de 2020, disponible en <https://kaosenlared.net/repartidores-de-glovo-de-vitoria-en-huelga-para-denunciar-las-condiciones-laborales/> (consultado 1-3-20, 16:18 hrs.).

⁸⁰ Primera huelga internacional contra Uber. 8 de mayo de 2019, disponible en <https://notasperiodismopopular.com.ar/2019/05/08/primera-huelga-internacional-contra-uber/> (consultado 1-3-20, 17:46 hrs.).

⁸¹ Uber Eats couriers' pay protest brings traffic to a halt in central London. 20 september 2018, disponible en <https://www.theguardian.com/technology/2018/sep/20/uber-eats-couriers-pay-protest-brings-traffic-to-a-halt-in-central-london> (consultado 1-3-20, 20:05 hrs.).

⁸² UK Ubers drivers to stage 24 hour strike over pay and conditions. 8 october 2018, disponible en <https://techcrunch.com/2018/10/08/uk-uber-drivers-to-stage-24-hour-strike-over-pay-and-conditions/> (consultado 1-3-20, 20:01 hrs.).

⁸³ Conductores de Uber a huelga por un mejor salario. 28 de noviembre de 2016, disponible en <https://www.telemundo.com/noticias/2016/11/28/conductores-de-uber-huelga-por-un-mejor-salario-tmna115909> (consultado 1-3-20, 18:21 hrs.).

de servicios y que afectaron la prestación de servicios en más de una veintena de ciudades, entre ellas: Denver, Boston, Miami, Chicago, Los Ángeles, Nueva York y San Francisco.

Un dato adicional, en el caso de algunas de las huelgas desarrolladas contra Uber, es que han sido coorganizados por sindicatos, como sucedió con las de octubre de 2018, que contó con el apoyo de una rama —United Private Hire Driver— del IGWB —Independent Workers' Union of Great Britain—, o con la de mayo del 2019, en la que no solo estuvo presente el IGWB, sino también el sindicato Gig Working Rising de San Francisco, Estados Unidos.

En este contexto, a falta de normas legales que aprueben mejoras en las condiciones de trabajo, el derecho de asociación y de negociación colectiva deben poderse ejercer sin represalias, como lo reconocen los convenios fundamentales de la OIT en materia de libertad sindical.

2. Promovidas por las EPV

A modo de soft law, se han redactado Códigos de Conductas, que tratan de establecer compromisos voluntarios de las EPV, para mejorar las condiciones de trabajo de los prestadores de servicio. Una de las iniciativas más reconocidas es la llevada a cabo por la EPV Testbirds (de prueba de aplicaciones)⁸⁴, que en 2015 redactó la primera versión del código “para una cooperación confiable y justa” entre las partes.

La propuesta está abierta a las adhesiones de otras empresas y mientras en julio de 2015 la habían suscrito 3 EPV, para febrero de 2020 ya sumaban 9⁸⁵; y en la redacción de la segunda versión del Código de Conducta, se tomaron en consideración también las sugerencias del Sindicato de Trabajadores Metalúrgicos de Alemania IG Metall⁸⁶.

Entre otras obligaciones con los prestadores del servicio, las EPV se comprometen a: a) informarles sobre las regulaciones legales, especialmente impositivas, que afectan su trabajo; a pagarles un salario justo y por proyecto; b) procurar condiciones que construyan un ambiente de trabajo motivante; c) definir las tareas a cumplir de forma clara; d) respetar la libertad y flexibilidad de escoger las tareas que desean realizar y de rechazar las restantes, sin sanción; y e) promover un proceso de resolución de conflictos entre ellos.

Aunque son pocas las iniciativas implementadas, dentro de la variedad de acciones complementarias que pueden impulsarse mientras no sean sustituidas por normas legales, esta es una opción que debe seguirse apoyando e incentivando, esperado que se integren a los códigos de conductas otros derechos, incluyendo los colectivos.

3. Promovidas por las organizaciones sindicales

Las organizaciones sindicales se han mostrado muy activas en la protección de los derechos sociales de los trabajadores que prestan sus servicios por medio de las EPV. Sus actividades van desde el apoyo para que organicen sus propios sindicatos, la creación de plataformas y medios de comunicación para que los prestadores de servicios consulten sus derechos y puedan compartir la información que estimen pertinentes para la defensa de estos y finalmente, el ejercicio de la negociación colectiva.

No se puede dejar de reconocer los retos que para las organizaciones sindicales implica participar en la gobernanza de las relaciones laborales en plataformas virtuales, pero algunas experiencias de las que se exponen pueden servir de guía para un catálogo de buenas prácticas, especialmente en Costa Rica, donde su actividad en este ámbito del mundo del trabajo, es prácticamente inexistente.

⁸⁴ Disponible en http://crowdsourcing-code.com/documents/10/Code_of_Conduct_EN.pdf (consultado 1-3-20, 20:08 hrs.).

⁸⁵ Disponible en <http://www.crowdsourcing-code.com> (consultado 1-3-20, 20:09 hrs.).

⁸⁶ Unternehmen verbessern Selbstverpflichtung.1 Februar 2017, disponible en <https://www.igmetall.de/politik-und-gesellschaft/zukunft-der-arbeit/crowdworking/unternehmen-verbessern-selbstverpflichtung> (consultado 1-3-20, 20:21 hrs.).

Afiliación y constitución de organizaciones especializadas

Mientras algunas centrales sindicales han optado por modificar sus estatutos para darle cabida a los trabajadores por cuenta propia, facilitando la afiliación de quienes trabajan por medio de la EPV; otros, que ya tenían estructuras organizativas internas que estaban dedicadas a la defensa de los intereses de trabajadores en condiciones de precariedad, simplemente han ampliado su programa de acción a la gig economy; mientras también, hay las que han optado por crear nuevas organizaciones especializadas en este ámbito del mercado de trabajo.

En Alemania, IG Metall afilia desde el 1º de enero del 2016 a trabajadores por cuenta propia que ofrezcan sus servicios en una EPV.

Por su parte, en Italia, la Confederazione Generale Italiana del Lavoro (CGIL), desde 1998, ya había creado NIdiL (Nuove Identità di Lavoro) CGIL, dedicada a representar y proteger a los “trabajadores atípicos”, incluyendo dentro de ellos a los trabajadores de las EPV, cuyos derechos de organización han llevado hasta los tribunales.

Hay también, sindicatos especializados, como es el caso de The Couriers Branch of the Independent Workers’ Union of Great Britain (IWGB), pioneros en la defensa de los derechos de trabajadores de Deliveroo y UberEats.

No obstante, la constitución de estas organizaciones no siempre ha sido posible sin tener que enfrentar violaciones a la libertad sindical. En Argentina, el intento de formar la Asociación de Personal de Plataformas —APP— en 2018, agrupando prestadores de servicio de las EPV del sector de transportes como Rappi, Glovo, o Uber⁸⁷, dio lugar a que se les desactivara de la plataforma a los miembros de la Comisión Directiva provisoria; sin embargo, el Juzgado Nacional de Primera Instancia del Trabajo N° 37⁸⁸, en marzo de 2019, declaró esta especie de “despido digital” como nulo. Como también, una vez constituidas, las acciones sindicales no siempre es posible desarrollarlas, como es la suspensión colectiva de labores, sin que ello traiga como consecuencia la penalización del prestador de servicios en las calificaciones que fijan los algoritmos de la plataforma, lo que conlleva la pérdida de beneficios sensibles, al final todos ellos con incidencia patrimonial, como ha denunciado NIdiL CGIL ante los tribunales de Bologna en diciembre de 2019, como conducta discriminatoria⁸⁹.

Como ya se apuntaba en otra oportunidad⁹⁰, “la implantación de estas organizaciones en el sector y la ejecución de actividades reivindicativas plantean un nuevo desafío. Las estrategias deben considerar factores distintos a los usuales, pues se trata de personas vinculadas al mismo tiempo a una pluralidad de empleos que los ejecutan sin exclusividad, de personas que cumplen micro tareas o encargos y luego pueden desvanecerse en el espacio virtual y de personas con una multiplicidad y variedad incontable de horarios y jornadas⁹¹. De hecho, según el Eurobarómetro de la Comisión Europea (2016), solo el 15% de los que prestan servicios para las EPV ofrecen servicios regularmente

⁸⁷ Rappi, Uber, Glovo y otras apps, en alerta por la creación de un sindicato de choferes y repartidores. 10 de octubre de 2018, disponible en <https://www.apertura.com/negocios/Rappi-Uber-Glovo-y-otras-apps-en-alerta-por-la-creacion-de-un-sindicato-de-choferes-y-repartidores-20181010-0004.html> (consultado 7-3-20, 17:25 hrs.).

⁸⁸ Fallo histórico: la justicia ordenó a Rappi reincorporar a trabajadores despedidos. 20 de marzo de 2019, disponible en <http://www.infonews.com/nota/322402/fallo-historico-la-justicia-ordeno-a> (consultado 7-3-20, 17:28 hrs.).

⁸⁹ RIDERS. Cgil promuove la prima causa in Europa contro una multinazionale del food delivery. 18 dicembre 2019, disponible en <https://www.nidil.cgil.it/riders-cgil-causa-algoritmo/>. (consultado 3-3-20, 18:36 hrs.).

⁹⁰ Godinez Vargas, A. El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes, op.cit., p.46.

⁹¹ O’Donovan, C. American Labor Unions Are Falling Down On Digital Workers. Disponible en <https://www.buzzfeednews.com/article/carolineodonovan/american-labor-unions-are-falling-down-on-digital-workers>.

y el 28% lo hizo solo una vez en el año⁹². Adicionalmente, la mayoría de ellos siguen todavía considerándose, con pleno auto convencimiento de ello, como trabajadores autónomos”.

Acceso a información y asesoramiento

Por las formas en la que las EPV diseñan la plataforma y la forma en la que se organizan los servicios, resulta muy difícil que los prestadores de servicio se puedan comunicar entre ellos, sino es por medio de foros o redes sociales virtuales. En la construcción de estas vías de comunicación han contribuido con valiosa incidencia las propias organizaciones sindicales.

Este es el caso de la Unión General de Trabajadores en España, con su plataforma “Tu respuesta sindical ya”, que ofrece información, asesoramiento e intermedia en la tramitación de denuncias por infracciones a las leyes laborales. También de IG Metall en Alemania, en colaboración con la Cámara de Trabajo de Austria, la Confederación de Sindicatos de Austria y el Sindicato Sueco de Trabajadores de Cuello Blanco, con la plataforma “Fair CrowdWork”, que recoge información de interés para los prestadores de servicio.

Negociación colectiva

Los prestadores de servicios de EPV han mejorado sustancialmente sus condiciones de trabajo, por medio de la negociación colectiva, mediante el apoyo de los sindicatos. En algunos casos, estas negociaciones se han celebrado directamente con la empresa (por ejemplo: Airtasker en Australia o Hilfr en Dinamarca) y en otros, logrando se les incorpore dentro del ámbito funcional de una convención colectiva (por ejemplo, en España, Suecia y Noruega).

En Australia⁹³, después de haberse elaborado por Unions New South Wales (Union NSW) un informe en el 2016 sobre las prácticas de empleo de Airtasker —una EPV líder en el trabajo basado en tareas (entre otros, mantenimiento de jardines, entrega de paquetes, apoyo informático, la limpieza, reparaciones domésticas), se firmó en mayo de 2017, entre la central sindical y la empresa, un acuerdo mediante el cual se mejoró la remuneración asignada a los prestadores del servicio —lo que implicaba también la publicación de los montos por tarea—, además de ofrecerles un seguro asequible para protegerles contra riesgos del trabajo, al mismo tiempo que se comprometieron a desarrollar un procedimiento de resolución de conflictos con la Fair Work Commission y a garantizar la aplicación de las mejores prácticas en materia de seguridad y salud laboral en beneficio de los trabajadores y los usuarios.

En Dinamarca⁹⁴, en abril del 2018, se suscribió un acuerdo, que entró en vigencia a partir del 1º de agosto, entre Hilfr ApS. —EPV de servicios de limpieza para viviendas particulares— y 3F Private Service, Hotel and Restaurant —perteneciente a la United Federation of Danish workers—, con la presencia del Primer Ministro Danés. Aunque se trata de un plan piloto, revisable al término de un año, el convenio amplía las formas contractuales que pueden ser utilizadas: como trabajador autónomo o independiente (Hilfrs) o como empleado por cuenta ajena, cubierto en consecuencia por la convención colectiva de la empresa (Super Hilfrs). Además, se dispuso que el prestador de servicios, si llega a laborar 100 horas, se convierte en Super Hilfr, salvo que decida lo contrario; sin embargo, en esta especie de ascenso, el pago mínimo por hora aumenta, a la vez que se beneficia de una contribución al ahorro de pensiones, del pago de vacaciones y prestaciones por enfermedad.

⁹² Drahokoupil, J. y Fabo, B. The platform economy and the disruption of the employment relationship, ETUI Policy Brief: European Economic, Employment and Social Policy, N°5/2016, disponible en <https://www.etui.org/Publications2/Policy-Briefs/European-Economic-Employment-and-Social-Policy/The-platform-economy-and-the-disruption-of-the-employment-relationship>.

⁹³ Air Tasker: Busting The Airtasker Myth, disponible en <https://www.unionsnsw.org.au/win/air-tasker-2/> (consultado 1-3-20, 21:16 hrs.).

⁹⁴ Historic agreement: first ever collective agreement for the platform economy signed in denmark, disponible en <https://blog.hilfr.dk/en/historic-agreement-first-ever-collective-agreement-platform-economy-signed-denmark/> (consultado 3-3-20, 11:28 hrs.).

En España, en el contexto de las negociaciones colectivas sectoriales, los repartidores de comida a domicilio en las EPV, lograron el 31 de diciembre de 2018⁹⁵, ser incluidos en el V Acuerdo laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería (ALEH V), que fue suscrito el 25 de marzo de 2015, entre las organizaciones empresariales Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos (CEHAT) y Federación Española de Hostelería (FEHR) y las organizaciones sindicales Federación de Servicios para la Movilidad y el Consumo de UGT (SMC-UGT) y Federación de Servicios de CC.OO. (CC.OO.-Servicios). Esta modificación, que fue solicitada por las centrales sindicales, afecta el artículo 4 del referido acuerdo, en lo que se refiere a su ámbito funcional, para que fuera de aplicación a las EPV del sector y a sus trabajadores: "Igualmente estará incluido el servicio de reparto de comidas elaboradas o preparadas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas". El acuerdo regirá hasta el 31 de diciembre del 2020.

Algo similar ha sucedido en los países nórdicos, que tienen una alta tradición de negociación colectiva⁹⁶ y específicamente en Suecia, donde "este avance ha sido facilitado por las características distintivas del modelo sueco de relaciones laborales: interlocutores sociales vigorosos, altos niveles de afiliación sindical y de cobertura de la negociación colectiva, y un compromiso de larga data con el diálogo social", a lo que se ha unido el hecho de que se trata de convenios colectivos sectoriales, que garantizan "condiciones equitativas para todos", especialmente frente a la gig economy⁹⁷. Allí, el sindicato Swedish Transport Workers acordó con la empresa Bzzt, una EPV del sector servicios de transporte, que a quienes por medio de ella prestaban sus servicios, estuvieran cubiertos por el Acuerdo sectorial de Taxi, accediendo así a las mismas condiciones que reciben los taxistas tradicionales. Por su parte, la Unionen for Workers, suscribió acuerdos con las empresas Gigstr e Instajobs, que se dedican a micro tareas poco cualificadas para estudiantes, de forma que se les aplicara el convenio colectivo sectorial para trabajadores de agencias de empleo temporal.

El caso de la empresa alemana Foodora, que administra una plataforma para la entrega de alimentos solicitados por los usuarios a los restaurantes, que opera en Austria, Canadá, Finlandia, Alemania, Noruega y Suecia, es especialmente llamativo. La empresa alcanzó un acuerdo en Noruega con el sindicato Norwegian Transport Workers, al que se encuentran afiliados un porcentaje significativo de los empleados de la multinacional ya indicada; acuerdo que no es aplicable a los demás países. Las negociaciones para la firma de un convenio colectivo de empresa, estuvo centrado en las reivindicaciones de los empleados, solicitando, principalmente el reembolso del mantenimiento y reparación del equipo que deben utilizar (reparación de bicicletas, ropa, neumáticos de invierno, etc.) y el pago del tiempo real de trabajo, además de quejarse de que con cierta frecuencia reciben órdenes tardías que les exige tener que trabajar más horas para completar el viaje, sin lo cual no reciben el pago. El acuerdo se alcanzó después de una huelga de cinco semanas, motivada por la ruptura de las negociaciones y se firmó el 27 de septiembre de 2019, incluyendo un aumento salarial anual a los ciclistas a tiempo completo, una vestimenta para invierno y una compensación por el uso de los equipos de trabajo, como bicicletas, ropa y teléfonos inteligentes⁹⁸.

⁹⁵ BOE N° 76 del 29 de marzo de 2019.

⁹⁶ Kristin Jesnes, Anna Ilsøe and Marianne J. Hotvedt. *Collective agreements for platform workers? Examples from the Nordic countries*, march 2019, disponible en <https://faos.ku.dk/pdf/faktaark/Nfow-brief3.pdf> (consultado 3-3-20, 16:38 hrs.).

⁹⁷ Hannah Johnston y Chris Land-Kazlauskas. *Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy*, ILO, Geneva, 2018, p.30.

⁹⁸ ¡El Sindicato gana! Acuerdo histórico para trabajadores de reparto de alimentos. 16 de octubre de 2019, disponible en <https://trabajodigno.pe/sindicato-gana-acuerdo-historico-para-trabajadores-de-reparto-de-alimentos/> (consultado 1-3-20, 21:53 hrs.).

III. El análisis de la economía de plataformas en el contexto nacional

A. El concepto de trabajador dentro de las fronteras del modelo típico

El concepto de trabajador responde a un modelo determinado de organización de trabajo. El nuestro, desde las primeras leyes de trabajo a finales del siglo XIX e inicios del siglo XX y luego, con la codificación de las mismas en 1943 y hasta nuestros días, trata de responder con las mismas herramientas normativas, las exigencias que plantea la cuarta revolución industrial y el siglo XXI.

En tales circunstancias, resulta predecible las dificultades que enfrentará una política pública que regule los nuevos escenarios que surgen en el mercado de trabajo promovidos por las EPV; sin embargo, en el contexto actual al que hemos llegado, con una carencia significativa de apoyos que permitan crear un marco jurídico adecuado para enfrentar estos retos, la necesidad de seguir avanzado, lejos de ser una osadía, es una necesidad.

Nuestra definición de trabajador está asociada a una forma de organización del trabajo propia de un sistema productivo permeado por criterios fordistas y tayloristas. Se trata de una conceptualización que se crea a partir de la aprobación del Código de Trabajo, mediante la Ley N^o 2 del 26 de agosto de 1943, con el que se deroga del Código Civil de 1887, el capítulo referido a los contratos de arrendamientos de servicios, que venían rigiendo las relaciones de trabajo.

Precedidos por los esfuerzos abolicionistas de las Leyes Nuevas de 1542 y de la Cédula de Felipe III del 24 de noviembre de 1601⁹⁹, la promulgación del Código Civil a finales del siglo XIX, significó un

⁹⁹ Godínez Vargas, A. *Trabajo: un concepto en permanente evolución. Una construcción desde la perspectiva del derecho costarricense, en Globalización* en Susana Corradetti et al. (Coordinadores). *El cambio del Derecho del Trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras: Estudio comparado en homenaje a los profesores Umberto Romagnoli y Guillermo González Charry*. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario, 2011, p.116.

esfuerzo más y definitivo de fortalecer el respeto del derecho de libertad de las partes en las relaciones contractuales que tenían por objeto la prestación de servicios personales.

Sin embargo, este sentido individualista del *laissez faire, laissez passer* que impregnó el Código Civil Napoleónico y que se recogería en el Código Civil español de 1889 y nuestro Código Civil, con el advenimiento de las primeras legislaciones sociales, incluso constitucionales —como la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del 5 de febrero de 1917, suscrita en la ciudad de Santiago de Querétaro— y la firma del Tratado de Versalles en 1919, que crea la OIT, fuente de numerosos convenios, recomendaciones y declaraciones, terminaron por regular en protección del trabajador, las condiciones del contrato de trabajo, al concebirse que “el trabajo no debe ser considerado simplemente como un artículo de comercio” (parte XIII del Tratado).

En el siglo XXI, ya no solo se trata de asegurarse que toda regulación de la relación de trabajo responda al principio protector, sino que, en un Estado Social de Derecho, el trabajo se ejecute en condiciones de dignidad, es decir, con pleno respeto a las reglas del “trabajo decente” —término acuñado a partir de junio de 1999 por la OIT¹⁰⁰.

Consecuencia de un modelo de organización que se desarrollaba en un espacio determinado, físicamente observable, de constante interacción entre las partes, los elementos esenciales del contrato de trabajo y entre ellos, el de subordinación jurídica, constituye el contenido esencial, mínimo e irreductible, que caracteriza la relación de trabajo. La subordinación jurídica, entendida como el poder de dar órdenes, de fiscalizar su cumplimiento y de sancionar las desviaciones respecto de aquellas de cualquier comportamiento, unido a la ejecución de una determinada jornada y horario dentro de un centro de trabajo, encuentran su justificación y su razón de ser, dentro del modelo organizativo y productivo, en el que se reguló por vez primera las relaciones de trabajo, fuera del contexto de la legislación civil.

En primer lugar, el artículo 18 del Código de Trabajo define el contrato de trabajo “sea cual fuere su denominación” —derivado del principio de primacía de la realidad o contrato-realidad—, como “todo aquel en que una persona se obliga a prestar a otra sus servicios o a ejecutarle una obra, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ésta, y por una remuneración de cualquier clase o forma”.

En segundo lugar, la misma norma dispone de una presunción legal *iuris tantum*, por medio de la cual, en ausencia de prueba que demuestre lo contrario, es decir, la existencia de un contrato de naturaleza no laboral —civil o comercial— “se presume la existencia de este contrato (el de trabajo) entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe”.

A partir de esta definición, los Tribunales de Trabajo del país han establecido que: “con fundamento en esa normativa, tres son los elementos que caracterizan la relación laboral: a) la prestación personal de servicios; b) la subordinación jurídica y c) el pago de salario. Sin embargo, si se comprueba la prestación personal de los servicios, se debe presumir la existencia del contrato de trabajo y es el empleador quien debe demostrar que la relación tiene otra naturaleza, a fin de poder desvirtuar los efectos de esa presunción. De lo expuesto debe deducirse que, una relación contractual no puede calificarse como laboral, si no media una prestación personal del servicio”¹⁰¹.

De lo anterior, debe entonces concluirse lo siguiente:

- Si hay prestación personal de servicios se presume que existe el contrato de trabajo.

¹⁰⁰ Oficina Internacional del Trabajo. *Memoria del Director General: Trabajo Decente*. Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Ginebra, 1999.

¹⁰¹ SS. Res. 1997-002, de las 14:10 hrs. del 8 de enero de 1997.

- Para desvirtuar la existencia del contrato de trabajo debe demostrarse que existe una relación no laboral.
- No existe una relación de trabajo si no hay prestación personal de trabajo.
- Como corolario de todo lo anterior, contrato de trabajo y relación de trabajo son lo mismo.

1. La prestación personal del servicio y la diferencia entre relación de trabajo y contrato de trabajo

Como recuerdan nuestros tribunales de trabajo, el contrato de trabajo “es intuitu personae, porque lo que interesa es la prestación de una persona en atención a sus cualidades. Quien contrata tiene interés de que sea la persona contratada y no otra quien brinde la prestación pactada, razón por la cual no resulta posible la sustitución personal”¹⁰².

A partir de allí, sostienen que basta la existencia de un vínculo contractual entre dos personas, en la que una le presta por sí mismo y no por medio de un tercero, un servicio a otra persona, para que se presuma la existencia del contrato de trabajo entre ellos, y se le atribuya a quien recibe el servicio, presunto empleador, la prueba de que aquella prestación personal tiene por causa un contrato civil o mercantil, en todo caso, distinto del laboral.

En este sentido, tradicionalmente las partes que alegan la existencia de un vínculo no laboral, se han enfocado en primer lugar, en descartar la existencia de la prestación personal del servicio, para rebatir de inicio los efectos de la presunción legal. Ejemplo de ello, son los casos en los que, si bien el presunto trabajador presta el servicio contratado de manera personal, no lo hace solo él, sino que requiere para cumplir con el contrato de la participación de otros terceros, de modo que llega a comportarse como empresario. Para los tribunales, en tales circunstancias, no es posible reconocer en él su condición de trabajador: “es imposible calificar la referida relación jurídica como laboral; precisamente, por carecer de dicho elemento, o sea, de la prestación personal del servicio, lo que es indispensable. Aunque el actor también realizara la distribución... y el cobro a los suscriptores, para poder dar el servicio contratado, no eran suficientes sus propias fuerzas y, entonces, se vio precisado a organizar una verdadera empresa de distribución, con cuatro trabajadores dependientes de él, no de la demandada, y a quienes él mismo les cancelaba sus salarios”¹⁰³. Por su parte, quienes se afanan en demostrar la tesis contraria, tratan de demostrar que “durante todo el tiempo que duró la relación” entre las partes, el trabajador “nunca fue sustituido, ante alguna ausencia”¹⁰⁴.

De allí, que con la finalidad de reforzar la existencia de un contrato de naturaleza no laboral, como hemos visto que sucede en diversas EPV, se incluya la cláusula que advierte que la prestación puede cumplirse por “otros”, por terceros distintos a quien presta el servicio principal y en algunos casos, únicamente condicionado a la aprobación de la EPV, una vez que ella verifica que quien sustituye al prestador original de servicio, reúne las mismas condiciones de éste.

Precisamente, hablando de este artículo 18, en uno de los dos únicos textos disponibles que explican el motivo por el cual se propone y aprueba el texto articulado del Código de Trabajo, la Comisión Especial del Congreso¹⁰⁵, señala dos cosas de interés. De un lado, que: “La definición que da el artículo 18 del contrato de trabajo es muy completa, ya que sus antecedentes están en la jurisprudencia y en las leyes de España y México” y de otro, que: “La existencia del contrato individual de trabajo verbal o escrito, no necesita

¹⁰² SS. Res. 2008-805, de las 10:10 hrs. del 19 de setiembre de 2008.

¹⁰³ SS. Res. 1997-002, de las 14:10 hrs. del 8 de enero de 1997.

¹⁰⁴ SS. Res. 2002-540, de las 09:55 hrs. del 6 de noviembre de 2002.

¹⁰⁵ Texto del dictamen que rindió la respectiva Comisión Especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo, del 24 de julio de 1943, tal y como se recoge en la 3ª edición del Código de Trabajo publicado por la Imprenta Nacional, San José, setiembre, 1943.

probarse, puesto que el párrafo segundo del artículo 18 establece sobre el particular una presunción *iuris tantum* entre el trabajador que presta sus servicios y la persona que los recibe”.

Las citas son relevantes, porque explican que la norma tiene su origen en la legislación y jurisprudencia de dos países en concreto y que el contrato no necesita probarse sino que se presume existente, entre el trabajador y la persona a la que éste le presta un servicio; sin embargo, trabajador no es cualquier persona, sino solo quien trabaja bajo ciertas condiciones especiales a las que luego se hará referencia.

En consecuencia, para que la presunción se aplique, antes tiene que demostrarse que existe una relación de trabajo y con ello, que el prestador del servicio es real y efectivamente un trabajador, de allí que sea errónea la jurisprudencia de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia.

Al referirse al derecho mexicano, la misma Comisión cita al profesor Mario de la Cueva y su obra “Derecho Mexicano del Trabajo”¹⁰⁶, cuya segunda edición fue publicada —junio de 1943— escasos dos meses antes de aprobarse el Código de Trabajo —agosto siguiente—. De la Cueva, hace una fundamental diferenciación entre “relación de trabajo” y “contrato de trabajo”, dos conceptos que confunde la jurisprudencia nacional.

Según de la Cueva, el derecho del trabajo solo se aplica una vez que existe una persona (el trabajador) que le presta sus servicios a otra (el patrono), es decir, una vez que se inicia la prestación del servicio. La relación que nace entre ellos, es una relación de trabajo, independientemente de que exista o no formalmente un contrato de trabajo. Precisamente debe observarse allí, la diferencia entre el trato que recibe ese vínculo desde la perspectiva del derecho del trabajo y del derecho civil. En tal sentido: “El perfeccionamiento del contrato determina, a su vez, la aplicación integral del derecho civil a la relación jurídica creada”, pero: “No ocurre lo mismo en la relación de trabajo, pues los efectos fundamentales del derecho del trabajo principian únicamente a producirse a partir del instante en que el trabajador inicia la prestación del servicio” y “no por el simple acuerdo de voluntades” expresado en el contrato¹⁰⁷.

Luego, para que exista una relación de trabajo, debe existir un trabajador y un patrono y para que la persona que presta el servicio sea considerado trabajador, ella tiene que reunir unas especiales características, que se reducen al final al elemento esencial de “utilizar o prestar un servicio con vínculo de subordinación”, que como lo indicaba la Cuarta Sala de la Suprema Corte de Justicia de México en la ejecutoria del 19 de enero de 1935, exige “la relación de dirección o dependencia en que el trabajador se encuentra colocado frente al patrono”¹⁰⁸.

Una vez demostrado que se ha configurado la relación de trabajo y con ello la presencia de un trabajador y un empleador, la consecuencia de la presunción *iuris tantum* que contiene el artículo 18, nos lleva a concebir que entre estas dos personas existe un contrato de trabajo, cuya plena prueba la hace el contrato escrito; sin perjuicio de que si el contrato se formaliza, los derechos y obligaciones de las partes rigen a partir del acuerdo, aunque la prestación del servicio no se haya realizado todavía.

Si lo anterior lo aplicáramos al caso de los prestadores de servicio en las EPV, la ejecución de unas labores asignadas no es por sí misma, de manera exclusiva, suficiente para que se configure la existencia de una relación de trabajo ni de un contrato de trabajo, si antes no se demuestra que la persona que presta el servicio es un trabajador subordinado. Una vez se identifique al prestador de servicios como un trabajador de estas características, lo que existe es una relación de trabajo y debe por tanto aplicarse a

¹⁰⁶ Las citas que haremos de este libro corresponden a: Cueva. M. de la. *Derecho Mexicano del Trabajo*, Tomo I, México, Ed. Porrúa, 2ª ed., 1943.

¹⁰⁷ *Ibid.* p.455.

¹⁰⁸ *Ibid.* p.418.

esa relación la normativa del Código de Trabajo, aun y cuando no exista un contrato formalmente suscrito entre las partes, pues se presume su existencia.

2. El concepto de trabajador y sus elementos esenciales

Como ya se señalaba, los Tribunales de Trabajo han establecido que son tres los elementos esenciales que caracterizan “la relación laboral”¹⁰⁹: a) la prestación personal de servicios; b) la subordinación jurídica y c) el pago de salario. Sin estos elementos, no existe “el contrato de trabajo”¹¹⁰. En definitiva, se equipara de manera errónea, la “relación de trabajo” y el “contrato de trabajo”.

Una confusión, por otra parte, que tiene su origen en la falta de precisión técnica de los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo, cuando se define al trabajador como la persona física que presta sus servicios a otra “en virtud de un contrato de trabajo”.

i) *La remuneración*

El artículo 18 del Código de Trabajo menciona que el servicio personal es prestado “por una remuneración”; que recibida por un trabajador, se recalifica de salario (artículo 162). En tal sentido y ahora sí de manera correcta, dicen los tribunales, “esa contraprestación tiene su origen en la propia relación laboral, o sea que se paga a cambio de la prestación misma de trabajo”¹¹¹. Precisamente por ello, quien niega la existencia de la naturaleza laboral de la suma o bien entregado, trata de demostrar que su entrega es “indudablemente gratuita” o una “simple liberalidad”¹¹² y no como consecuencia de una obligación recíproca —es decir, sinalagmática—.

En consecuencia, para calificar como salario la remuneración percibida por quien presta un servicio personal, antes debe demostrarse que éste participa como trabajador en una relación de trabajo; y esto es igualmente aplicable para quienes prestan servicios por medio de una EPV.

ii) *La subordinación*

Aunque se trata de un término no mencionado expresamente en los artículos 4 y 18 del Código de Trabajo, la “subordinación jurídica”, es el elemento finalmente “diferenciador” de una relación laboral y de otras que no lo son, según se afirma por los tribunales: “se han distinguido tres elementos que caracterizan una relación de tipo laboral, a saber: la prestación personal del servicio, la remuneración y la subordinación jurídica. En razón de que los dos primeros se presentan también en otras clases de contrataciones, doctrinaria y jurisprudencialmente se ha recurrido al tercer elemento —la subordinación jurídica— como criterio diferenciador”¹¹³, o que “define la existencia de la relación laboral”¹¹⁴.

Sobre el contenido del concepto, para los tribunales ello quiere decir que quien presta un servicio personal y remunerado, lo hace bajo el poder que se le atribuye al empleador de: a) dar órdenes, b) dirigir las tareas y c) disciplinar sus faltas.

En algunos casos, esto se resume como “dependencia jurídica” o potestad patronal de “dirección y mando”, lo que significa una “limitación de la autonomía del trabajador”¹¹⁵.

El Código de Trabajo hacía referencia a este elemento esencial de la relación de trabajo, con los conceptos de “dependencia permanente” y “dirección inmediata”, pero la Comisión Especial del

¹⁰⁹ SS. Res. 1997-002, de las 14:10 hrs. del 8 de enero de 1997.

¹¹⁰ SS. Res. 2017-623, de las 9:30 hrs. del 17 de mayo de 2017.

¹¹¹ SS. Res. 2014-330, de las 15:10 del 5 de mayo de 2014.

¹¹² SS. Res. 2006-961, de las 10:00 hrs. del 20 de octubre de 2006.

¹¹³ SS. Res. 2018-1993, de las 9:45 hrs. del 19 de diciembre de 2018.

¹¹⁴ SS. Res. 2017-623, de las 9:30 hrs. del 17 de mayo de 2017.

¹¹⁵ SS. Res. 2017-623, de las 9:30 hrs. del 17 de mayo de 2017.

Congreso¹¹⁶, rápidamente aclara que ellos “constituyen una fórmula general que traduce el citado concepto de subordinación” y con ello se hace alusión, siguiendo al profesor de la Cueva, al poder del empleador “de disponer de la fuerza de trabajo de sus obreros, según convenga a los fines de su empresa”, advirtiendo la misma Comisión que el calificativo de “permanente”, se utiliza para diferenciarlo de la disposición accidental que caracteriza el contrato de comisión mercantil.

La subordinación así definida, tuvo que enfrentar su primer test de esfuerzo en los denominados “casos frontera” o “zonas grises”¹¹⁷, punto de encuentro de relaciones laborales, civiles y comerciales, donde “no resulta posible determinar con facilidad los elementos distintivos de la relación laboral, pues se ubican en la línea divisoria entre el trabajo por cuenta propia y el trabajo por cuenta ajena, así como en la de trabajo autónomo y dependiente”¹¹⁸.

3. La construcción y uso de los listados de indicios

Ante las dificultades ya indicadas para determinar si en el vínculo contractual que se examina existe una dependencia permanente y una dirección inmediata de quien se le demanda como empleador, porque la realidad en la que se presta el servicio no es la que tradicionalmente perfilan el modelo productivo sobre la que se basa la regulación aprobada en 1943, los Tribunales de Trabajo, han reconocido que “precisamente en los denominados “casos frontera”, tanto doctrinal como jurisprudencialmente se han venido estableciendo distintos criterios que se consideran como indiciarios de la existencia de subordinación¹¹⁹.

A diferencia de otros sistemas jurídicos, en los que los tribunales han optado por listados cerrados —con una cantidad limitada de indicios (numerus clausus)— o por determinar de indicios estrictamente indispensables, como ya tuvimos oportunidad de analizar al examinar resoluciones judiciales que tuvieron que revisar la relación entre las EPV y los prestadores de servicios, en Costa Rica se ha optado por resolver los asuntos según la cantidad de indicios de laboralidad que se demuestren presentes, de modo que entre menor sean, mayor es la probabilidad de que se descarte la existencia de una relación de trabajo y en sentido inverso, entre mayor sea la cantidad de indicios de laboralidad presentes más alta es la probabilidad de que se concluya que se trata de una relación de trabajo.

La construcción de estos listados de indicios ha sido especialmente profusa en los asuntos en que debe decidirse si el reclamante es un trabajador independiente, autónomo o por cuenta propia o un trabajador subordinado. En el contexto costarricense, el primer colectivo ya indicado suele ser contratado bajo la figura no regulada del “contrato de servicios profesionales”, incluso, aun sin ser un graduado universitario en una profesión determinada.

Para resolver estos casos, la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia particularmente reconoce con cita de sus propios precedentes¹²⁰, los siguientes indicios de laboralidad: la existencia de una prestación personal del servicio¹²¹, la exclusividad en la prestación de las labores¹²², la

¹¹⁶ Texto del dictamen que rindió la respectiva Comisión Especial del Congreso sobre el Proyecto de Código de Trabajo, *op.cit.*

¹¹⁷ Para ver una tipología de estas zonas grises en la jurisprudencia costarricense puede consultarse Castro Méndez M. et al. *Tipología de relaciones de trabajo*. San José, Estado de la Nación, 2019.

¹¹⁸ SS. Res. 2007-984, de las 9:45 hrs. del 14 de diciembre del 2007.

¹¹⁹ SS. Res. 2005-241, de las 9:30 hrs. de 6 de abril del 2005.

¹²⁰ SS. Res. 2007-000538 de las 11 hrs. del 10 de agosto del 2007.

¹²¹ SS. Res. 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2001-223 de las 9:30 hrs. del 25 de abril del 2001, 2001-448 de las 9:50 hrs. del 8 agosto del 2001, 2002-540 de las 9:55 hrs. del 6 de noviembre de 2002, 2003-255 de las 9:20 hrs. del 30 de mayo del 2003, 2003-312 de las 9 hrs. del 3 de julio del 2003, 2003-323 de las 9:10 hrs. del 4 de julio del 2003, 2003-583 de las 9:05 hrs. del 22 de octubre del 2003.

¹²² SS. Res. 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2001-448 de las 9:50 hrs. del 8 de agosto del 2001, 2002-512 de las 15:40 hrs. del 23 de octubre del 2002, 2002-564 de las 9 hrs. del 8 de noviembre del 2002.

prestación del trabajo en las instalaciones del empresario¹²³, la existencia de una retribución fija y periódica¹²⁴, el sometimiento a jornada y horario¹²⁵, la imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado¹²⁶, la afiliación a la seguridad social¹²⁷, el suministro de herramientas y materiales de trabajo¹²⁸, el deber de vestir uniforme o atuendos con el logotipo de la empresa¹²⁹, la realización de actividades por cuenta y riesgo del empresario¹³⁰, el pago de vacaciones o aguinaldo¹³¹ y el pago de una remuneración que exceda la normal de un trabajador¹³², si bien, el hecho de que se pague mensualmente no la convierte en salario¹³³.

En sentido contrario, la misma Sala Segunda de la Corte, ha sostenido que son indicios de que no existe una relación laboral y que por el contrario son características de los trabajadores independientes o por cuenta propia: a) ser propietario de su propio negocio; b) estar expuesto a riesgos financieros por el hecho de que debe soportar el costo de rehacer todo trabajo mal hecho o de inferior calidad; c) asumir la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa; d) beneficiarse pecuniariamente de la bondad de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados; e) ejercer el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y determinar si debe o no intervenir personalmente en el cometido; f) tener la libertad de contratar personal, con arreglo a sus condiciones, para realizar las labores a las que se ha comprometido; g) ejecutar trabajos o servicios para más de una persona simultáneamente; h) proporcionar los materiales necesarios para realizar el trabajo; i) proporcionar el equipo y las máquinas necesarios para desarrollar el trabajo; j) disponer de locales fijos donde funciona su razón social; k) calcular el costo del trabajo y fija el precio; l) disponer de sus propios contratos de seguro; y, m) ejercer control sobre las horas de trabajo realizadas para llevar a cabo el cometido¹³⁴.

Dicho lo anterior, el citado tribunal¹³⁵ establece algunas precauciones que el juzgador debe tener al aplicar el listado de indicios al caso concreto sub judice. Por un lado, que “la presencia de algunos indicios considerados como propios de las relaciones de naturaleza laboral no necesariamente deben llevar a la conclusión acerca de la existencia de esta” —porque: “El fenómeno de la contratación de servicios, aunque no exclusivo, es frecuente tratándose de profesionales liberales y de labores técnicas especializadas” y ya se ha indicado “que tales servicios pueden prestarse no sólo a través de una relación

¹²³ SS. Res. 1999-240 de las 9 hrs. del 20 de agosto del 1999, 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2001-275 de las 10 hrs. del 23 de mayo del 2001, 2001-761 de las 10:30 hrs. del 20 de diciembre del 2001, 2002-365 de las 10:10 hrs. del 24 de julio del 2002, 2002-540 de las 9:55 hrs. del 6 de noviembre del 2002, 2002-564 de las 9 hrs. del 8 de noviembre del 2002, 2003-338 de las 9:10 hrs. del 9 de julio del 2003, 2003-583 de las 9:05 hrs. del 22 de octubre del 2003.

¹²⁴ SS. Res. 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2001-275 de las 10 hrs. del 23 de mayo del 2001, 2001-448 de las 9:50 hrs. del 8 de agosto del 2001, 2001-761 de las 10:30 hrs. del 20 de diciembre del 2001.

¹²⁵ SS. Res. 1991-241 de las 14:10 hrs. del 20 de noviembre del 1991, 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2001-275 de las 10 hrs. del 23 de mayo del 2001, 2001-448 de las 9:50 hrs. del 8 de agosto del 2001, 2001-717 de las 9:40 hrs. del 30 de setiembre del 2001, 2001-761 de las 10:30 hrs. del 20 de diciembre del 2001, 2002-365 de las 10:10 hrs. del 24 de julio del 2002, 2002-515 de las 9:10 hrs. del 30 de octubre del 2002, 2002-564 de las 9 hrs. del 8 de noviembre del 2002, 2003-583 de las 9:05 hrs. del 22 de octubre del 2003.

¹²⁶ SS. Res. 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2002-564 de las 9 hrs. del 8 de noviembre del 2002.

¹²⁷ SS. Res. 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2002-512 de las 15:40 hrs. del 23 de octubre del 2002, 2002-564 de las 9 hrs. del 8 de noviembre del 2002.

¹²⁸ SS. Res. 1997-294 de las 10:10 hrs. del 19 de noviembre del 1997, 1999-240 de las 9 hrs. del 20 de agosto del 1999, 2001-364 de las 9 hrs. del 5 de julio del 2001, 2001-576 de las 10:40 hrs. del 21 de setiembre del 2001, 2001-761 de las 10:30 hrs. del 20 de diciembre del 2001, 2002-512 de las 15:40 hrs. del 23 de octubre del 2002, 2003-373 de las 9:40 hrs. del 22 de julio del 2003.

¹²⁹ SS. Res. 2002-390 de las 10:20 hrs. del 7 de agosto del 2002.

¹³⁰ SS. Res. 1999-319 de las 11 hrs. del 13 de octubre del 1999, 2001-294 de las 10:20 hrs. del 1 de junio del 2001.

¹³¹ SS. Res. 1997-294 de las 10:10 hrs. del 19 de noviembre del 1997, 2001-576 de las 10:40 hrs. del 21 de setiembre del 2001, 2001-715 de las 11 hrs. del 28 de noviembre del 2001, 2002-512 de las 15:40 hrs. del 23 de octubre del 2002.

¹³² SS. Res. 2002-253 de las 10:40 hrs. del 24 de mayo del 2002.

¹³³ SS. Res. 1997-97 de las 15:30 hrs. del 21 de mayo del 1997, 2000-381 de las 15:20 hrs. del 14 de abril del 2000, 2001-715 de las 11 hrs. del 28 de noviembre del 2001.

¹³⁴ SS. Res. 2016-742, de las 10:15 hrs. del 15 de julio de 2016.

¹³⁵ *Ibid.*

laboral, sino también mediante un contrato por servicios¹³⁶— y de otro, que, “no existen soluciones automáticas, debiendo analizarse en cada caso concreto la presencia de esos indicios”.

Haciéndose eco de la doctrina, para los tribunales el elemento subordinación, que es el diferenciador, “ya no puede verse en los términos tradicionales, sino que ha de considerarse en otras formas de trabajo diferentes a las propias de un obrero industrial, que está directamente bajo la vigilancia del empleador o su representante, de manera que podemos concluir que en la actualidad no se excluye la presencia de ese elemento de la relación entre dos partes por el hecho de estar más desdibujada la clásica subordinación¹³⁷.”

Por otra parte, también se ha advertido, “que el elemento de la subordinación aparece en forma diferente; más aún si se trata de servicios especializados; por cuanto, el ejercicio de tales funciones implica, necesariamente, una independencia técnica, que no obsta a la existencia de la contratación laboral¹³⁸.”

Esto es precisamente lo que sucederá si se aplica este listado ya indicado de indicios, a las relaciones existentes entre las EPV y los prestadores de servicios, por cuanto en consideración de las distintas características de estas empresas, sean o no geolocalizadas, difícilmente encontraremos un caso en el que fácilmente pueda comprobarse la presencia de todos los indicios o la ausencia de todos ellos.

En tales circunstancias, recuerdan los Tribunales, aunque no exista la respuesta fácil que determina la total, existencia o inexistencia de indicios, lo importante es que la relación seguirá siendo laboral, “eso sí, siempre que el empleador no haya perdido el poder de organizar el trabajo, dar las órdenes a través de directrices, vigilar el cumplimiento del trabajo por resultados y sancionar los incumplimientos¹³⁹.”

Sin embargo, ello también tiene sus dificultades, por cuanto las características irreductibles que se apuntan, se han vuelto también dificultosamente apreciables conforme las formas de trabajo son más complejas y se alejan de las típicamente tradicionales, como es el caso del trabajo por medio de las plataformas virtuales.

De otro lado, la ponderación de los indicios sigue siendo un notable escollo para darle seguridad jurídica a las partes en controversia, pues estando presentes solo una parte de todas las variables que determinan la existencia de la relación de trabajo, aunque se trate de los mismos hechos que deben examinarse, los tribunales optan por un resultado u otro y en ocasiones son abiertamente contradictorios, por la razón de que no existiendo un valor predeterminado para cada indicio y sometiéndolos a una valoración global, se otorga más o menos valor probatorio a uno u otro conjunto de indicios, sin que exista suficiente claridad sobre las reglas del ejercicio de ponderación realizado; de allí que los sistemas que utilizan indicios en listados de *numerus clausus*, para deducir de ellos la inclusión o exclusión del argumento sobre la existencia del contrato de trabajo, pueden, al menos, reducir parcialmente el margen de subjetividad.

¹³⁶ SS. Res. 1999-31, de las 14:40 hrs. del 7 de octubre de 1999 y 2002-365, de las 10:10 hrs. del 24 de julio del 2002.

¹³⁷ SS. Res. 2007-538, de las 11 hrs. del 10 de agosto del 2007.

¹³⁸ SS. Res. 2005-241, de las 9:30 hrs. de 6 de abril del 2005; que a su vez cita la SS. Res. 2002-60, de las 10 hrs. del 20 de febrero del 2002, SS. Res. 2002-365, de las 10:10 hrs. del 24 de julio del 2002 y SS. Res. 2002-540, de las 9:50 hrs. del 6 de noviembre, del 2.002.

¹³⁹ SS. Res. 2007-538, de las 11 hrs. del 10 de agosto del 2007.

4. De sensibilidades y prejuicios

Con motivo del examen de las relaciones que se ubican en zonas limítrofes entre el derecho del trabajo y otras disciplinas, hay una serie de apreciaciones iniciales que así como pueden evidenciar la sensibilidad de los tribunales contra formas contractuales que acrecientan la precariedad laboral, también pueden ser concebidos como un reflejo de los prejuicios del juzgador.

En algunos casos, se advierte que: “La contratación de servicios, en un régimen sin subordinación, constituye una de las experiencias más palpables respecto del abandono del típico contrato de trabajo”¹⁴⁰. La referencia a un fenómeno de abandono o “huida” de un régimen de protección, pareciera indicar la existencia de un acto doloso y consciente de fraude. Sin embargo, una década antes¹⁴¹, los mismos tribunales ya habían advertido que la utilización cada vez más frecuente de mecanismos de contratación fuera de la esfera de lo laboral, “provoca, en el intérprete, una tendencia a considerar tal práctica como espuria, sin mayor análisis”, y ello “no siempre es correcto”¹⁴².

En Godínez (2019) se señaló¹⁴³, que en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, Nº S222732 (Cal. Sup. Ct. Apr. 30, 2018), la Suprema Corte de California, en los Estados Unidos de América, antes de dar su fallo, enlistaba las consecuencias de un error en la apreciación judicial, advirtiendo que el juez podía “ser responsable del debilitamiento de la protección de ciertos colectivos de trabajadores, que, si no es por vía judicial, dejarían de estar protegidos. Una preocupación encomiable, pero cuya solución corresponde a otros, que son los encargados de corregir las deficiencias de la ley y la ausencia de políticas públicas”. En efecto, una errónea calificación de los trabajadores de las EPV, en un conflicto en el que se debía definir si los choferes o conductores de Dynamex eran contratistas independientes o empleados de ella: “a) obligaría a la sociedad/ciudadanía a asumir las “cargas financieras” derivadas de la protección social de los trabajadores y de sus familias, a cuyo soporte debería contribuir el empleador; b) impediría que los trabajadores disfruten de los beneficios de los cuales disfrutaban los trabajadores que si están protegidos por la legislación social; c) incentivaría la competencia desleal a favor de los empleadores que decidan evadir los costos de los trabajadores cubiertos por la legislación laboral, quienes tomarían ventaja sobre aquellos otros que no hacen uso de trabajadores no protegidos, resultando por ello al final penalizados; d) promovería la pérdida de empleo de los trabajadores protegidos por la legislación social, que serían desplazados en el mercado, dados sus menores costos, por los trabajadores que se consideran no protegidos; y e) privaría al Estado de captar los impuestos sobre las enormes ganancias derivadas de esta actividad empresarial”.

Estas preocupaciones extrajudiciales no deberían interferir en la decisión del juez, a quien no le compete establecer las políticas públicas que solucionen el déficit de trabajo decente del sector informal de la economía, ni tampoco resolver un conflicto en función de la desigualdad en la protección social derivada de uso lícito de la diversidad de modalidades contractuales previstas en el ordenamiento jurídico. Así, advertía la Sala Segunda de la Corte, que una reconversión forzosa y generalizada de esta gama de contratos reconduciéndolos al contrato de trabajo, para asegurar un mayor nivel de justicia social, puede “llevar al juzgador a exceder su ámbito de competencia basado en criterios socioeconómicos más que jurídicos”¹⁴⁴.

¹⁴⁰ SS. Res. 2005-241, de las 9:30 hrs. del 6 de abril del 2005.

¹⁴¹ Un comentario sobre esto mismo ya se había expuesto, con mayor amplitud, en Godínez Vargas, A. *Un acercamiento a las consecuencias de la descentralización productiva por medio del estudio de la jurisprudencia laboral costarricense*, Revista de Derecho Social Latinoamericana, Buenos Aires, Editorial Bomarzo, Nº 4-5, 2008, p.294.

¹⁴² SS. Res 1995-219, de las 9:40 hrs. del 7 de julio del 1995.

¹⁴³ Godínez Vargas, A. *El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes*, op.cit., p.38.

¹⁴⁴ SS. Res. 2000-56 de las 9:30 hrs. del 14 de enero del 2000.

Precisamente, porque es una tarea que el legislador debe asumir, las preocupaciones de la Suprema Corte de California, tuvieron finalmente una respuesta normativa al codificarse el test ABC en la Assembly Bill 5 (AB5), aprobada el 18 de setiembre de 2019, a la que ya se ha hecho referencia.

5. El principio de primacía de la realidad y los intentos por eludirlo

En los casos de zonas grises o limítrofes, una de los principios específicos del derecho del trabajo más comúnmente aplicado es el de “primacía de la realidad” o “contrato realidad”, para recordar que al desentrañar la naturaleza del vínculo, se deberá atender a los hechos ciertos que lo describen y no a la forma otorgada por las partes.

Aunque así descrito, el uso de este principio es bidireccional, de modo que puede alegarlo con igual vehemencia y en su favor, tanto el empleador como el trabajador, normalmente los jueces lo utilizan como coadyuvante de la tesis de la parte con menos poder de negociación en un contrato típico de adhesión, como suele ser en la casi totalidad de los casos, el contrato de trabajo.

El contrato suscrito, debe ser en su literalidad coherente con las acciones derivadas de la ejecución del mismo; de modo que no puede existir incongruencia entre una y otra y ante la colisión de ambas, prevalece para todo efecto, lo que sucedió en la realidad.

Citando reiteradamente la obra que en América Latina se concibe como la más significativa en este tema, que no es otra que la de Américo Plá Rodríguez, los tribunales de trabajo recuerdan que: “En efecto, dicho principio establece que “en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que surge de documentos o acuerdos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”¹⁴⁵.

Como consecuencia de lo anterior, “el contrato de trabajo ha sido llamado “contrato-realidad” dado que, tanto legal como doctrinaria y jurisprudencialmente se ha aceptado, de forma pacífica, que la relación de trabajo está definida por las circunstancias reales que se den en la práctica, y no por lo pactado, inclusive expresamente, por las partes”¹⁴⁶.

Luego, en aplicación del principio de la “primacía de la realidad”, “ha de preferirse la testimonial sobre la documental”¹⁴⁷, si aquella refleja hechos distintos de los que constan en los documentos y en especial, tratándose de casos frontera o de zonas grises, tampoco puede obviarse no solo que “el propio artículo 18 del Código de Trabajo se encarga de restarle importancia a la denominación dada al contrato”, de modo que el hecho de que las partes utilicen de forma expresa una nomenclatura no laboral, no impedirá que el juez lo termine recalificando de laboral, sino que además, señalan los jueces que “en no pocas ocasiones, la parte patronal acude a diferentes mecanismos ilegítimos y engañosos, para dar una apariencia diferente a un acuerdo de voluntades, en esencia laboral, con el fin de evadir las consecuencias legales que del mismo derivan; con lo cual, se producen consecuencias nefastas y nocivas de orden social y tributario”¹⁴⁸.

Sin embargo, en la determinación final de la existencia o no de una relación de trabajo, “prevalece un criterio casuístico, fundamentado en la interpretación de los hechos... al amparo del medular principio de primacía de la realidad”¹⁴⁹, de modo que “cada decisión dependerá siempre de las características propias de cada caso concreto, por lo que no puede adoptarse una línea invariable”¹⁵⁰.

¹⁴⁵ PLÁ RODRÍGUEZ, A. *Los principios del Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición, 1990, p. 243.

¹⁴⁶ SS. Res. 2016-742, de las 10:15 hrs. del 15 de julio de 2016.

¹⁴⁷ SS. Res. 2001-124, de las 9:50 hrs. del 16 de febrero de 2001.

¹⁴⁸ TT Sec. 4ª. Res 2005-140, de las 18:00 hrs. del 5 de abril de 2005.

¹⁴⁹ *Ibid.*

¹⁵⁰ SS. Res. 2016-742, de las 10:15 hrs. del 15 de julio de 2016.

B. Los cambios tecnológicos, productivos y financieros que ya habían sometido a stress el modelo típico del código de trabajo y demostrado la flexibilidad del concepto clásico de trabajador subordinado

El modelo típico de organización del trabajo y con ello, del concepto tradicional de trabajo subordinado, ya ha sido sometido a ejercicios de stress en el pasado. Frente a ellos y a pesar de las necesidades apremiantes de reforma, el marco normativo ha sido objeto de cambios poco significativos, evidentemente no por sus virtudes, sino por la inercia legislativa y la reforzada labor interpretativa de los tribunales de trabajo, lo que no siempre es sinónimo de seguridad jurídica, pero que si lograron flexibilizar las categorías legales existentes.

1. Los cambios tecnológicos

Los retos que supone para el derecho costarricense el desarrollo tecnológico han puesto en entredicho las regulaciones legales existentes. Sin embargo, las reacciones suscitadas en el legislador en esta materia se caracterizan por un comportamiento omisivo o tardío, que llega normalmente a destiempo y con resultados que, como era previsible, no suelen ser regularmente efectivos.

Ejemplo de ello es la omisión normativa de revisar la regulación aun existente y anquilosada del trabajo a domicilio, que lenta y sistemáticamente ha caído en desuso; y tardía la aprobación de la ley sobre teletrabajo del 2019, que llega con un retraso de casi medio siglo.

2. Los cambios productivos y financieros que propiciaron relaciones de tercerización

El contrato de trabajo como contrato bilateral y sinalagmático, supone una relación directa entre patrono y trabajador, pero la presencia en ella de un tercero, en condición de empleador formal del trabajador, había supuesto desde antiguo el análisis de las figuras tradicionales del contratista y el intermediario, a las que también ya aludía nuestro Código desde 1943, que sin precisar los efectos que se derivaban de la existencia de una u otra categoría, permitió que la jurisprudencia desarrollara la responsabilidad solidaria del intermediario, que también luego regularía en 1982, de manera expresa, la Ley de Riesgos del Trabajo.

Si bien la creciente complejidad de las organizaciones productivas originó la creación de redes empresariales, es con la deslocalización del empleador en el contexto de la globalización, que temas como la subcontratación e intermediación, adquieren una mayor importancia y con ello resulta necesario desentrañar el rol de los distintos actores en el ámbito de la relación de trabajo, sus derechos y obligaciones.

3. La flexibilización de las categorías tradicionales y la adaptabilidad del concepto de subordinación a nuevas modalidades de trabajo

Como ya se advirtió¹⁵¹, a finales del siglo pasado la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, "comenzó a advertir en sus fallos, que el mundo del trabajo estaba cambiando. Sin definir exactamente lo que entendería por "globalización", advertía que uno de sus efectos era la "flexibilidad" en las relaciones laborales, que en su entender, se centraba especialmente en eliminar <<rigidez>> o <<protección>>, buscando con ello "mayor competitividad o cuando menos, la creación de empleo o el

¹⁵¹ Godínez Vargas, A. Un acercamiento a las consecuencias de la descentralización productiva por medio del estudio de la jurisprudencia laboral costarricense, op.cit., p.290-291.

mantenimiento del nivel existente”¹⁵²; al mismo tiempo reconocía que con motivo de los tratados de libre comercio, adquirirían un mayor protagonismo las empresas transnacionales¹⁵³ y se hacía eco de quienes opinaban que con los procesos de integración regional, surgiría la fragmentación del empleo por medio de la deslocalización productiva¹⁵⁴.

Ante la aparición de estos nuevos escenarios que inciden en el mercado de trabajo, la existencia de una normativa rígida que ha permanecido prácticamente invariable desde hace tres cuartos de siglo y por tanto, carente de ajustes que progresivamente regularan con mayor facilidad y exactitud las formas emergentes de organización productiva, ha obstaculizado la labor de administración de justicia de los tribunales de trabajo, quienes han intentado con diverso éxito ajustar las categorías típicas de trabajador y empleador, para seguir extendiendo la protección del régimen legal previsto para relaciones de trabajo tradicionales a aquellas situaciones que desbordaban el imaginario del legislador de 1943.

La flexibilización a la que se hace referencia puede observarse en el análisis del concepto de subordinación, en específico, en la potestad de dirección inmediata del patrono como manifestación de aquella, tanto en el trabajo a domicilio, como en el teletrabajo o en el caso de quienes prestan sus servicios como taxistas.

El Código de Trabajo en 1943 ya había dado un primer paso hacia la flexibilización de este elemento esencial de la relación de trabajo cuando regulaba y protegía el trabajo a domicilio, señalando que: “Trabajadores a domicilio son los que elaboran artículos en su hogar u otro sitio elegido libremente por ellos, sin la vigilancia o la dirección inmediata del patrono o del representante de éste” (artículo 109); sin embargo, como se apresuran a decir los tribunales, “el contrato de trabajo a domicilio, participa de los tres elementos básicos que integran el contrato de trabajo, es decir, prestación personal del servicio, subordinación y remuneración”¹⁵⁵.

Por consiguiente, si para el resto de trabajadores, la subordinación está delimitada por la prestación de servicios “bajo la dependencia permanente y dirección inmediata” de quien presta el servicio (artículo 18 *Ibidem*), en el caso del trabajador a domicilio, la existencia de la subordinación la determina solo la dependencia permanente y no accidental hacia el empleador, aunque no se ejerza una dirección inmediata.

Luego, esos mismos Tribunales, más allá de referirse a la “dependencia permanente”, aluden a hechos de los cuales puede derivarse la existencia de un poder de dirección sobre el trabajador a domicilio, de modo que reconoce que la persona a la que se prestaba el servicio, “ejerció su poder de fiscalización” y que si bien, en la actividad que se realizaba, por su naturaleza, no estaba previsto un nivel determinado de vigilancia, “esta efectivamente se daba”, por cuanto los trabajos realizados estaban sujetos a recibirse de conformidad, como requisito previo a la liquidación de la factura y al hecho de que la forma en la que se prestaba el servicio fue objeto de inspección mediante una auditoría, cuyos resultados dieron lugar a un procedimiento de seguimiento de las recomendaciones hechas, cuya corrección debía ser inmediata, “para el mejoramiento del trabajo que realizaba”¹⁵⁶.

¹⁵² SS. Res. 1998-178, de las 9:30 hrs. del 17 de julio de 1998.

¹⁵³ SS. Res. 2004-707, de las 14 hrs. del 27 de agosto de 2004.

¹⁵⁴ *Ibid.*

¹⁵⁵ Las citas jurisprudenciales del contrato a domicilio son de la SS. Res. 2014-143, de las 9:35 hrs. del 12 de febrero de 2014.

¹⁵⁶ *Ibid.*

Por consiguiente, los tribunales aceptan que existe y se ejerce la subordinación cuando a pesar de no estar presente el empleador o sus representantes en el lugar de trabajo, el resultado final de la actividad solicitada puede ser revisado por el empleador, quien puede negarse a pagar por el servicio prestado sino está conforme con el mismo y puede auditar el proceso, además de recomendar mejoras o modificaciones en la forma en la que se presta u organiza el servicio.

No constituía un obstáculo para reconocer la existencia del contrato de trabajo, que la remuneración se haga bajo la modalidad de pago a destajo —que ya de por sí está prevista expresamente en el artículo 164 del Código de Trabajo—, ni que la actividad se desarrolle sin sujeción a horarios o jornadas laborales, ni se le exijan mínimos de productividad, ni se le controle in situ la forma o modo en que ejecuta el servicio contratado y que sea el prestador del servicio quien proporcione el equipo e insumos necesarios para cumplir lo convenido.

Por su parte, en el caso del teletrabajo, es concebido por los tribunales como “una modalidad novedosa que trae consigo distintas aristas que replantean las relaciones de trabajo desde un enfoque distinto”¹⁵⁷, especialmente en lo que se refiere a la posibilidad de que el empleador “pueda ejercer el poder de dirección propio de su posición”¹⁵⁸, que no desaparece por el solo hecho de que el trabajador se encuentre en un lugar distinto al centro de trabajo y no se encuentre bajo la fiscalización o vigilancia física e inmediata de aquél o sus representantes, quienes pueden ejercerla de múltiples formas, por medio del uso de las actuales tecnologías de la información y comunicación. Aun más, “hoy día existen las condiciones técnicas suficientemente desarrolladas para ejercer sobre el teletrabajador un control, tecnológico de su trabajo, por lo menos de igual intensidad, si no más eficaz, que el control tradicional aplicado en el trabajo taylorista”¹⁵⁹.

En el caso de quienes siendo titulares de una concesión de transporte remunerado de personas en la modalidad de taxi, la ejercen por medio de un tercero, que luego alega la existencia de un contrato de trabajo, los tribunales de trabajo¹⁶⁰ les han dado la razón con fundamento en el criterio de ajenidad, al considerar que el propietario del vehículo y quien gozaba de la concesión, “era quien corría con los gastos que generaba la explotación del servicio, pues aunque dichos egresos se tomaban de la producción diaria, existía ajenidad de los conductores en los riesgos que la operación demandaba y las ganancias diarias del propietario, dependían de la mayor o menor cantidad de egresos”. En efecto, tanto el combustible, como las llantas y las reparaciones “se pagaban de lo que producía la explotación del servicio de transporte”, así como el marchamo y derecho de circulación y “el dinero que sobraba, luego de rebajar los gastos y cobrar la cuota diaria de cada conductor, era depositada en las cuentas del accionado”.

La solución dada a este colectivo es la misma que puede aplicarse a los conductores de servicios geolocalizados, que sin tener vehículo propio, son contratados como choferes por los propietarios de los vehículos, siendo estos últimos los que determinan las condiciones en las que debe prestar el servicio por medio de la plataforma, incluyendo entre otras, las reglas de conexión, desconexión y rechazo de servicios.

De lo anterior se desprende que, aun y cuando la prestación de servicios se desarrolle permanentemente fuera de un centro de trabajo determinado, sin fiscalización permanente durante el tiempo en el que se ejecuta el servicio, el criterio de ajenidad ha sido suficiente para que en el transporte remunerado de personas en la modalidad de taxi, se califique el vínculo contractual de laboral.

¹⁵⁷ SS. Res. 2018-539, de las 10:10 hrs. del 22 de marzo de 2018.

¹⁵⁸ *Ibid.*

¹⁵⁹ Belzunegui Eraso, A. *Teletrabajo: Estrategias de Flexibilidad*. Madrid, Consejo Económico y Social, 2002, p.166.

¹⁶⁰ SS. Res. 2014-1170, de las 10 hrs. del 3 de diciembre de 2014.

Por otra parte, el poder de dirección como manifestación de la subordinación no solo puede ser inmediatamente ejercido por el empleador, sino que también puede “delegarse”.

Esta posibilidad que contemplaba el artículo 18 del Código de Trabajo, ha sido escasamente examinada y aplicada por los tribunales de trabajo, para reafirmar que la subordinación puede ser no solo ejercida por el empleador, sino que éste puede delegarla en un tercero, el usuario, sin perder su condición de patrono. En un caso en el que se examinó la legalidad de la figura, señalaron que quien contrata delega “la potestad de coordinación y dirección de las labores” por dos razones: “una porque el lugar de ejecución del trabajo se debía prestar en un lugar distante... y otra porque era parte de los compromisos adquiridos”, de modo que “en ocasiones el trabajo puede prestarse a un tercero quien puede ejercer el derecho de dirección, mientras que la obligación de pagar el resto de obligaciones fundadas en el contrato de trabajo quedan a cargo del empleador”¹⁶¹.

Esta elasticidad del concepto de subordinación para adaptarse a estos cambios, no es aún suficiente para dar una solución efectiva y segura a la insuficiencia de ciertas categorías típicas, como la del trabajo subordinado, sobre todo en el contexto del trabajo en plataformas. La labor investigativa del juez no tiene límites, lo que unido a su facultad de valoración e interpretación de las circunstancias el caso y de los elementos de la norma, se traduce en la creación de listas de indicios que son propios de cada juzgador o de cada tribunal. Adicionalmente, como en todos los casos no se presentan la totalidad de indicios y se entremezclan los indicios de trabajo subordinado y trabajo autónomo, exista una ausencia de reglas claras de ponderación. Todo ello, solo origina inseguridad en la calificación o recalificación jurídica de los contratos celebrados entre las EPV y los prestadores de servicios, como lo ha demostrado una buena parte de las resoluciones dictadas por tribunales extranjeros y otras instancias de solución de conflictos.

C. El estado actual de la discusión nacional sobre la presencia de las plataformas virtuales y la naturaleza de las relaciones de empleo entre ellas y los prestadores de servicios

En Costa Rica, la eventual controversia que podría existir entre las EPV y los prestadores de servicios se encuentra en un estado inicial de análisis y muy centrada en los servicios geolocalizados de transporte. Nuestro entorno nacional, a pesar de la diversidad de las EPV, está dominada por la discusión casuística de la “ubereconomía”, a pesar de que en los últimos meses la presencia de otras empresas de similar naturaleza y en el mismo mercado se ha incrementado.

Como tendremos oportunidad de examinar, las iniciativas emprendidas para establecer políticas públicas que regulen estas nuevas modalidades de trabajo, todavía están muy lejos de resolver la naturaleza jurídica del vínculo contractual entre las EPV y los prestadores de servicios. A la vez, las autoridades administrativas y judiciales están todavía lejos de un tratamiento unívoco que garantice un nivel óptimo de seguridad jurídica a las partes contratantes, sin que todo ello sea todavía motivo de interés para las organizaciones de empleadores y trabajadores, que quizás, en el mejor de los casos, solo de soslayo miran estos temas, sin que se incorporen en su agenda de trabajo.

1. Su situación legal y las iniciativas de regulación

La actividad legislativa ha estado marcada por una visión reducida del universo de las EPV. No ha sido de interés del legislador intentar regular amplias actividades relacionadas especialmente con los servicios que se prestan por medio de plataformas virtuales, en las que enormes colectivos de personas se dedican al cumplimiento de microtarefas y otros servicios, incluso de mayor especialización y

¹⁶¹ SS. Res. 2015-182, de las 9:35 hrs. del 13 de febrero de 2015.

requerimientos académicos o profesionales. No puede desconocerse tampoco la complejidad que supone acercarse a un estudio detallado de este ámbito del mercado de trabajo, pero como luego se explicará, los criterios que impulsan los proyectos presentados buscan satisfacer intereses políticos y económicos tan particulares, que eso por sí mismo justifica que estas EPV de servicios no geolocalizados estén ausentes, en el presente y en el futuro mediato, de la agenda del poder legislativo.

Tampoco lo están otros servicios, que aun y cuando se encuentran geolocalizados, como sucede con los servicios de limpieza, lavado y planchado, entrega de alimentos —especialmente de restaurantes—, etc., no cuentan con el mismo apoyo político que han demostrado tener a su favor las empresas concesionarias del servicio público de transporte, para impulsar iniciativas legislativas similares a las que se examinarán.

Tema distinto es el de las EPV dedicadas a servicios de hospedaje, como airbnb, cuya incidencia en el mercado terminó por alertar a la Cámara Costarricense de Hoteles y al Instituto Costarricense de Turismo; como consecuencia de ello, se aprobó la Ley marco para la regularización del hospedaje no tradicional y su intermediación a través de plataformas digitales, Ley N° 9742 del 29 de octubre del 2019.

En este caso, la ley regula la prestación de servicios turísticos de alquiler de viviendas, apartamentos, villas, chalés, bungalós, cuartos o cualquier otra construcción análoga (artículo 1), con un plazo no mayor a un año, ni inferior a las veinticuatro horas, que realice cualquier persona física o jurídica, en nombre propio, de manera habitual y con ánimo de lucro (artículo 3); así como a las “empresas comercializadoras o intermediarias”, dedicadas a la mediación, promoción, facilitación u organización de servicios de hospedaje, que pueden intervenir en el cobro de las contraprestaciones, por medio de la EPV de intermediación entre los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional y el usuario final, estén o no domiciliadas en Costa Rica (Ibidem).

Los prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional están obligados, entre otras cosas, a: a) Realizar la inscripción como prestatario del servicio de hospedaje no tradicional ante el Instituto Costarricense de Turismo; b) Inscribirse ante la Dirección General de Tributación como contribuyente, para el pago de los impuestos establecidos por ley; y c) Expedir la factura digital desglosada con los servicios prestados, de acuerdo con los precios pactados o convenidos (artículo 8).

Por su parte, en el caso de las EPV, como empresas comercializadoras o intermediarias, se les obliga, entre otras cosas, a: a) Inscribirse ante la Dirección General de Tributación, para el pago de los impuestos establecidos por ley; b) Retener y pagar a la Dirección General de Tributación en caso de que el pago del usuario se realice por medio de su plataforma de servicio, lo correspondiente a los impuestos establecidos por ley para desarrollar la actividad comercial, constituyéndose en solidariamente responsables en caso de que dicha retención aplique sin que se realice el pago de dichos impuestos (artículo 9).

Adicionalmente, se crea un registro de prestatarios del servicio de hospedaje no tradicional y de las empresas comercializadoras o intermediarias, a cargo del Instituto Costarricense de Turismo, debiendo remitir periódicamente su información a la Dirección General de Tributación, para proceder con el control, la investigación y las inscripciones necesarias de la actividad comercial (artículos 10 y 11).

Si bien en este proyecto existen diferentes regulaciones en protección del usuario final, no existe ninguna otra materia adicional que se regule, menos desde una perspectiva social vinculada con el trabajo decente, por lo que carece de interés para este estudio.

La “uberización” de los esfuerzos legislativos

Haciendo a un lado el reciente proyecto legislativo que se ha convertido en la Ley N° 9742 ya citada, los demás proyectos que han intentado regular las actividades de las EPV se limitan a regular el auge de las plataformas geolocalizadas de transporte de personas, que son a la vez, sin duda, las más visibles para la ciudadanía.

Uber empezó sus operaciones en Costa Rica el 21 de agosto del 2015 y desde su puesta en marcha, provocó una cantidad significativa de reacciones que han servido de impulso a la totalidad de los proyectos legislativos que se examinan.

Aunque es difícil de cuantificar la cantidad de personas inscritas en las EPV, en el caso de Uber y debido a que ha tenido que defender su actividad en los medios de prensa con mayor regularidad, se han hecho públicos algunos datos que son suministrados por la misma empresa y señalan que al menos en marzo del 2018 se contaba con 19.000 choferes¹⁶² y en julio del mismo año, habían pasado a ser 22,000¹⁶³, con más de 783.000 usuarios y con cobertura en la Gran Área Metropolitana, Liberia, Pérez Zeledón y San Carlos, por medio de uberX, uberComfort, uberXL, uberEco y Uber Eats, señalándose además que para Uber, “Costa Rica es el país latinoamericano con mayor penetración”, per cápita¹⁶⁴.

El dato resulta aún más significativo si se compara con la totalidad de concesionarios de transporte público, modalidad taxi, autorizados por el Consejo de Transporte Público para todo el país, que para julio de 2018 era de 11,900 concesiones activas, un 7% menos que los datos del 2015, año en el que Uber ingresa al país¹⁶⁵. Lo que demuestra que, si bien la proporción a nivel nacional es de aproximadamente 2 conductores de Uber por cada conductor de taxi, tomando en consideración la distribución geográfica de los primeros, al menos en el Gran Área Metropolitana, la relación a su favor es mucho mayor.

a) 2015

Desde prácticamente el primer mes de funcionamiento de la citada EPV en el país, se declaró ilegal su actividad.

La primera autoridad pública en pronunciarse fue la Dirección Jurídica del Consejo de Transporte Público¹⁶⁶, al considerar que: “El servicio de transporte que ofrece Uber, a través de una aplicación mediante el móvil, es un servicio de transporte remunerado de personas ilegal dado que no cuenta con las autorizaciones correspondientes”.

Pocos días después, le correspondió el turno a la Procuraduría General de la República¹⁶⁷, para quien: “a) A partir de la vigencia de la Ley n.º 8955, del 16 de junio del 2011, el transporte remunerado de personas, independientemente del tipo de vehículo automotor que se utilice, de las personas a las que vaya dirigido —ya sea que se ofrezca al público en general o a personas usuarias de grupos determinados— y de la intervención estatal en la determinación del sistema operativo o fiscalización, constituye un servicio público; b) En consecuencia, a partir de la vigencia de la Ley n.º 8955, ninguna

¹⁶² Uber alcanza los 19 mil conductores en Costa Rica. 28 de marzo de 2018, disponible en <https://www.crhoy.com/nacionales/uber-alcanza-los-19-mil-conductores-en-costa-rica/> (consultado 14-2-20, 13:31 hrs.).

¹⁶³ Taxis vs Uber: Conductores en dos bandos sufren mismas penurias. 15 julio 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxis-vs-uber-conductores-en-dos-bandos-sufren/GYBDINDZIVGKXGYWWGDTJQD72E/story/> (consultado 8-11-19, 14:34 hrs.).

¹⁶⁴ AED, UBER e Ybrida lanzan plataforma para promover la conducción eficiente. 18 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.aedcr.com/noticias/aed-uber-e-ybrida-lanzan-plataforma-para-promover-la-conduccion-eficiente> (consultado 28-2-20, 19:13 hrs.).

¹⁶⁵ *Ibid.*

¹⁶⁶ Criterio jurídico confirma ilegalidad de Uber en el país, según Consejo de Transporte. 11 de setiembre 2015, disponible en <https://www.ameliarueda.com/nota/criterio-juridico-del-ctp-confirma-ilegalidad-de-uber> (consultado 14-2-20, 13:20 hrs.).

¹⁶⁷ OJ-111-2015 del 25 de setiembre del 2015.

persona particular —física o jurídica— puede brindar el servicio de transporte remunerado de personas si, previo a ello, no cuenta con la autorización respectiva —concesión o permiso, según la modalidad de que se trate— conferida por el Consejo de Transporte Público, mediante los procedimientos que establecen las leyes que regulan el citado servicio público”.

b) 2016

Sin embargo, pese a los pronunciamientos dados en 2015, el Ministerio de la Presidencia¹⁶⁸ en abril del 2016 y la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos¹⁶⁹ en agosto del mismo año, advertían que se carecía de facultades legales para ordenar la desconexión de la plataforma digital de Uber o bloquear el acceso a ella de los ciudadanos, por lo que en ausencia de ley, solo podía seguirse por la vía de la inspección y detención de los vehículos que presten el servicio de transporte por medio de esta modalidad.

El primer intento por subsanar esta carencia legal ocurre el 28 de setiembre de 2016, cuando se presenta a trámite en la Asamblea Legislativa, el Proyecto de Ley de Movilidad Colaborativa en Costa Rica (Expediente Nº 20.113), suscrito por el entonces diputado Franklin Corella Vargas, del Partido Acción Ciudadana (fracción oficial).

Su objetivo, en términos generales y como fue anunciada a la ciudadanía, era aprobar un marco normativo que regulara y fomentara la movilidad colaborativa y así acabara con los conflictos sociales provocados por la presencia de Uber en el país¹⁷⁰, y que habían tenido lugar, impulsados por los gremios de taxistas (Cámara Nacional de Transportistas, Foro Nacional de Taxis, Unión de Taxistas Costarricenses) en abril¹⁷¹, mayo¹⁷² y agosto¹⁷³ de ese mismo año.

De acuerdo al texto propuesto, la iniciativa se enfocaba en reconocer, incentivar y regular las prácticas de movilidad colaborativa que se dan en el país, que puede ser desarrolladas por instituciones o empresas públicas y empresas privadas, como sucede con la modalidad de transporte terrestre, siempre que no esté sujeta a precios fijos, itinerarios, rutas, horarios, ni frecuencias de paso y sea brindado por personas físicas que ponen a disposición, mediante las EPV, vehículos propios o ajenos, para satisfacer las necesidades de movilización de otras personas mediante un acuerdo previo, sea de manera gratuita o no.

Estas prácticas colaborativas podían ser realizadas por “Empresas de redes de transporte”, debidamente registradas ante la Oficina de Movilidad Colaborativa del Ministerio de Economía, Industria y Comercio, previo pago de aproximadamente US\$4,000 y por los denominados “Choferes colaborativos” a quienes se les exigía únicamente registrarse como conductores ante las citadas empresas, sin necesidad de que se les otorgara concesiones, permisos o autorizaciones gubernamentales para ello.

¹⁶⁸ Taxistas se manifestarán este jueves en diferentes puntos del país. 13 de abril de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-se-manifestaran-este-jueves-en-diferentes-puntos-del-pais/ZWBEJBWHZJHFFPRJ5YTBB7XUDQ/story/> (consultado 8-11-19, 15:07 hrs.).

¹⁶⁹ Aresep confirma que no puede limitar operación de Uber en Costa Rica. 6 de agosto del 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/aresep-confirma-que-no-puede-limitar-operacion-de-uber-en-costa-rica/EZH7HXHDB5HCLMAFVSHLZSA4JQ/story/> (consultado 8-11-19, 15:03 hrs.).

¹⁷⁰ Diputado Franklin Corella: El conflicto por Uber solo acabará cuando regulemos las plataformas de movilidad colaborativa. 22 de febrero de 2017, disponible en <https://pac.cr/diputado-franklin-corella-el-conflicto-por-uber-solo-acabara-cuando-regulemos-las-plataformas-de-movilidad-colaborativa/> (consultado 22-2-20, 19:43 hrs.).

¹⁷¹ Taxistas se manifestarán este jueves en diferentes puntos del país, *op.cit.*

¹⁷² Taxistas y autobuseros harán caravana hasta Casa Presidencial este jueves. 4 de mayo de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-y-autobuseros-haran-caravana-hasta-casa-presidencial-este-jueves/CK6ZFRSDWZBMPAAWPBQ2CVD0IA/story/> (consultado 8-11-19, 15:06 hrs.).

¹⁷³ Taxista amenaza al presidente “con sangre” si no se frena operación de Uber. 18 de agosto de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/taxista-amenaza-al-presidente-con-sangre-si-no-se-frena-operacion-de-uber/XG365HLMZVAUPOB3ODMLJ2Z6CI/story/> (consultado 8-11-19, 15:00 hrs.).

Las empresas estaban obligadas a: a) enviar bimestralmente a la Oficina ya citada, la información de los choferes colaborativos registrados y a su vez, esta Oficina, facilitaría cada seis meses, a la Dirección General de Tributación, estos mismos datos; b) expedir al usuario un comprobante del servicio dado; c) aportar el 3% del precio final cobrado en cada servicio para el Fondo Nacional de Movilidad Sostenible (que tendrá entre otros, el objetivo de financiar y apoyar proyectos relacionados con temas de movilidad colaborativa, movilidad activa y movilidad urbana sostenible y segura); d) diseñar y otorgar un distintivo para ser utilizado por todos los vehículos colaborativos debidamente acreditados; e) diseñar y otorgar una identificación para ser utilizado por todos los choferes colaborativos debidamente acreditados; f) vigilar, al menos semestralmente, que las pólizas de seguros se encuentren vigentes; y g) establecer esquemas de precios actualizados, de fácil acceso para el usuario y los choferes colaborativos, teniendo en cuenta que cualquier cambio en el mismo deberá de ser informado a los choferes y el usuario deberá aprobarlo antes de poder iniciar con el servicio.

Para ser registrado por la empresa, es obligación del chofer acreditar, entre otros: a) que cuenta con una póliza de seguro de responsabilidad civil; y b) su inscripción como contribuyente en la Dirección General de Tributación.

Para protección del usuario, si la póliza de seguro del chofer colaborativo se encuentra vencida a la fecha del evento o no puede cubrir la totalidad de las indemnizaciones, la empresa de redes de transportes deberá cubrir íntegramente la responsabilidad contractual y extracontractual por lesiones, muerte o daños a terceros que se ocasionen en el siniestro.

Pese a que se regulaba los denominados servicios de movilidad como los que desarrollaba Uber, el proyecto ya había sido objeto de rechazo por los gremios de taxistas desde mucho antes de ser presentado oficialmente a trámite legislativo, como se observó en las manifestaciones organizadas en abril de 2016, que se oponían a que el Gobierno pretendiera regularizar la actividad, cuando ellos lo que deseaban era la prohibición total de la actividad¹⁷⁴.

Tampoco se refiere el proyecto de ley a la naturaleza del vínculo contractual entre el chofer y la empresa, ni tampoco al deber del chofer de registrarse ante la Caja Costarricense del Seguro Social; solo se limita a exigirle su inscripción como contribuyente fiscal, lo que debería de presumirse que cumplirá como trabajador independiente y a que se haga cargo de una póliza de responsabilidad civil. Como luego se advertirá al analizar los siguientes proyectos, está ausente del debate legislativo los temas sociales vinculados a las condiciones de trabajo de los prestadores de servicio, al igual que el análisis a profundidad de la naturaleza jurídica del contrato que les une con las EPV.

El proyecto, a pesar de ser presentado por un miembro del partido oficial, nunca contó con el apoyo del Poder Ejecutivo y a pesar de que la regulación de estas EPV constituyó una promesa del Gobierno a los gremios de taxistas, no era una prioridad, como lo reconocía el viceministro de la Presidencia en junio de 2017 y por ello, no llegó a avanzar en su trámite legislativo, hasta caer en el olvido¹⁷⁵.

c) 2017

En el 2017, la Presidencia de la República emitió dos directrices dirigidas a las instituciones del sector público. La primera, la N° 082-P del 3 de agosto, considerando que con motivo de la "revolución informática que experimentan los países del orbe", existe una oferta de "nuevas formas no reguladas de prestar servicios" por parte de empresas que operan a través de plataformas digitales que "incumplen

¹⁷⁴ Taxistas a las calles este jueves por proyecto de diputado que regularía Uber. 14 de abril de 2016, disponible en <https://www.elmundo.cr/costa-rica/taxistas-a-las-calles-este-jueves-por-proyecto-de-diputado-que-regularia-uber/> (consultado 22-2-20, 19:59 hrs.).

¹⁷⁵ Gobierno engavetó plan para regular UBER y "transporte colaborativo". 4 de junio del 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/politica/gobierno-engaveto-plan-para-regular-uber-y-transporte-colaborativo/OXYAEXHXOFAXTNQ6M3WX7PUGJU/story/> (consultado 8-11-19, 14:53 hrs.).

sistemáticamente dentro de los Estados en los cuales éstas operan con la normativa interna referente a obligaciones fiscales, de seguridad social, derechos laborales, entre otras condiciones que hacen irregular su servicio”, por lo que ordena a diversas instituciones que dentro del ámbito de sus competencias, ejerzan los controles necesarios para que ello no suceda y por ello: a) debe el Ministerio de Obras Públicas y Transportes cumplir con sus obligaciones de vigilar y sancionar, de conformidad con la Ley N° 7331, Ley de Tránsito por Vías Públicas Terrestres, a quien preste servicio de transporte remunerado de personas sin las autorizaciones correspondientes y en cualquier otra forma contraria a la ley, coordinando, de conformidad con el artículo 38 de la Ley N° 7593, con la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos para que pueda establecer los procedimientos administrativos sancionatorios que corresponden; b) debe la Dirección General de Tributación Directa realizar las acciones que aseguren que estas empresa que utilice plataformas digitales para prestar un servicio ilegal de transporte remunerado de personas, se ajusten a las disposiciones tributarias aplicables al efecto; c) debe la Caja Costarricense de Seguro Social investigar si cualquier empresa que utilice plataformas digitales para prestar un servicio ilegal de transporte remunerado de personas, se encuentra al día en sus obligaciones con la seguridad social; d) debe el Ministerio de Economía, Industria y Comercio, de conformidad con la Ley N° 7472, Ley de Promoción de la Competencia y Defensa Efectiva del Consumidor, ejercer las acciones legales que correspondan con relación a promociones y ofertas sobre servicios ilegales de transporte remunerado de personas que promuevan diferentes empresas dentro del territorio.

Pese a que la Directriz Presidencial manifiesta su preocupación por la protección de los derechos laborales de los prestadores del servicio, no encarga al Ministerio de y Trabajo y Seguridad Social acciones concretas orientadas a cumplir con esta finalidad y por otra parte, en materia de seguridad social se limita a exigirle a la empresa que esté registrada y al día en sus pagos, lo que puede estar cumpliendo solo con su personal administrativo, pero no respecto de los prestadores del servicio ni tampoco exige que fiscalice que su aseguramiento corresponda a la naturaleza jurídica de las actividades que desarrollan.

La segunda, la N° 083-P del mismo día y año que la anterior, se emite para exigir que se adopten las acciones necesarias para evitar que en los espacios físicos dispuestos para la publicidad (vallas publicitarias, mupis, entre otros), así como en cualquier espacio electrónico (páginas web, redes sociales, entre otros) que tengan a disposición las instituciones públicas o las empresas públicas del Estado, “se publiciten mensajes de empresas que empleen plataformas digitales para la prestación de servicios ilegales de transporte remunerado de personas”.

Pese a las directrices, hubo nuevas muestras de enfrentamientos físicos en las vías públicas, entre choferes de Uber y los gremios de taxistas; reiteradas manifestaciones de estos últimos y una limitada respuesta gubernamental circunscrita al aumento de los operativos de las autoridades de tránsito¹⁷⁶ y las comunicaciones del Ministerio de Economía que ordenaba a los empresarios privados a interrumpir las promociones co-organizadas con las EPV de transporte, con la amenaza de abrirles un procedimiento administrativo para la imposición de una multa —que oscilaría entre aproximadamente US\$7400 y US\$89000— ante la Comisión Nacional del Consumidor¹⁷⁷.

Casi un año después de que se iniciara el trámite del expediente legislativo N° 20113, otra propuesta fue presentada a la Asamblea Legislativa, el 12 de setiembre del 2017, que se tramitaría con el expediente legislativo N° 20518 y que se denominaba: Ley de Empresas de Redes de Transporte:

¹⁷⁶ Gobierno descarta demandas contra choferes de Uber, como lo exigían taxistas formales. 3 de agosto del 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/gobierno-descarta-demandas-contra-choferes-de-uber-como-lo-exigian-taxistas-formales/KUIESEJzJJDSJDCUPANPUT7274/story/> (consultado 8-11-19, 14:15 hrs.).

¹⁷⁷ Gobierno amenaza con multas a empresas locales por sus nexos con Uber. 17 de agosto del 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/gobierno-amenaza-con-multas-a-empresas-locales-por-sus-nexos-con-uber/RFSNLU6T4REI7GPIzBNOXUAG4Y/story/> (consultado 8-11-19, 14:48 hrs.).

Objeto, Principios y Naturaleza del Servicio Privado de Transporte; suscrito por diputados del Partido Libertario (fracción minoritaria de oposición).

Parte de los diputados que suscribieron este nuevo proyecto habían interpuesto desde octubre del 2015 y ante la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, una acción de inconstitucionalidad en contra de la Ley Nº 8955, de 16 de junio del 2011, que es la "Reforma de la Ley Nº 3284, Código de Comercio, de 30 de abril de 1964 y la Ley Nº 7969, Ley Reguladora del Servicio Público de Transporte Remunerado de Personas en Vehículos en la Modalidad de Taxi, de 22 de diciembre de 1999, con la que pretendían que se anularan ambas normas, por cuanto entre otras razones, violentaban el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos, República Dominicana y Centroamérica, que en su criterio disponía que no se podía excluir ni restringir el servicio de transporte privado y debían respetarse los derechos constitucionales de libertad de comercio y autonomía de la voluntad, que permitían al ciudadano contratar libremente el servicio de transporte que le fuera más beneficioso; una tesis que también hubiera beneficiado la actividad que en ese momento ya desplegaba en el país una EPV como Uber.

La acción de inconstitucionalidad, a la que también se habían opuesto los gremios de taxistas desde octubre de 2016¹⁷⁸ y cuya voz se hizo llegar hasta la sede de los tribunales de justicia poco antes de que fuera resuelta¹⁷⁹, se resolvió por la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia, mediante sentencia No. 2017-2791, de las 11:45 hrs. del 22 de febrero de 2017. En este voto se declaró sin lugar la acción de inconstitucionalidad, basado en que: 1) "con la ley impugnada no se está creando ningún tipo de monopolio estatal, sino sólo la ratificación de que el servicio de transporte remunerado de personas es un servicio público"; 2) "la ley impugnada no lesiona los principios constitucionales de autonomía de la voluntad (art.28) ni la libertad de comercio (art.46) por cuanto, el legislador buscó abstraer de la esfera privada la prestación del servicio de transporte de personas, al declararlo servicio público"; 3) "Este Tribunal Constitucional no tiene competencia para entrar a determinar si una norma legal violenta o no un acuerdo regional de comercio que asumió la forma jurídica de tratado... Lo anterior, sin perjuicio de las competencias del legislador de determinar o reformar lo que estime conveniente sobre la regulación o ilegalidad de cualquier otra plataforma que pretenda el transporte privado remunerado de personas".

Como consecuencia inmediata de la sentencia, se reactivó el cobro de las multas impuestas por las autoridades de tránsito y por la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos¹⁸⁰ a los choferes de Uber. Previamente, si bien se podían establecer las multas, no podían ejecutarse, porque desde que había sido interpuesta la acción de inconstitucionalidad en octubre del 2015, dos meses después de que Uber había iniciado sus operaciones en el país, la misma Sala Constitucional había ordenado suspender los trámites administrativos y judiciales para exigir su pago, hasta que no se resolviera la acción de inconstitucionalidad presentada.

El proyecto presentado, que ya advertían representantes del Partido Libertario, era una necesidad aún más apremiante desde el dictado del voto No. 2017-2791, se basaba en una iniciativa de ley elaborada por el presidente del Instituto de Desarrollo Empresarial y Acción Social—Ideas—. La propuesta parte de que el servicio de transporte se considera un servicio privado, a la vez que se propone

¹⁷⁸ Taxistas marcharan por paseo Colón y avenida segunda este jueves contra Uber. 19 de octubre de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/taxistas-marcharan-por-paseo-colon-y-avenida-segunda-este-jueves-contra-uber/BQVMFIZCCNCONKF3DG7LTOKOUA/story/> (consultado 8-11-19, 14:59 hrs.).

¹⁷⁹ Taxistas reclaman frente a tribunales de San José una decisión de Sala IV. 2 de febrero del 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-reclaman-frente-a-tribunales-de-san-jose-una-decision-de-sala-iv/Z33L5QEYHNNHUXNUHDFFLXKSGRA/story/> (consultado 8-11-19, 14:58 hrs.).

¹⁸⁰ Sentencia de Sala IV reactiva cobro de multas a transporte ilegal incluido Uber. 22 de febrero del 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/sentencia-de-sala-iv-reactiva-cobro-de-multas-a-transporte-ilegal-incluido-uber/XKNBJ2NFRVBCJNCAY3VFNRSANM/story/> (consultado 8-11-19, 14:54 hrs.).

la modernización de los servicios de movilidad y se generan alternativas para mejorar la movilidad y la calidad de vida en las ciudades y se reconoce el derecho de todo ciudadano a elegir las opciones de transporte más apropiados y adecuados a sus necesidades de movilidad.

También se define en el proyecto a las llamadas “Empresas de redes de transporte” como las que, basándose en el desarrollo de tecnologías inteligentes, sistemas de posicionamiento global y plataformas tecnológicas independientes, medien el acuerdo entre usuarios y prestadores del servicio privado de transporte entre particulares, a través de aplicaciones en teléfonos móviles, tienen como obligaciones: a) inscribirse en el registro que de ellas lleve el Ministerio de Economía, Industria y Comercio; b) asegurarse que el usuario conozca el método conforme al cual se calculará la tarifa correspondiente; y c) abstenerse de sujetar el servicio a itinerarios, tarifas, rutas, frecuencias de paso ni a horarios fijos.

El prestatario del servicio, por su parte, debe suscribir una póliza de seguros de responsabilidad civil contractual y extracontractual y ni siquiera se le exige, como lo hacía el anterior proyecto, que se acredite como contribuyente ante la Dirección General de Tributación Directa. Todavía más evidente es la ausencia de una discusión sobre los temas sociales derivados del trabajo en plataformas virtuales.

En consecuencia, a diferencia del anterior proyecto presentado, este otro es el que menor número de requerimientos exige a las empresas y a los prestadores del servicio, para ofrecer y ejecutar los servicios de transporte y es el que por su escueta reglamentación y en beneficio del principio de libertad de contratación, más cercanía tiene con los modelos de EPV que se limitan a la simple intermediación, aunque la realidad que pretende regular difiere de la forma propuesta. En efecto, al menos en la que respecta a Uber, las condiciones contractuales pactadas entre la empresa y los prestadores del servicio, dista en mucho del modelo que pretende legalizarse.

Esta divergencia entre el modelo legal que pretendía regularse y la realidad también fue evidenciado por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, cuando recién comenzaba a tramitarse este segundo proyecto, la Autoridad Reguladora¹⁸¹, por medio de la resolución N° RRG-449-2017 de las 14:45 hrs. del 31 de octubre de 2017, impuso por primera vez una sanción de ₡2.017.000 (aproximadamente US\$3,500) a un chofer de Uber por la prestación ilegal de servicio público. Para la entidad reguladora —que en ese momento tenía 30 procedimientos de investigación más por el mismo motivo¹⁸²—, Uber “es más que una plataforma tecnológica pues crea una oferta de servicio de transporte remunerado y facilita la prestación de un servicio. Tanto el dueño y el conductor son responsables por esta prestación ilegal” y recuerda que “para prestar el servicio público se debe tener concesión o permiso del Estado, los cuales son otorgadas por el Consejo de Transporte Público”.

Pese a estas acciones de represión, las manifestaciones de los gremios de taxistas continuaron y en noviembre del 2017¹⁸³ nuevamente protestaban porque consideraban insuficiente los resultados alcanzados por medio de directrices presidenciales N° 082-P y N° 083-P, ambas del 3 de agosto de ese año, además, de que no se les había convocado por el Gobierno para darle continuidad a sus reivindicaciones en contra de Uber. El resultado de todo ello fue nuevamente un compromiso gubernamental para que se incorporaran a una comisión de trabajo en la que participaban el Ministerio

¹⁸¹ ARESEP impone primera sanción a chofer de Uber, disponible en <https://aresep.go.cr/noticias/2238-aresep-impone-primera-sancion-a-chofer-de-uber> (consultado 14-2-20, 11:33 hrs.).

¹⁸² Conductor de Uber multado con ₡2 millones por prestar servicio ilegal— 2 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/conductor-de-uber-multado-con-2-millones-por/TSDS5JTDSFGMLH4EKKULLXW45M/story/> (consultado 8-11-19, 14:47 hrs.).

¹⁸³ Taxistas piden cuentas a Gobierno sobre acciones contra transporte ilegal. 13 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-piden-cuentas-a-gobierno-sobre-acciones/B7G762V7IRFSRGISR3W27215Q4/story/> (consultado 8-11-19, 14:45 hrs.).

de Obras Públicas y Transporte, el Consejo de Transporte Público, la Policía de Tránsito, la Autoridad Reguladora de Servicios Públicos y el Ministerio de Economía, Industria y Comercio.

El alcance de estas nuevas protestas fue significativamente mayor que el de las anteriores, porque ese mismo mes, se dieron dos hechos significativos. De un lado y como contrapartida, con un menor nivel de organización y de apoyo, decenas de conductores de Uber pedían en noviembre de 2017 la legalización de su actividad¹⁸⁴, aunque los representantes de la EPV, al mismo tiempo que se desmarcaban formalmente de las manifestaciones de ellos en vías públicas, transmitían el mensaje de que estaban abocados “en la apertura del diálogo con las autoridades de gobierno y en la búsqueda de una regulación innovadora”¹⁸⁵. De otro y probablemente en seguimiento a las directrices presidenciales, el Banco Nacional de Costa Rica, como banco público estatal, anunció que se negaba a aperturar y mantener como activas, cuentas bancarias donde los conductores de Uber recibieran los pagos por los servicios prestados¹⁸⁶.

d) 2018

El cambio de Gobierno en mayo del 2018 llegó, en especial respecto del proyecto tramitado bajo el expediente N°20518, sin haber logrado ningún avance significativo en la Asamblea Legislativa y ya para julio del mismo año enfrentaba al Poder Ejecutivo una nueva protesta de los gremios de taxistas contra la continuidad de los servicios de Uber en el país¹⁸⁷. La oferta gubernamental fue invitarles a incorporarse a unas mesas mixtas de trabajo para lograr medidas consensuadas que atendieran el conflicto, mientras se reforzaban nuevamente los controles de la policía de tránsito, que ya para mediados del año 2018, informaba que había detenido 235 vehículos y se habían confeccionado 2,000 boletas de infracciones con sanciones¹⁸⁸.

En agosto del 2018, el país observó la protesta de un reducido número de representantes de la denominada Cámara Nacional de Conductores Tecnológicos, integrada por choferes de Uber, de los que rápidamente la empresa misma se desmarcaría, recordando que no organizaba ni fomentaba tales acciones¹⁸⁹.

Bajo la amenaza de nuevas manifestaciones de los gremios de taxistas y exigido por ellos como condición para no materializarlas¹⁹⁰, setiembre inicia con una declaración del Consejo de Gobierno, que en su sesión ordinaria N° 18 del 4 de setiembre del 2018, acordó: “Instar una vez más a la empresa UBER y a otras empresas que operan plataformas tecnológicas en la prestación del servicio de transporte

¹⁸⁴ Conductores de Uber piden que se legalice actividad. 22 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/conductores-de-uber-piden-que-se-legalice/EH66US4TNRDVFIQGSUFUXUCK54Q/story/> (consultado 8-11-20, 14:44 hrs.).

¹⁸⁵ Conductores de Uber piden que se legalice actividad. 22 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/conductores-de-uber-piden-que-se-legalice/EH66US4TNRDVFIQGSUFUXUCK54Q/story/> (consultado 8-11-19, 14:44 hrs.).

¹⁸⁶ Banco Nacional cerrará cuentas a choferes colaboradores de Uber. 28 de noviembre de 2017, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/banco-nacional-cerrara-cuentas-a-choferes/2KOFN2QSMNCUFGTG6V2Q5KZCYQ/story/> (consultado 8-11-19, 14:46 hrs.).

¹⁸⁷ Gobierno confirma cita con taxistas y advierte que no tolerará bloqueos en vías. 3 julio 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/protestas-de-taxistas-contra-uber-provocan/2NLCLBWLPFCOND76FIB5NP4A/story/> (consultado 8-11-19, 14:41 hrs.).

¹⁸⁸ Tránsito seguirá actuando contra transporte ilegal según sus posibilidades. 5 de julio de 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/transito-seguira-actuando-contra-transporte-ilegal/MROBBLX2BNAGJC76J7HWPZJMQ/story/> (consultado 8-11-19, 14:39 hrs.).

¹⁸⁹ Representantes de choferes de plataformas tecnológicas siguen a la espera en Casa Presidencial. 29 de agosto del 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/representantes-de-choferes-de-plataformas/OQZJV3XXH5BUPO7UCMLDWRLCMA/story/> (consultado 8-11-19, 14:09 hrs.).

¹⁹⁰ Gobierno calma a taxistas con nueva petición a Uber de detener su operación en Costa Rica. 4 de setiembre del 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/gobierno-calma-a-taxistas-con-nueva-peticion-a/U7EK3SZRKVEW5MSCRW55FBWV4E/story/> (consultado 8-11-19, 14:12 hrs.).

público de personas, a abandonar su operación hasta tanto no se defina la revisión o modernización del marco legal existente del transporte remunerado de personas”.

La respuesta de Uber¹⁹¹ fue casi inmediata: “nuestro viaje continúa”, confirmando que se mantenía en el país y pidiendo un espacio en las mesas de diálogo, a lo que se oponían los gremios de taxistas.

Pocas semanas después, a finales de setiembre de ese mismo año, el nuevo Ministro de Obras Públicas y Transportes advirtió a los legisladores que ninguna de las iniciativas presentadas en la Asamblea Legislativa (expedientes N°20113 y N°20518) contaba con el apoyo del actual Gobierno y prometía que se presentaría un nuevo proyecto de ley¹⁹².

Aunque los gremios de taxistas, que ya habían realizado nuevas protestas en julio de ese año contra la continuidad de los servicios de Uber, respaldaron la posición del nuevo ministro y aceptaron participar de las mesas de diálogo propuestas por el Gobierno. La posición de los taxistas se resumía en que para ellos solo había dos opciones viables, en ambos casos, con el pago a su favor de las indemnizaciones que correspondan como concesionarios de un servicio público: que se “liberalice” el transporte o que Uber cumpla con las mismas condiciones regulatorias que se imponen al taxi¹⁹³.

e) 2019

Tratándose por consiguiente de la prestación de un servicio de transporte que se estima ilegal, pero que al mismo tiempo se reconoce que es una fuente de empleo para miles de ciudadanos, los esfuerzos políticos durante el año 2019 se dirigieron a establecer una regulación que le permitiera a Uber, operar legalmente en el país.

En efecto, los intentos más importantes de regulación se dan en el contexto de un aumento sostenido de la tasa de desempleo, de 9.1% en el 2017, de 10.3 % en el 2018 y de 12.4% en el 2019¹⁹⁴; unido a las manifestaciones de los voceros de Uber, de que el 45% de los 22,000 choferes en Costa Rica tienen a esta empresa como único ingreso y para el 66% de ellos, es su principal fuente de ingreso¹⁹⁵.

Como luego manifestó la Procuraduría General de la República¹⁹⁶, teniendo claro que existe una declaratoria o calificación como servicio público del transporte remunerado de personas facilitado, ofrecido, comercializado, intermediado o contratado, por medio de una Empresa de Plataforma de Transporte, las propuestas legislativas que se han venido tramitando en la Asamblea Legislativa, son una consecuencia de la “potestad soberana del legislador, y a partir de ello, se configura la potestad para someter a una serie de regulaciones el ejercicio de esta actividad por parte de los sujetos privados”.

Pero las iniciativas de ley presentadas en el 2019 no solo son fruto de la construcción normativa ya expuesta, sino que primordialmente, han sido consecuencia de las acciones emprendidas por los colectivos afectados, que se quejan de la tardanza en solventar una necesidad comercial, económica y financiera que se origina en la competencia desleal. La diferencia de trato se explica, desde la

¹⁹¹ Uber se queda en Costa Rica y pide participar en conversaciones para modernizar legislación. 5 de setiembre del 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/uber-reitera-continuidad-en-el-pais-y-pide-a/6RN4OGNDDBGJRG35UZVUUDH3IM/story/> (consultado 8-11-19, 14:14 hrs.).

¹⁹² MOPT presentará nuevo proyecto para regular servicios de taxi y Uber en un mes. 26 de setiembre de 2018, disponible en (<https://www.nacion.com/el-pais/servicios/mopt-presentara-nuevo-proyecto-para-regular/MPRXFUXFNVAJDTYTI3AESW2SU/story/>) (consultado 23-2-20, 16:38 hrs.).

¹⁹³ Ibid.

¹⁹⁴ Tasa de desempleo en Costa Rica cerró 2019 en 12.4%, la más alta en una década. 6 de febrero 2020, disponible en <https://www.elfinancierocr.com/economia-y-politica/tasa-de-desempleo-en-costa-rica-llega-a-124-la/B6LZKWULXBFF5BEPAUTNGF6DEA/story/> (consultado 17-2-20, 15:10 hrs.).

¹⁹⁵ Taxis vs Uber: Conductores en dos bandos sufren mismas penurias. 15 julio 2018, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxis-vs-uber-conductores-en-dos-bandos-sufren/GYBDINDZIVGKXGYWWGDTJQD72E/story/> (consultado 8-11-19, 14:34 hrs.).

¹⁹⁶ OJ-028-2019 del 22 de marzo del 2019.

perspectiva de los taxistas, por el hecho de que a diferencia de ellos, los conductores de Uber solo cubren el costo de una revisión técnica vehicular al año —ellos dos—, no pagan ni el canon exigido por el Consejo de Transporte Público y ni el que cobra la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, no se les exige que paguen impuesto de renta, ni los seguros obligatorios de responsabilidad civil para beneficio de los usuarios ni se les obliga demostrar que están afiliados a la Caja Costarricense de Seguro Social; de allí que cuando Uber incursionó por primera vez en el país, en agosto del 2015, se anunció por la empresa que se cobraría como tarifa por kilómetro recorrido, casi la mitad de lo que cobraba por los taxistas¹⁹⁷.

Para ellos, la ausencia de reglas de mercado que aseguren una competencia “justa” y la insuficiencia de los efectos derivados de las medidas alternativas empleadas, como la declaratoria de ilegalidad del servicio por no estar regulado o el incremento de controles fiscalizadores por las autoridades de tránsito, no han solucionado sus inquietudes y por ellos han ejercido una significativa presión sobre las autoridades públicas, hace ya más de 4 años.

Son también, 4 los proyectos legislativos que se presentaron en el 2019 a la Asamblea Legislativa y que se tramitaron en los expedientes N°21228, N°21250, N°21567 y N°21587.

i) Expediente N° 21228

El 22 de enero de 2019, el propio Poder Ejecutivo toma la iniciativa y presentó a trámite un proyecto que pretendía regular la actividad de las EPV que prestan servicios de transporte de personas. Se trató del proyecto de ley de Reforma del Sistema de Transporte Remunerado de Personas y regulación de las Empresas de Plataformas Tecnológicas de Transporte, que se tramitó bajo el expediente legislativo N° 21228.

El objetivo de la propuesta de ley era crear el marco normativo que regule la operación en el país de las Empresas de Plataforma de Transporte; para lo cual, se les exigiría una serie de obligaciones, tanto a las propias empresas como a los conductores prestadores del servicio.

Eran obligaciones de la empresa: a) inscribirse en un Registro especial para ellas que llevará el Consejo de Transporte Público, órgano adscrito al Ministerio de Obras Públicas y Transportes; b) mantener actualizada en el registro la información de los conductores y vehículos acreditados, creando para cada conductor un perfil o identificación digital que permita demostrar su inscripción, con indicación de su nombre completo, calidades y número de licencia, información que deberá remitirse trimestralmente al Consejo de Transporte Público; c) suministrar un curso digital de Educación Vial al conductor; d) retener automáticamente y trasladar a la Caja Costarricense del Seguro Social y al Ministerio de Hacienda, las cargas fiscales y parafiscales impuestas a los conductores acreditados; e) dotarse de mecanismos y herramientas tecnológicas necesarias para efectuar la intermediación entre las personas usuarias y los conductores acreditados; f) contar con un sistema que permita al usuario solicitar el servicio de transporte mediante la plataforma, e identificar mediante fotografía al conductor acreditado y al vehículo registrado que prestará el servicio; g) informar al usuario el costo del servicio de transporte de previo a que él confirme o acepte el servicio; h) emitir al usuario un comprobante digital que contenga como mínimo: costo del servicio, el trayecto recorrido, la placa del vehículo utilizado, fotografía del conductor acreditado y del vehículo registrado, así como los comprobantes electrónicos en la condición y forma que establezca la Dirección General de Tributación Directa; i) habilitar un mecanismo para la evaluación del conductor acreditado y de la persona usuaria del servicio; y j) recibir el pago por medio electrónico bancarizado o efectivo.

¹⁹⁷ *Ibid.*

Por otra parte, se le facultaba a la empresa a establecer su esquema de precios que deberá ser de conocimiento y fácil acceso para las personas usuarias y conductores acreditados, debiendo mantenerse actualizado y cualquier cambio debía notificarlo previamente al Consejo de Transporte Público, a los conductores acreditados y a los usuarios.

Eran obligaciones de los conductores: a) estar debidamente inscritos y al día como trabajador independiente ante la Caja Costarricense de Seguro Social y como contribuyente en el Ministerio de Hacienda, b) pagar al Consejo de Transporte Público un canon anual por concepto de “código de conductor”; c) portar el código de conductor vigente emitido por el Consejo de Transporte Público y contar con la identificación o perfil digital que lo acredite como conductor de la empresa; d) portar en el vehículo el distintivo suministrado por la empresa mientras esté brindando el servicio; e) proporcionar el servicio de transporte mediante la empresa previa solicitud de la persona usuaria; y f) evitar recoger usuarios en la vía pública sin tener un contrato previo de movilidad mediante una EPV de transporte.

En protección del usuario, se exige la suscripción de un seguro de responsabilidad civil por un monto mínimo de cobertura, que deberá ser pagado por el conductor, la empresa o ambos y si por omisión del conductor no se pagó el seguro o incumplió su contrato con la empresa aseguradora, la empresa deberá hacerse cargo de garantizar la cobertura a la persona usuaria afectada.

Ante el proyecto, Uber reaccionó criticando la iniciativa, por estimar que ello perjudicaría a los “asociados”, prestadores del servicio, al tener que pagar un canon anual de \$35, para inscribirse como conductor y de \$200 por el vehículo, lo que en su criterio “dado el clima de contracción económica y de falta de oportunidades laborales para los costarricenses... “obligaría a que sólo un número limitado de personas puedan inscribirse como socios en las diversas plataformas”¹⁹⁸. Sin embargo, tampoco se puede obviar que tal posición sea consecuencia de que la ley disponía una serie de cargas para la empresa, como que sus beneficios estuvieran sujetos al control del impuesto sobre el valor agregado (13%), así como los pagos realizados por los usuarios se afectaran por el impuesto de remesas al exterior (8.5%), se le exigiera el pago de aproximadamente US\$13.5 millones para registrarse, además de contribuir con un 3% sobre el valor de cada servicio realizado, para financiar un fondo de modernización del transporte público (servicios de taxi primordialmente).

El Proyecto recibió un dictamen unánime negativo por parte de la Comisión Permanente de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa encargada de su estudio, el 11 de setiembre de 2019 y el 7 de octubre siguiente fue archivado en forma definitiva.

Pese al resultado final de esta primera iniciativa, su estudio resulta relevante, porque durante la discusiones celebradas respecto del proyecto en la Comisión Permanente de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa, se hicieron consultas —verbales y escritas— a numerosos sectores de la sociedad costarricense, que si bien coincidieron por distintos motivos en mostrar su descontento con la propuesta, permiten acercarse a los criterios que predominan en el debate sobre la regulación de esta actividad.

¹⁹⁸ Uber descalifica plan de ley para regularlos en Costa Rica. 23 de enero de 2019, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/uber-descalifica-plan-de-ley-para-regularlos-en/2MXLVJU5PFHDLJ35GHXAF6QWPM/story/> (consultado 8-11-19, 14:21 hrs).

Las entidades financieras consultadas¹⁹⁹ rechazaban que tuvieran que actuar como agentes retenedores del impuesto cuando el pago se hacía por medio de tarjeta de crédito; las entidades reguladoras del servicio público²⁰⁰, rechazaban que fuera el mercado y no ellas, quienes fijaran el precio del mismo, como sucede con los taxis; los gremios de taxistas si bien estimaban que las aplicaciones tecnológicas son necesarias²⁰¹ e incluso, estarían dispuestos a utilizarlas²⁰², rechazaban que estas plataformas fueran parte de la economía colaborativa, dado que en su criterio son empresas de transportes²⁰³ y si se les permite su participación en el mercado deberían ser indemnizados por los daños y perjuicios que ello les causa como concesionarios de un servicio público regulado²⁰⁴, al reducirse sus ingresos en beneficio de una multinacional que se lleva sus ganancias al exterior²⁰⁵, además de que las posibilidades de establecer por ellos mismos tarifas competitivas de manera unilateral resulta legalmente imposible²⁰⁶, por lo que deseaban la paridad de condiciones para una competencia adecuada y una limitación de la cantidad conductores que pueden utilizar las plataformas²⁰⁷; las agrupaciones de consumidores lo rechazaban porque reivindicaban su derecho a

¹⁹⁹ Asociación Bancaria Costarricense: "que el esquema de recaudación no resulta viable además que es muy complejo la recaudación de impuestos o el ordenamiento de los movimientos económicos que se desarrollen, por lo que considera que no resulta admisible que se traslade la recaudación de este impuesto a los emisores de tarjetas de crédito cuando la primera opción deberían ser las empresas de plataformas de transportes". Banco Nacional de Costa Rica: "actualmente no se cuenta con las plataformas tecnológicas necesarias para suplir las necesidades planteadas en dicho proyecto, especialmente el tener que declarar de forma diaria y trasladar al fisco de forma diaria el importe correspondiente a cada transacción que realicen los usuarios con el uso de la tarjeta".

²⁰⁰ Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos (Roberto Jiménez Gómez, Regulador General). Acta ordinaria N° 62 del 3 de abril del 2019: "La otra pregunta ¿La tarifa quién la controla? Bueno, nosotros lo que estamos mencionando es que, a partir de la lógica del proyecto de ley, se indica que es el mercado. La preocupación que nosotros tenemos es que ese mercado, y lo está siendo en la actualidad, puede estar definiendo en hrs. pico, a ciertas hrs., una tarifa que quizá es muy alta".

²⁰¹ Asociación Nacional Transportes Terrestres y Afines para Movilidad Integral (ASOTRAMI), Rigoberto Aguilar Solís, Presidente, Acta ordinaria N° 63 del 9 de abril del 2019: "La oposición nuestra a este proyecto, no es por las aplicaciones. Las aplicaciones hoy en día son necesarias...".

²⁰² Federación Nacional de Cooperativas de Taxi RL (FENACOOTAXI), Edwin Barboza Guzmán, Acta ordinaria N° 52 del 5 de marzo del 2019 "yo le pediría al Consejo de Transporte Público que, para operar un servicio de transporte de taxi, tenga que estar en una aplicación tecnológica que le pueda dar un mejor servicio a los usuarios".

²⁰³ Asociación Nacional Transportes Terrestres y Afines para Movilidad Integral (ASOTRAMI), Rigoberto Aguilar Solís, Presidente, Acta ordinaria N° 63 del 9 de abril del 2019: "Aquí lo que están simple y llanamente es haciendo la actividad que hacemos nosotros, los taxistas, simplemente eso, es un transporte remunerado, son empresas, entonces no es movilidad colaborativa, la movilidad colaborativa es otra cosa...". Fuerza Roja Sindical (FUROSIN), Randall Jiménez Leitón Secretario General, Acta ordinaria N° 58 del 19 de marzo de 2019: "Una empresa que le pone precio a la tarifa, una empresa que cobra el servicio por cuentas bancarias a nombre de la empresa, le paga a los prestatarios por medio de cuentas bancarias, fluctúa la tarifa de acuerdo a la demanda, más alta o más baja ¿Quién hace esto? La empresa de transporte no es una plataforma, es una empresa de transporte".

²⁰⁴ Asociación Nacional Transportes Terrestres y Afines para Movilidad Integral (ASOTRAMI), Rigoberto Aguilar Solís, Presidente, Acta ordinaria N° 63 del 9 de abril de 2019: "Entonces aquí, yo vuelvo a refirmar, nosotros somos un servicio público por lo tanto tendría que...si hacen un... cambian las reglas del juego, tendría el Estado y en este caso es el Estado el que tendría que ver cómo nos responde por nuestra concesión, por nuestros derechos que tenemos adquiridos ahí". Federación Nacional de Cooperativas de Taxi RL (FENACOOTAXI), Edwin Barboza Guzmán, Acta ordinaria N. ° 52 del 05/03/2019: "Se firma un contrato de concesión por diez años, un año después entra una empresa a distorsionar totalmente el mercado, a distorsionar el mercado y a causar una afectación al concesionario... Que indemnicen a los compañeros que le faltan seis años de contrato... Los ingresos del taxista han caído a un 50 % y a menos de un 50 % de lo que estaba...".

²⁰⁵ Unión de Taxistas Costarricense, Rubén Vargas Campos, Presidente. Acta ordinaria N° 53 del 6 de marzo de 2019: "Aquí hay algo que hay que aclarar y es que toda la gente nos dice: ¿Por qué ustedes pelean tanto contra UBER y no han peleado así contra los piratas? La pelea siempre la hemos dado. Lo que pasa es que los piratas representaban en nuestro desfase de trabajo un 10 ó 12 %, que se podría decir que era un margen de pérdida aceptable, y que era un pirata amigo que estaba en la esquina del barrio y la plata quedaba en el barrio, la plata quedaba en la comunidad. Hoy tenemos un pirata cibernético que se lleva la plata para un paraíso fiscal, le hace la capada del 30 % y nos devuelve esa plata, y esa irrupción de ese transporte nos representa casi un 70 % de menor ingreso".

²⁰⁶ Unión de Taxistas Costarricense, Rubén Vargas Campos, Presidente. Acta ordinaria N° 53 del 6 de marzo de 2019: "estamos a favor de este proyecto, solo que tiene ciertos cambios... porque nosotros estamos con una tarifa regulada por la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos y estos señores de las plataformas ponen la tarifa que el operador de la computadora mande".

²⁰⁷ Fuerza Roja Sindical (FUROSIN), Randall Jiménez Leitón Secretario General, Acta ordinaria N° 58 del 19 de marzo de 2019: "estamos de acuerdo siempre se respete el equilibrio económico, un treinta por ciento en relación con los taxis existentes".

decidir libremente, sin intervención del Estado, a quien comprarle el servicio de transporte²⁰⁸ y porque consideraban que el servicio ofrecido por las plataformas no debería regularse como si se tratara de un servicio público de transporte²⁰⁹.

La empresa Uber lo rechazaba por cuanto si bien aceptaba que su actividad estuviera sujeta a regulaciones²¹⁰, consideraba que el servicio que prestaba no coincidía con las características de un servicio público, cuya prestación no puede ser denegada por el conductor, como sí sucede en el caso de sus choferes²¹¹, además de que le restaría flexibilidad para tomar con rapidez decisiones sobre desconexiones de choferes por quejas en el servicio²¹², imponía límites a la contratación de choferes²¹³, a la vez que exigía una cuota de afiliación que más bien incrementaría el desempleo²¹⁴, e imponía seguros de responsabilidad que elevarían el costo del servicio al usuario y no coinciden con la naturaleza del servicio y de quienes lo ofrecen²¹⁵ y exige una inscripción en Hacienda de cada uno de ellos, cuando no existe administrativamente facilidades para ello²¹⁶. Respecto de esta última crítica que se hace a la administración tributaria, tampoco puede obviarse que el mismo Ministerio de Hacienda señalaba pocos días después de presentado el proyecto, la poca disposición colaborativa de Uber para suministrar el datos de sus choferes, pese a que en “reiteradas ocasiones” se lo había solicitado²¹⁷. Dificultades al acceso de la información que también se aprecian en la única demanda que contra Uber se ha presentado en el país, por uno de sus prestadores de servicios.

La oposición a que fuera considerada la actividad de transporte de personas por medio de una EPV un servicio público, también fue objeto de rechazo por los mismos colectivos de choferes

²⁰⁸ Asociación de Consumidores Libres (ACL), Juan Ricardo Fernández, Presidente, Acta ordinaria N° 63 del 9 de abril de 2019: “¿De quién es el mercado? ¿Es del Estado, es del gobierno, es de los políticos? No, el mercado es de los individuos, de los consumidores, que con su presupuesto toma decisión qué comprar y a quién comprárselo, verdad, en procura de su bienestar personal y su bienestar familiar”.

²⁰⁹ Consumidores de Costa Rica. Erick Ulate Quesada, Presidente y Gilberto Campos, Vicepresidente. Acta ordinaria N° 55 del 12 de marzo de 2019: “El proyecto nace con el afán de declarar la actividad como un servicio público y, en ese sentido, tiende a desnaturalizar la actividad sobre la cual se basan las plataformas de economía colaborativa... está diseñado conceptualmente, para limitar la entrada en operación de plataformas tecnológicas de economía colaborativa más allá, de permitir que esa regulación beneficie a los usuarios... la actividad de las plataformas de economía colaborativa se circunscriben en el ámbito privado”.

²¹⁰ Uber, Zoraida Rodríguez Montenegro, Directora de Relaciones Gubernamentales y Políticas Públicas para Centroamérica y Caribe. Acta ordinaria N° 65 del 23 de abril de 2019: “las regulaciones son necesarias...”.

²¹¹ *Ibid.*: “la declaratoria de servicio público que desnaturaliza el espíritu de la actividad... Esta declaratoria podría tener consecuencias importantes para el servicio como lo conocemos hoy en día... Los socios no podrían negar o interrumpir el servicio por razones de seguridad —por ejemplo—.”

²¹² *Ibid.*: “Por ejemplo con relación a los temas y las medidas de seguridad que nosotros tomamos, cuando hay un incidente en la plataforma... y desafortunadamente cuando es un servicio público, seguramente hay otros temas como el debido proceso, apelaciones y otros tipos de situaciones que nos impedirían tener la facilidad y la flexibilidad para que una persona que no debe estar ya sea como usuario o como socio, continúe en la plataforma”.

²¹³ *Ibid.*: “En cuanto al límite de la cantidad de personas que podían ser parte de la plataforma como socios, esta medida desconoce la realidad social que ya existen más de veintidós mil socios y sus familias, solo en UBER que generan ingresos al conectarse al APP”.

²¹⁴ *Ibid.*: “El alto costo de inscripción para los socios colaboradores... Se crean barreras innecesarias, especialmente para los socios que en su mayoría se conectan pocas hrs. a la semana”.

²¹⁵ *Ibid.*: “La creación de un seguro comercial, desconoce la innovación en materia de seguros, que a nivel global y local ha creado productos innovadores que ya operan bajo autorizaciones correspondientes en nuestro país, en los cuales cada viaje se encuentra asegurado, por lo tanto, el objetivo de política pública se encontraría satisfecha.... las personas que hacen UBER en su mayoría hacen menos de diez hrs. a la semana, entonces quiere decir que la mayor parte de su tiempo, el carro es un vehículo privado no un vehículo que lleva personas... No solo iría al usuario, sino que sería un encarecimiento a los costos del socio también”.

²¹⁶ *Ibid.*: “Hoy día no hay una forma para que un socio se registre bajo ninguna categoría... entonces habría que crear una categorización distinta”.

²¹⁷ Uber niega a Hacienda su lista de choferes en Costa Rica. 26 de enero del 2019, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/uber-niega-a-hacienda-su-lista-de-choferes-en/DAYAOXYZ7BEQLCV672QP3KABZU/story/> (consultado 8-11-19, 14:24 hrs.).

vinculados a ellas²¹⁸, quienes se opusieron a que el canon a su cargo no fuera proporcional al tiempo que dedicaban a esta actividad²¹⁹.

Desde la perspectiva fiscal, también había diversos temas pendientes de darle una solución definitiva, dada la complejidad de la relación entre el usuario, el prestador del servicio y las EPV. El pago si bien lo hacía el usuario, su destinatario era una empresa domiciliada en el extranjero, que luego ingresada parte de lo recibido nuevamente al país para que fuera entregado al prestador del servicio, quien podría ser eventualmente el obligado a entregar la factura por el servicio prestado al usuario²²⁰.

En lo que interesa, que es la naturaleza del vínculo contractual entre las EPV y el prestador del servicio, muy pocos sectores consideraron este tema como relevante y muy pocos legisladores propiciaron con sus intervenciones, consultas específicas sobre ello; con lo cual queda claro que el proyecto solo pretendía confirmar que era un trabajador autónomo, pero no adentrarse en la definición de las condiciones mínimas de bienestar social que aseguren para ellos un trabajo decente.

Para la Procuraduría General de la República, la calificación jurídica que debía recibir el vínculo entre las EPV y el prestador de servicio, se situaba dentro del ámbito de discrecionalidad del legislador²²¹, aunque también señalaba que “pareciera importante que se discuta más a fondo este tema”²²² de si era un trabajador autónomo o no. Aunque se podría haber esperado del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social una intervención más profunda del tema, este solo advirtió de la presencia de “indicios” de una relación de trabajo cubierta por el Código de Trabajo²²³.

De las múltiples partes intervinientes en el debate, solo opinaron sobre este mismo asunto el Ministerio de Obras Públicas y Transporte, los gremios de taxistas y la propia empresa Uber.

²¹⁸ Asociación de Conductores de plataformas tecnológicas para la movilidad: “No están de acuerdo con que sea un servicio público, ni que el CTP regule el servicio”. Asociación Privada de Movilidad Tecnológica y Afines (Aprimotec), Alfredo Román Salas, Presidente. Acta ordinaria N° 59 del 26 de marzo de 2019: “Para los sectores, el hecho de que se declare como pública o que se intente declarar como pública cae en un error jurídico... Los conductores de plataformas tecnológicas, no estamos, ni deseamos ser sometidos a un horario permanente de trabajo... No estamos interesados en que se realicen rutas específicas para la actuación del trabajo y mucho menos, estar sujetos a un principio de continuidad de prestación del servicio”.

²¹⁹ *Ibid.*: “Sin embargo, hay que acomodarlo de acuerdo a la cantidad de trabajo que realiza”.

²²⁰ Ministerio de Hacienda. Nogui Acosta Jaén, Viceministro y Carlos Vargas. Acta ordinaria N° 60 del 27 de marzo de 2019: “Lo cobramos como un impuesto de remesas para el caso de la empresa de plataforma, pero la empresa de plataformas en algún momento regresa una parte de ese cobro a un costarricense ubicado en el territorio nacional. Entonces, podría ser que este si está sometido al impuesto sobre la renta, podría estar tributando dos veces... El otro tema, es que no vemos reflejado la obligación de que los socios colaboradores estén sometidos al pago del impuesto de renta... Desde el punto de vista de nosotros como le decía, tenemos una indefinición de a quién se le está pagando el servicio, el cobro se realiza a través de una plataforma, pero el prestador de servicio es otro... Desde ese punto de vista la plataforma al ser una entidad o una persona jurídica que está localizada en el exterior, aun cuando preste un servicio en el territorio nacional, por estar ubicada en el exterior no le podríamos definir unas condiciones o requisitos en cuanto a la facturación, porque se sale de la esfera de competencia de la Dirección General. En el caso de los socios que son los que prestan el servicio directamente al usuario, pues ellos sí deberían emitir una factura electrónica sobre el servicio que están prestando que cumpla con las condiciones que establece la regulación interna.

²²¹ Procuraduría General de la República, Julio Jurado Fernández, Procurador General. Acta ordinaria N° 52 del 5 de marzo de 2019: “La determinación de la condición de los trabajadores o los conductores independientes, perdón, de los conductores como trabajadores independientes, que eso está en el proyecto de ley, lo cual obviamente, supone sustraerlos de cualquier relación de carácter laboral con estas empresas de plataformas de transportes... Eso —digamos— está en el ejercicio de la discrecionalidad del legislador”.

²²² OJ-028-2019 del 22 de marzo del 2019: “Sobre el particular, pareciera importante que se discuta más a fondo este tema, en orden a determinar, por las condiciones de prestación del servicio, si efectivamente no estarán presentes los elementos que hacen surgir una relación laboral con la empresa, sobre todo tomando en cuenta que a la luz de la normativa que se propone obviamente los conductores no estarán amparados por todos los beneficios que se reciben en una relación laboral, y las empresas se librarán entonces de todo pago al sistema de seguridad social”.

²²³ Ministerio de Trabajo, Steven Núñez Rímola, Ministro, Oficio N° MTSS-DMT-OF-512-2019 del 23 de abril de 2019: “hay indicios de que la relación entre conductores de las plataformas trabajadores de la empresa matriz o del dueño del vehículo es de índole laboral al mediar subordinación y cumplimiento de un horario”.

Para comprender estas intervenciones, debe tenerse en cuenta que la prestación de servicios por medio de las EPV puede ejecutarse, ya sea por los mismos propietarios de los vehículos o por personas que arriendan un vehículo de otro o por quienes son contratados a su vez como choferes para conducir vehículos de otros. Respecto de estos últimos, tanto el Ministerio de Obras Públicas y Transportes²²⁴ como algunos colectivos del gremio de taxistas²²⁵, señalan la necesidad de reconocer la existencia de una relación típicamente laboral. Tema sobre el cual, como ya se ha advertido antes, también se han pronunciado en el mismo sentido, los tribunales de trabajo. No obstante, en referencia, especialmente al primer escenario, aunque posiblemente extensible al segundo, únicamente insisten en que el trato sea el mismo que ellos reciben como trabajadores independientes, especialmente ante la Seguridad Social²²⁶, algo en lo que también está de acuerdo la propia empresa Uber²²⁷.

ii) Expediente N° 21250

Menos de dos semanas después de que se había iniciado el trámite parlamentario del expediente N° 21228; el día 5 de febrero de 2019, un grupo de diputados de diversas fracciones legislativas también presentó el proyecto de Ley Reguladora del Servicio de Transporte Privado Colaborativo, que se tramitaría bajo el expediente legislativo N° 21250. El texto, reconocen esos diputados, era una iniciativa que ellos respaldaban, pero que se origina en una propuesta de la Asociación de Consumidores de Costa Rica.

El proyecto se fundamentaba en que la “llegada de plataformas tecnológicas ha generado un impacto positivo en el proceso de libre competencia económica y libre concurrencia” en el mercado del transporte, que la libertad de elección de los consumidores se protege en el artículo 46 de la Constitución Política, que el Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos de América, República Dominicana y Centroamérica, tiene por principal objeto la remoción de los obstáculos a la libre transferencia comercial de bienes y servicios y especialmente garantiza el acceso a los mercados de las empresas extranjeras para que ellas puedan prestar servicios como el de transporte privado, al mismo tiempo que es “necesario adecuar las condiciones de los servicios que se ofrecen en modalidad de taxi para que puedan ser competitivos y que se beneficie a los usuarios con la posibilidad de elegir libremente su forma de movilizarse”. Por su fundamento ideológico, este proyecto se asemejaba al tramitado bajo el expediente N° 20518, que como se había indicado, fue archivado.

A partir de la argumentación expuesta, entre las principales diferencias que existirán comparando este proyecto de ley y el anterior (el tramitado también en el 2019 bajo el expediente legislativo N° 21228), se encuentran las siguientes: a) el servicio de transporte mediante plataformas es de naturaleza privada, no es un servicio público, por lo que estará regulado por el derecho civil o comercial; b) la relación entre el prestador del servicio y las EPV se declara expresamente como no laboral; y c) el Servicio de Transporte Privado Colaborativo se limita a poner en contacto, por medio

²²⁴ Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Rodolfo Méndez Mata, Ministro. Acta ordinaria N° 56 del 13 de marzo de 2019: “No podemos ignorar independientemente del nombre que se le dé al trabajador, que quien opera una unidad sin ser el propietario de la unidad, es un empleado y como tal tiene derecho a las garantías y beneficios de la legislación laboral costarricense. Independientemente de la plataforma a través de la cual el usuario y la empresa se comuniquen”.

²²⁵ Fuerza Roja Sindical (FUROSIN), Randall Jiménez Leitón Secretario General, Acta ordinaria N° 58 del 19 de marzo de 2019: “Se ha satanizado el asunto de tener choferes o tener una cuota, que esa cuota tiene una razón de ser. El chofer ayuda con los costos operativos, el seguro de trabajador independiente, el costo del vehículo, los cambios de aceite, los costos operativos, verdad. Entonces, se le cobra una cuota que significa esos costos operativos, y obviamente hay una relación directa obrero patronal”.

²²⁶ Foro Nacional de Taxistas, Gilberto Ureña Representante, Acta ordinaria N° 55 del 12 de marzo de 2019: “pero no le eliminen que cada uno de ellos que trabajan esa plataforma, no vayan a pagar la seguridad social, el seguro independiente que nosotros pagamos... Entonces, no nos quiten a nosotros que paguemos el seguro independiente de trabajadores, pero que vengan los que vienen y tengan que pagarlo”.

²²⁷ Uber, Zoraida Rodríguez Montenegro, Directora de Relaciones Gubernamentales y Políticas Públicas para Centroamérica y Caribe. Acta ordinaria N° 65 del 23 de abril de 2019: “Además de eso, el proyecto también reconoce que los socios son trabajadores independientes y reconoce que es una naturaleza importante del servicio, es que son trabajadores independientes y deben tratarse como tal”.

de las plataformas tecnológicas a consumidores y conductores privados colaborativos, sin estar sujetos a itinerarios, precios, rutas, frecuencias de paso ni a horarios fijos.

Luego, en términos similares al proyecto de ley anterior, si bien exige que las Empresas de Transporte Privado Colaborativo se inscriban en un Registro Nacional de este tipo de empresas a cargo del Ministerio de Obras Públicas y Transportes, reduce considerablemente el costo de inscripción o de renovación del permiso de operación a aproximadamente US\$8,000, además de exigirles que envíen al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, a la Caja Costarricense del Seguro Social y al Ministerio de Hacienda cada seis meses, la información de los prestatarios del servicio por medio de la plataforma; mientras que para los prestadores de servicio ordena crear en la Caja Costarricense del Seguro Social un Régimen de Servicio Colaborativo, distinto del régimen de aseguramiento de trabajadores independientes que ya existía y les exige que reciban de la empresa cierta capacitación, pero esta vez en servicio al usuario y prevención del acoso sexual, además de reducir el canon anual que deben pagar a US\$50.

Respecto de los concesionarios del servicio de transporte público modalidad taxi, les faculta para crear plataformas tecnológicas para ofrecer sus servicios, y les permite, a partir de la tarifa máxima que les fije la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos, transar un precio menor con el usuario, antes de iniciar el servicio.

De los proyectos hasta ese momento presentados, es el único que directamente califica la naturaleza jurídica del contrato de servicio entre la EPV y su conductor, para declararla como trabajo independiente o autónomo, pero al tomar tal decisión no se adentra en el estudio de los beneficios mínimos que requieren los prestadores del servicio para que les asegure un trabajo decente. Luego, su propuesta de crear un régimen especial de aseguramiento, distinto al de trabajadores independientes que ya administra la Caja Costarricense del Seguro Social, tampoco se justifica en la iniciativa de ley, de manera que no se da a conocer con exactitud los motivos por los cuáles debe diferenciarse a este colectivo de los demás, a pesar de ser su trabajo de igual naturaleza.

Este segundo proyecto, recibió un dictamen unánime negativo por parte de la Comisión Permanente de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa encargada de su estudio, el 19 de noviembre de 2019, por lo que se archivó en forma definitiva.

iii) Expediente N° 21567

Estando en trámite de estudio las dos iniciativas anteriores (expedientes N° 21228 y N° 21250), una tercera se presentó el 29 de agosto de 2019; se trata del proyecto de ley de Protección de la Persona Trabajadora de Plataformas Digitales de Servicios, mediante adición de un nuevo capítulo XII al Título II del Código de Trabajo, Ley N° 2 de 27 de agosto de 1943 y sus reformas, que se tramita bajo el expediente legislativo N° 21567. El Proyecto fue remitido el 15 de octubre de 2019 a la Comisión encargada de su estudio, quien deberá dictaminarlo. Se trata del proyecto de ley que con menos apoyo se presenta, suscrito por una sola diputada de la Asamblea Legislativa.

Por su medio se pretende incluir dentro de la lista de contratos de trabajo el de las personas colaboradoras de las EPV, para que se beneficien también de los beneficios reconocidos por la legislación laboral y para ello se propone adicionar al título segundo del Código de Trabajo, un capítulo décimo segundo intitulado: "Del trabajo en las plataformas digitales de servicios".

En lo sustancial, el proyecto empieza por disponer que: "Salvo que la persona colaboradora esté asegurada como persona trabajadora independiente ante la seguridad social del Estado, se presume la existencia de relación laboral entre aquella y la organización o empresa administradora de la plataforma digital de servicios".

Luego, se delimitan los alcances y efectos de la presunción, para disponer que partiéndose de ella: a) carecerá de toda validez legal cualquier alegato de subordinación flexible o atenuada que oponga la empresa y b) carecerá de efecto, la denominación del respectivo instrumento contractual.

Por lo demás, se permitirá fijar una “jornada autónoma” que responda a las necesidades de conexión de las partes, siempre que se respete el máximo legal de 12 horas, por lo que se entendería, a falta de mayores indicaciones en el proyecto, que se trata de un supuesto más a los previstos en el artículo 143 del Código de Trabajo, como excepción al límite de la jornada ordinaria.

Entre las opiniones recibidas interesa citar, la del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social²²⁸, quien señala que: a) una relación tendrá naturaleza laboral si se manifiesta o presenta, aunque sea en forma tenue o potencial, la subordinación jurídica, lo que no es una tarea “del todo sencilla, pues la variedad de formas de organización empresarial actuales ha hecho que las relaciones típicas laborales de hace varios años, con una estructura vertical jerarquizada, de fácil individualización de las partes de la relación, presenten matices que tornen la subordinación jurídica diluida o casi imperceptible, a veces bajo intrincados esquemas de descentralización productiva, a los cuales se les ha denominado zonas grises”; b) aunque no existen antecedentes judiciales donde se analice la prestación del servicio de transporte a partir de la incursión de plataformas tecnológicas de servicios, sí existe jurisprudencia que analiza el contrato de trabajo y sus diferencias en relación al contrato de transporte, de los cuales se desprende que en el estudio del caso particular, debe prestarse importancia a: “la propiedad del instrumento de trabajo, es decir, en la mayoría de casos el vehículo, quién se encarga de su cuidado, reparaciones y pago de pólizas; quién asume los riesgos de las labores, daños a las personas o mercaderías; uso de instalaciones, instrumentos o vestimenta de la empresa; libertad en el ejercicio de la actividad; cumplimiento de un horario fijo”; de modo que “si un trabajador es propietario del vehículo que conduce, si es quien asume el pago de las reparaciones del automotor, si es quien paga los derechos de circulación y pólizas, si ejerce su actividad bajo su propio riesgo, si no recibe instrucciones de cómo ejercer su actividad, si no tiene supervisión superior, ni es sancionado, si escoge las horas en que prestará el servicio, la inexistencia de exclusividad para con la empresa que lo agrupa, si no tiene que utilizar logotipos de la empresa, si tiene control sobre su ámbito de acción, sobre su forma de trabajar, dispone en total libertad de sus lineamientos operacionales, para solo citar algunos indicios, es posible que estemos en presencia de un trabajador autónomo e independiente. En sentido contrario, la presunción de laboralidad marcaría el caso respectivo”; y c) debe tenerse presente que, conforme al Principio de Primacía de la Realidad, “es más importante analizar lo que sucede en el día a día de la relación contractual o laboral, que lo establecido en la letra del contrato, que puede ser hasta contradictorio o distante de la realidad”.

Con fundamento en lo anterior y como recomendación técnica sobre el Proyecto de Ley, el Ministerio de Trabajo señala: a) “apresurado el legislar para establecer una presunción de laboralidad en los servicios prestados para estas plataformas”; b) “desafortunado” que se “establezca una excepción para dicha presunción, cuando la persona colaboradora esté asegurada como trabajadora independiente ante la seguridad social del Estado”; c) “ante las múltiples formas en que puede darse la prestación del servicio en estas plataformas y la presencia de indicios de subordinación e intensidad con que se manifiesten, deberán ser los tribunales de justicia quienes valoren caso a caso si se está o no en presencia de una relación laboral”; y d) “en lugar de legislar para establecer la presunción de la relación laboral en este tipo de servicios, se establezcan pautas no taxativas que orienten al juzgador en su labor de determinar la naturaleza laboral de las relaciones entre trabajadores y las plataformas digitales, como podrían ser: 1) existencia o no de la prestación personal de servicio; 2) exclusividad en la prestación de las labores; 3) la retribución es fija y periódica; 4) sometimiento a jornada y horario; 5) imposibilidad de rechazar el trabajo encomendado; 6) se le proveen herramientas y materiales

²²⁸ Oficio N° MTSS-DMT-OF-1711-2019 del 13 de noviembre de 2019.

de trabajo; 7) debe vestir uniforme o los atuendos o vehículo deben llevar el logotipo de la empresa; 8) recibe instrucciones de cómo ejercer su actividad; 9) es supervisado y puede ser sancionado; 10) no es propietario del vehículo que conduce ni asume el pago de las reparaciones del automotor, derechos de circulación y pólizas"; y e) dado que se está ante un panorama "donde la subordinación y dependencia, como criterios tradicionales que separan el trabajo en subordinado del independiente, no cubren a las nuevas formas de trabajo", que "la doctrina y la jurisprudencia internacional no son uniformes en sus propuestas y a nivel nacional tampoco contamos con una línea jurisprudencial clara que permita dilucidar el camino a seguir", que "la realidad es que las modalidades de empleo van a seguir cambiando en la medida que aparezcan nuevos desarrollos tecnológicos que generen plataformas" y a "lo casuístico que puede resultar el determinar si existe o no relación laboral", que se "considera inapropiado decantarse por el establecimiento a nivel normativo de la presunción de existencia de la relación laboral en este tipo de labores".

Para el Ministerio de Salud²²⁹, establecer una presunción a partir de la inexistencia de una afiliación como trabajador independiente a la Seguridad Social, establece una diferencia de trato que va en sentido contrario, en un periodo de desaceleración económica, al esfuerzo que realiza el Gobierno, que "intenta de múltiples formas reactivar la economía" y "retener a las empresas que brindan empleo a miles de costarricenses".

En consideración del Instituto Nacional de las Mujeres²³⁰, el proyecto: a) no considera que existen diferencias entre las EPV, sobre la forma en la que se llega a cabo la prestación del servicio, de modo que la propuesta no puede ser generalizada, sino que por el contrario, "debe ser diferenciada", de allí que establecer cuando existe una relación obrero patronal "es bastante complejo y merece un estudio a profundidad", que deberá realizar el juez; b) en las EPV podrían existir una "conurrencia" de contratos, no necesariamente todos ellos laborales y además una pluralidad de protagonistas, "por lo anterior, creemos que no resulta apropiado ni conveniente invocar el principio de contrato realidad cuando estamos ante una modalidad del trabajo compleja donde se satisfacen intereses de varias partes" y "donde las condiciones para la prestación de servicio varían de una plataforma a otra"; c) "la posibilidad de establecer la existencia de una relación de empleo... no debe condicionarse al hecho de si la persona trabajadora o colaboradora se inscribió o aseguró como trabajadora independiente o no, sino más bien a las condiciones laborales establecidas entre las partes involucradas para la prestación", además, "sería dar un trato diferenciado entre iguales" y "podríamos tener dos grupos de personas trabajadoras con modalidades iguales de trabajo, donde unas podrían considerarse como personas trabajadoras independientes y otras con relaciones laborales y prestando servicios para las mismas plataformas"; d) "Una plataforma digital en la que se otorgue la posibilidad de trabajar bajo sus propias condiciones o la del usuario no cumple con lo establecido para aplicar el contrato realidad por no existir una relación de empleo, por ejemplo: Libertad de elección horaria, Opción de aceptar brindar el servicio o no, Aceptar la cantidad de servicios que desea realizar, donde de no se les "obligue" a cumplir con un mínimo de ellos o meta, Tener la posibilidad de rechazar el servicio incluso habiendo sido aceptado de inicio, Libertad de elegir la ruta que llegar al destino final, fijado por el usuario, Prevalencia de la relación de quien presta el servicio y el usuario, El usuario es quien establece la características del servicio o producto a adquirir y su forma de entrega". Esta forma de prestar el servicio es la que en definitiva marcaría la pauta para afirmar que se trata de personas trabajadoras independientes y el de una relación de empleo"; e) "En definitiva habría que considerar como indicamos, los casos en que las plataformas digitales, más que definir las pautas o dar instrucciones, inciden en lo que define al contrato de trabajo como tal y que tiene que ver con establecer horarios, supervisar o tener control de la

²²⁹ Oficio N° MS-DM-GA-6213-2019 del 29 de octubre de 2019.

²³⁰ Oficio N° INAMU-PE-0733-12-2019 del 5 de diciembre del 2019.

prestaciones del servicio y el salario y definir también si este se prestará por horas según las posibilidades de la persona trabajadora”.

La Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica²³¹ indicó que: a) solo algunas EPV podrían ser abarcadas en el concepto legal de economía colaborativa; b) no se establecen criterios para distinguir a un trabajador autónomo de uno que goza de derechos laborales; c) debe presumirse de inicio la relación de trabajo, sin permitir que se desnaturalice por la sola existencia de una subordinación flexible o atenuada y si bien, puede exceptuarse a quien se haya afiliado como trabajador independiente a la seguridad social, ello será válido siempre que no implique la renuncia de sus derechos laborales; y d) la introducción del concepto de “jornada autónoma” debería responder a un estudio a profundidad de esta condición de trabajo.

Para el Ministerio de Planificación Nacional y Política Económica²³², “la dualidad de alternativas que propone el proyecto (régimen civil vs. régimen laboral) podría ser eventualmente aprovechado por la parte empresarial que utilizará como ventaja el tratamiento civil y lo impondrá como requisito para la contratación del colaborador”.

La Defensoría de los Habitantes²³³ por su parte, realizó las siguientes observaciones: a) “El que la persona esté registrada como trabajador independiente no debería ser una excepción para el reconocimiento de la relación laboral, pues estas empresas podrían exigir a los colaboradores asegurarse para evadir responsabilidades laborales y con ello, contribuimos a la precarización del trabajo, por lo que esta excepción no debe expresarse”; b) “es importante que se desarrolle de manera expresa las condiciones que hacen concluir que se está frente a una relación de trabajo; por cuanto las características tradicionales que conforman la relación laboral resultan insuficientes para las nuevas formas de trabajo, por lo que, para evitar contradicciones es pertinente reformar el actual artículo 4 del Código de Trabajo de forma que, se incluyan los elementos a valorar para determinar la existencia de una relación laboral cuando la misma exista a través de una plataforma digital”; c) “es importante que el proyecto tome en consideración las 18 propuestas para garantizar un Trabajo Decente en las plataformas tecnológicas que plantea la Organización Internacional del Trabajo”, en referencia al estudio de 2019²³⁴; y d) “Es necesario que se establezca el derecho a desconexión digital que permita a los trabajadores disfrutar de sus tiempos libres o decidir sin repercusiones cuándo trabajar y cuando no... Aunado al hecho de obligar a la empresa a fijar una jornada mínima para que la empresa no los desconecte unilateralmente de la plataforma”.

²³¹ Oficio N° FD-3443-2019 del 28 de octubre de 2019.

²³² Oficio N° DM-1600-2019 del 21 de octubre de 2019.

²³³ Oficio N° DH-CGA-DAL-0890-2019 del 28 de octubre 2019.

²³⁴ OIT. *Sobre las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*. Ginebra, 2019: 1. Los trabajadores no deberían clasificarse como independientes si en la práctica son empleados, 2. Permitir a este tipo de trabajadores que ejerzan sus derechos a la libertad sindical y a la negociación colectiva; 3. Garantizar el salario mínimo vigente en el país de residencia de los trabajadores; 4. Garantizar la transparencia en los pagos y las comisiones cobradas en las plataformas; 5. Garantizar que los trabajadores puedan rechazar tareas; 6. Cubrir los costos por el trabajo perdido a causa de problemas técnicos en la plataforma; 7. Adoptar reglas estrictas y justas en materia de ausencia de pagos; 8. Garantizar que los términos del servicio estén redactados de manera clara y concisa; 9. Informar a los trabajadores de las razones de las evaluaciones negativas que reciben; 10. Adoptar y aplicar códigos de conducta claros para todos los usuarios de las plataformas; 11. Garantizar que los trabajadores puedan apelar una ausencia de pago, evaluaciones negativas, resultados de pruebas de calificaciones, acusaciones de infracciones del código de conducta y suspensiones de cuentas; 12. Crear sistemas para la evaluación de los usuarios que sean tan exhaustivos como los de evaluación de los trabajadores; 13. Garantizar que las instrucciones sean claras y que sean validadas antes de publicar cualquier trabajo.; 14. Permitir a los trabajadores que entablen una relación laboral con el usuario fuera de la plataforma sin tener que pagar una tasa desproporcionada; 15. Informar a los trabajadores sobre la identidad de los usuarios y el objetivo de las tareas; 16. Permitir que los trabajadores puedan consultar y exportar su historial y trabajo de forma legible por humanos y máquinas; 17. Garantizar que los usuarios y los operadores de plataforma respondan de manera rápida, educada y sustantiva a las comunicaciones de los trabajadores; y 18. Indicar claramente y de manera estandarizada las tareas que puedan acarrear un estrés psicológico o puedan generar daño.

Como puede observarse del estado actual de discusión del proyecto y eso ya significa un progreso en el debate parlamentario existente, hay diversas clases de EPV, a cuya tipología ya nos hemos referido antes, que imposibilita realizar generalizaciones sobre la naturaleza jurídica del vínculo entre aquella y los prestadores del servicio.

Por otra parte, el proyecto tiene algunas imprecisiones técnicas, que ya han sido advertidas; la principal, la que tiene que ver con la forma en la que establece la presunción de laboralidad. Dada la vigencia del principio contrato realidad, aunque la propuesta legislativa no lo indique, debe entenderse que el aseguramiento formal como trabajador independiente no puede constituirse en un obstáculo para que, demostrándose los requisitos que delimitan una relación de trabajo, ésta sea declarada como tal, anulándose la inscripción a la seguridad social en fraude de ley.

La decisión de si debe ser el juez quien determine la naturaleza jurídica del vínculo contractual o el legislador, es en efecto, una opción de política legislativa; al igual que lo sería declarar que el prestador del servicio es o no trabajador autónomo o subordinado. No obstante, una decisión que, si bien es política, no puede adoptarse sin antes considerar razones técnicas jurídicas y de política social que deben incorporarse en el análisis del proyecto y que podrían requerir de una revisión de las categorías tradicionales por medio de las cuales se determina la existencia de una relación laboral.

Si la decisión fuera que se reserve a una decisión judicial, como varias veces se propone, debe tenerse presente que los listados de indicios tradicionales, a los que se hace referencia en distintas intervenciones de los sectores consultados, requieren de una adaptación a esta nueva realidad social, económica y tecnológica, y ello podría no ser posible, solo con la expresión de buenas intenciones, como lo han decidido otros países, que han llevado al texto de la ley, algunas limitaciones o rectificaciones a la prueba de indicios, para seguridad de todos.

Un debate en todo caso, que presagia que no seguirá adelante, al ser una iniciativa que requiere de grandes ajustes técnicos y carece de apoyos políticos significativos.

iv) Expediente N° 21587

El 11 de setiembre de 2019 se presentó a trámite el proyecto de Ley Reguladora de los Servicios de Transporte de Personas por medio de Plataformas Tecnológicas, que se tramita bajo el expediente legislativo N° 21587. El Proyecto fue remitido el 28 de octubre de 2019 a la Comisión encargada de su estudio, quien deberá dictaminarlo.

La propuesta de ley es una construcción que resulta del trabajo de todas las fracciones políticas representadas en la Comisión de Asuntos Económicos de la Asamblea Legislativa y que tuvieron a su cargo el estudio del expediente N° 21.228 y que en su oportunidad votaron el dictamen negativo que originó su archivo. Por consiguiente, eliminaron del texto los principales temas que habían sido considerados como posiblemente inconstitucionales y que en buena medida, propiciaron su rechazo.

Para sus proponentes, esta vez se busca establecer un "sano equilibrio"²³⁵ entre taxistas y las EPV, con el fin de garantizar una mayor competitividad entre los diferentes oferentes de servicios de transporte de personas y mejorar la calidad del servicio que se brinda en beneficio del usuario final.

El objetivo del proyecto de ley es crear el marco normativo que regule la operación en el país de los servicios de transporte de personas por medio de las EPV, que se declara de inicio una actividad privada.

²³⁵ Tarifas, hrs. de trabajo y obligaciones para choferes de Uber y taxistas en el nuevo proyecto de ley. 17 de setiembre de 2019, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/tarifas-hrs.-de-trabajo-y-obligaciones-para/DPEKS7FZ4ZCUJNPENYOYDUKLUHUY/story/> (consultado 7-11-19, 9:51 hrs.).

El servicio de transporte de personas por medio de las EPV no estará sujeto a precios fijos, itinerarios, rutas, horarios, ni frecuencias; todo un reto para plataformas que no se limitan a la intermediación, como Uber.

La Empresa debe registrarse ante el Ministerio de Obras Públicas y Transportes como tal, aportando entre otros requisitos, la certificación de su inscripción como contribuyente en la Dirección General de Tributación y ante la Caja Costarricense de Seguro Social, así como hacer un pago inicial de aproximadamente US\$16,173. Además, debe: a) crear y mantener actualizado un registro interno o base de datos de los conductores y vehículos acreditados y registrados en las EPV; b) brindar al usuario un comprobante por cada servicio realizado por medio de las EPV; c) remitir al Ministerio de Obras Públicas y Transportes, de manera trimestral, el listado de los conductores; d) emitir a cada conductor un perfil o identificación digital que permita demostrar su inscripción, el cual deberá ser utilizado por todos los conductores acreditados ante la empresa; e) vigilar, al menos semestralmente, que las pólizas de seguros se encuentren vigentes; f) establecer un sistema de protección al usuario, que permita limitar la cantidad de tiempo que un conductor acreditado se mantiene conectado; g) emitir políticas y procedimientos para fomentar la seguridad de la persona usuaria, evitar el acoso sexual y la discriminación del conductor, así como en general, políticas para el control y la seguridad del servicio que brindan a través de las EPV; h) establecer esquemas de precios actualizados que deberán ser de conocimiento y fácil acceso para las personas usuarias y conductores acreditados; e i) habilitar por medio de la plataforma un mecanismo para la evaluación del conductor acreditado y de la persona usuaria del servicio.

El conductor deberá acreditarse ante la denominada Empresa de Servicios de Transporte de Personas por medio de la plataforma, pero no se le exigirá estar sujeta al otorgamiento de concesiones, permisos o autorizaciones gubernamentales, para brindar el servicio de transporte, al considerarlo como un servicio privado. Para ello, solo tendrá que: a) acreditar que se encuentra debidamente inscrito y al día como trabajador independiente ante la Caja Costarricense de Seguro Social (CCSS); b) demostrar su inscripción como contribuyente en el Ministerio de Hacienda. Pero también, al prestar el servicio, está obligado, entre otros requerimientos, a portar la identificación o perfil digital correspondiente que lo acredite como conductor ante la empresa y a recoger solamente personas usuarias en la vía pública teniendo un contrato previo de movilidad mediante la plataforma. Se le exigirá pagar un canon por derecho de operación, muy similar al del taxista, del 20% del salario base y el vehículo acreditado que utilice deberá estar cubierto por una póliza de seguros que cubra íntegramente la responsabilidad contractual y extracontractual por lesiones, muerte o daños a terceros y si se encuentra vencida o sea menor a lo exigido, la empresa responderá solidariamente.

Como se señalaba, en protección a la persona usuaria y paradójicamente, no en protección del prestador de servicios, la empresa debe regular la cantidad de horas que podrá mantenerse conectado un conductor, con el fin de evitar la sobrecarga y minimizar los riesgos asociados al cansancio por la conducción, por lo que: a) Ningún conductor excederá las 12 horas diarias de conexión, ya sean de forma consecutiva o fragmentada; y b) Si se alcanza el límite de 12 horas de conexión en un mismo día, el conductor no podrá reconectarse hasta pasadas 8 horas de pausa.

Quienes ofrecen el servicio de taxi, se les permite que la tarifa que apruebe la Autoridad Reguladora de los Servicios Públicos se considere como un precio máximo de referencia, por debajo de la cual, el taxista y el usuario podrán convenir un precio menor por el servicio.

Aunque los gremios de taxistas ya habían anunciado días antes de la presentación de este nuevo proyecto que estaban dispuestos a renunciar a cualquier clase de compensación económica por sus concesiones, con tal que de que se establecieran reglas a las EPV²³⁶, una vez presentado el proyecto lo criticaron y ello provocó nuevas protestas en octubre de ese año, al considerar que reflejaba el interés de sus proponentes de convertir el transporte de personas en un servicio privado, para así legalizar la actividad de las EPV como Uber y Lyft²³⁷, además, de permitir que hasta tres choferes se registren por cada vehículo, sin limitar tampoco la cantidad de estos últimos. En cuanto a la posibilidad de negociar la tarifa, tampoco la consideraron una medida flexibilizadora que les beneficiara y, por el contrario, ayudaría a los transportistas ilegales. En ese sentido, para el Foro Nacional de Taxis: “Ese proyecto nuevo es una camisa, pantalón, zapatos, corbata y saco a la medida de Uber”²³⁸.

Aunque este último proyecto de ley es técnicamente mejor que el enviado por el Poder Ejecutivo a inicios del 2019 y corrige los roces constitucionales que habían sido advertidos que tenía el proyecto tramitado bajo el expediente N° 21228, se sigue considerando que los prestadores del servicio son trabajadores independientes, tanto así que se les remite al régimen que para ellos tiene la Seguridad Social. Luego, aun cuando se pudieran calificar de tales, reserva a las EPV una serie de prerrogativas que son incompatibles con la condición de trabajador autónomo, como el exigir a este último que promoció y refleje la marca de la empresa, o que la empresa pueda imponer el precio que puede cobrar por el servicio y lo somete a una evaluación directa del usuario bajo los parámetros que fijan las EPV. A lo anterior se agrega, que otras medidas como la limitación horaria está en función de la protección al usuario, confirmando que el objetivo de la propuesta, que es la que mayor probabilidad tiene de ser aprobada, es el equilibrio de las condiciones de competencia entre las EPV y los gremios de taxistas y la protección del consumidor. En este escenario, el prestador de servicios está invisibilizado.

2. La naturaleza del vínculo y la intervención de las autoridades administrativas y judiciales encargadas de definir el régimen jurídico aplicable

Desde que se hizo visible la presencia de las EPV, para ofrecer servicios igualmente virtuales o geolocalizados, son pocas las oportunidades en las que las instituciones gubernamentales del Poder Ejecutivo con competencias en materia de trabajo y seguridad social o fiscal se han pronunciado sobre la naturaleza del vínculo contractual existente entre estas empresas y quienes colaboran en ellas. En la mayor parte de los casos, las intervenciones ocurren con motivo de las audiencias conferidas por las Comisiones Legislativas en el curso del dictamen de un proyecto de ley.

Por su parte, las autoridades judiciales no se han pronunciado sobre esta nueva modalidad de trabajo, aunque como ya es público, existe una demanda judicial en trámite.

Las decisiones administrativas

Le ha correspondido al Ministerio de Trabajo y Seguridad Social pronunciarse sobre los proyectos de ley presentados para regular la presencia en el mercado nacional de las EPV relacionadas con el sector de servicios geolocalizados y específicamente en transporte de personas. Sus dictámenes se refieren en específico a los proyectos tramitados bajo los expedientes legislativos N° 21228 y N° 21567.

²³⁶ Taxistas renuncian a compensación económica con tal de impulsar ley para regular Uber. 5 de setiembre del 2019, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-renuncian-a-compensacion-economica-con/DHKGJKKXKRFMHIRFBS5WXHGTOA/story/> (consultado 7-11-19, 9:58 hrs.).

²³⁷ Taxistas se manifestaron contra Uber frente a la Embajada de los Estados Unidos. 8 de octubre de 2019, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-avanzan-rumbo-a-san-jose-en-nueva-jornada/5WBGCRAR4JDFJFDKJUTJTBWZI/story/> (consultado 7-11-19, 9:45 hrs.).

²³⁸ Taxistas califican de “burla” y “adefesio” nuevo plan de ley para regular plataformas de transporte como Uber. 12 de setiembre de 2019, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/taxistas-declaran-enojo-y-frustracion-por-nuevo/NFFB6HZWMFC23HILLV7IGEG75I/story/> (consultado 7-11-19, 9:54 hrs.).

En el primero de ellos²³⁹ y como ya lo hemos reseñado, advirtió de la presencia de “indicios” de una relación de trabajo cubierta por el Código de Trabajo; en el segundo²⁴⁰, de manera más extensa, dada la intencionalidad del proyecto, enlistó los indicios que —en grado de probabilidad— permitirían analizar si el vínculo es o no de naturaleza laboral —propiedad del vehículo que conduce, pago de las reparaciones del automotor, pago de los derechos de circulación y pólizas, titularidad de quien asume el riesgo de la actividad, instrucciones de cómo ejercer la actividad, supervisión superior, sanciones, libertad de escoger el horario, exclusividad, uso de logotipos de la empresa, control sobre su ámbito de acción, forma de trabajar y existencia de lineamientos operacionales—.

Como se observa, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social no ha terminado de dar una calificación jurídica al caso concreto de quienes prestan el servicio por medio de las EPV como Uber, a pesar de que es el modelo mejor conocido por los funcionarios públicos y en general, por una gran cantidad de ciudadanos usuarios del servicio, limitándose a recordar o formular criterios de análisis, para que sean otros los que finalmente lo hagan.

En todo caso, ya hay varias consultas presentadas durante el 2019 a la Dirección Jurídica del Ministerio de Trabajo, solicitando un criterio concreto sobre el tema, las que deberían ser resueltas durante el 2020.

Por su parte, la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Trabajo²⁴¹ no tiene programado acciones encaminadas a fiscalizar las condiciones de trabajo de los prestadores de servicios en las EPV, ni tampoco han recibido denuncias contra estas, por lo que no se han levantado, al menos hasta marzo del 2020, actas de infracción.

Luego, como ha señalado el Ministerio de Obras Públicas y Transporte²⁴², durante la tramitación del expediente legislativo N° 21228, hay quienes prestan el servicio a las EPV con vehículo propio o propiedad de un tercero, que es el caso que examinamos y otro distinto, quien es contratado como chofer por el dueño del automotor, cuyo caso se asemeja al modelo de empleo utilizado por concesionarios de servicios de taxis, respecto del cual el citado ente gubernamental señala directamente la existencia de una relación típicamente laboral.

La Caja Costarricense de Seguro Social²⁴³ sigue inscribiendo a los choferes de Uber como trabajadores independientes en el régimen especial que para ellos existe, lo que coincide con la propuesta que todos los proyectos de ley presentados, con excepción del tramitado bajo el expediente legislativo N° 21567, han realizado.

La entidad aseguradora aún no cuenta con una infraestructura de vigilancia y control sobre aquellas personas que prestan sus servicios en las EPV, y aunque estiman que actualmente es imposible realizar una adecuada inspección, si son conscientes de la necesidad de un cambio en cuanto a la forma de hacer la inspección en estas nuevas modalidades de trabajo, a diferencia de la que tradicionalmente se ha realizado, lo que exigirá un cambio cualitativo y crear estrategias que permitan identificar a las personas que realizan trabajos a nivel virtual. Sin embargo, debe tenerse presente que actualmente, el personal que dispone la Dirección de Inspección, solo tiene capacidad para atender la demanda regular de sus servicios por parte de trabajadores que no participan de las plataformas virtuales.

²³⁹ Ministerio de Trabajo, Steven Núñez Rímola, Ministro, Oficio N° MTSS-DMT-OF-512-2019 del 23 de abril de 2019: “hay indicios de que la relación entre conductores de las plataformas trabajadoras de la empresa matriz o del dueño del vehículo es de índole laboral al mediar subordinación y cumplimiento de un horario”.

²⁴⁰ Oficio N° MTSS-DMT-OF-1711-2019 del 13 de noviembre de 2019.

²⁴¹ Entrevista con Erick Briones Briones, Director Jurídico de la Dirección Nacional de Inspección del Ministerio de Trabajo, diciembre de 2019.

²⁴² Ministerio de Obras Públicas y Transportes, Rodolfo Méndez Mata, Ministro. Acta ordinaria N° 56 del 13 de marzo de 2019.

²⁴³ Entrevista con Marianne Pérez Gómez de la Gerencia de Pensiones de la CCSS, realizada el 2 de diciembre de 2019 y con Odilie Arias y Sinmen Sánchez Li, de la Dirección de Inspección de la CCSS, realizada el 18 de marzo del 2020.

Para el Ministerio de Hacienda y la Dirección General de Tributación Directa, la naturaleza del vínculo jurídico entre las EPV y los prestadores de servicio no es un tema relevante desde la perspectiva fiscal. De hecho, las preocupaciones institucionales responden a otras prioridades y se orientan a instaurar las acciones y controles apropiados para que las EPV paguen el impuesto de renta sobre sus ganancias y que al facturar el servicio a los usuarios se incorpore el impuesto de valor agregado.

Respecto de los conductores de Uber, si bien el sistema de recaudación permite que se inscriban como trabajadores independientes y realicen sus declaraciones y el pago de sus impuestos virtualmente²⁴⁴, también ha señalado el Director General de Tributación Directa “que, pese a ser una obligación legal y moral, cualquier chofer de Uber podría no declarar sus ganancias y no hay forma de corroborarlo pues Uber tampoco las reporta”²⁴⁵.

En definitiva, no hay ninguna acción de políticas públicas en ejecución, tendiente a regular las condiciones de trabajo de los prestadores de servicios por medio de plataformas virtuales; aunque su registro como contribuyentes al impuesto de renta y su inscripción en el régimen del seguro social, en ambos casos como trabajadores independientes, no representa ninguna dificultad. Tema aparte es la evasión y el subregistro de ingresos. Dada la naturaleza de los servicios, especialmente si son totalmente virtuales, y la escasa o nula información que suministran las EPV, el reto de erradicar la evasión sigue siendo el desafío principal, y es precisamente a él hacia donde se dirigen las iniciativas legislativas en el específico campo de los servicios geolocalizados de transporte.

Las decisiones judiciales

Como ya se advertía no hay resoluciones judiciales que hayan tenido que decidir la naturaleza jurídica del vínculo contractual entre las EPV y los prestadores de servicio; sin embargo, a inicios de julio del 2019 se presentó la primera demanda judicial ante el Juzgado de Trabajo del Primer Circuito Judicial de San José, en la que ello deberá resolverse.

En este caso, el demandante alega ser trabajador de la empresa Uber, en la que prestó sus servicios como chofer en vehículos de su propiedad, durante un espacio de aproximadamente 4 años.

La descripción de su forma de trabajo coincide a grandes rasgos con las condiciones en la que prestan sus servicios los trabajadores de la misma multinacional en otros países y que han dado lugar a actas por infracciones levantadas por los servicios de inspección del trabajo y a resoluciones judiciales en las que se ha declarado la existencia de la relación de trabajo. A saber, entre otros, que: a) la empresa “controla” la prestación del servicio por medio del procedimiento de evaluación que realizan los propios usuarios, pues de una puntuación alta depende la asignación de más servicios, de mejor calidad y distancia y de que no se proceda a su desconexión si baja de una determinada puntuación; b) la empresa imparte “órdenes” sobre cómo debe conservarse el estado de presentación al usuario del vehículo (lavado, encerado, perfumado, sin olor a cigarrillo, tanque lleno de combustible, uso de aire acondicionado, disponibilidad de cables de carga para diferentes celulares, vestimenta, servicio de internet y bluetooth, espacio en la cajuela para transporte de mercadería del usuario y pago de una póliza adicional a la que debe pagar el vehículo de manera anual, por daños a terceros); c) la empresa asigna la ruta por medio de la plataforma y no puede variarla; d) la empresa exige exclusividad, por lo que mientras se está conectado a la plataforma no se puede tener otra aplicación abierta de una empresa de la competencia; e) la empresa solo le atiende personalmente al momento de reclutarlo e inscribir el vehículo y no responde regularmente los correos; f) la empresa no asume los daños y

²⁴⁴ Entrevista don Jenny Delgado, Subdirectora de Administración de Canales y Directora de Servicio al Contribuyente, Ministerio de Hacienda, 3 de diciembre de 2019.

²⁴⁵ Director de Tributación: ‘La regulación de plataformas digitales es un tema de preocupación mundial’, disponible en https://www.teletica.com/216924_director-de-tribucion-la-regulacion-de-plataformas-digitales-es-un-tema-de-preocupacion-mundial (consultado 24-2-20, 19:58 hrs.).

perjuicios ocasionados en los vehículos o en su integridad física, por actos vandálicos, asaltos, o accidentes; y g) la forma de despedirlo es mediante un comunicado en la que se le comunica que se le desconecta de la aplicación.

El demandante alega que su despido se debe a discriminación por su condición de discapacidad y por ser un líder activo en la defensa de los derechos de los conductores contra las acciones adoptadas por la empresa. Señala que es Presidente de la denominada Asociación de Plataformas Tecnológicas y que desde que logró que miles de choferes le siguieran en un acto de suspensión de actividades, apagando la aplicación, ha sufrido persecución.

En lo que respecta a su reclamo, con algunas imprecisiones que el juez deberá resolver, solicita principalmente, la nulidad del despido con reinstalación y pago de salarios, los derechos de aguinaldo y vacaciones durante la vigencia de toda su relación, las horas extras laboradas de toda la relación, el pago de los rebajos que se hicieron a las sumas que le corresponden por los servicios prestados (se queja de que la empresa se dejó un porcentaje mayor al que le corresponde) y el pago del valor del vehículo que compró para prestar el servicio y cuyo préstamo no pudo continuar pagando por haberlo desconectado.

La empresa contestó la demanda argumentando que la demanda se dirige en contra de Uber Costa Rica Center of Excellence (COE) Sociedad de Responsabilidad Limitada, que es una empresa sometida al régimen de zona franca, que brinda servicios técnicos y servicio al usuario, para países de Latinoamérica de habla hispana, salvo Costa Rica.

El argumento de que existe una falta de legitimación, por cuanto se trata de una empresa distinta de quien le contrató, evidencia lo que el reclamante indicaba en su escrito inicial, sobre las dificultades que tenía para poder interactuar con personal del empleador, de modo que las únicas oficinas que conocía fueron en las que se le reclutó e inscribió su vehículo.

Advirtiendo estas dificultades procesales que ya enfrenta el reclamante, es por lo que resulta obvia la necesidad que recogen los distintos proyectos legislativos, de la necesaria inscripción en registros públicos, de las empresas que ofrezcan estos servicios por medio de las plataformas y que deban suministrar, a modo de ejemplo, siguiendo el texto del proyecto que se tramita bajo el expediente legislativo N° 21587: a) la razón o denominación social de la persona jurídica y su acta constitutiva; b) la copia de la cédula de identidad vigente o documento de identidad oficial del representante legal en Costa Rica, teléfono y el correo electrónico como medio para recibir notificaciones; c) la certificación de personería jurídica, la cual deberá ser actualizada cada vez que se modifique el ordenamiento estatutario o la representación legal; d) el domicilio exacto, números telefónicos y correos electrónicos oficiales de la persona jurídica; y e) el nombre e información general de la EPV.

Si esta información se le hubiere exigido a Uber desde el momento en que reclutó choferes, el reclamante conocería con exactitud a quien demandar.

De hecho, por la forma en la que contesta la demanda la empresa, tampoco proporciona los datos que le permitan al reclamante poder identificar a la persona jurídica a la que debe dirigirse, independientemente de que el juzgado pueda llegar a establecer o no, la existencia de un grupo económico y la responsabilidad solidaria que de ello se deriva.

Pese a que con la Reforma Procesal Laboral que entró en vigor el 25 de julio de 2017 se tenía la expectativa de procesos más céleres, lo cierto es que la sentencia final que se dicte y que se convertirá en el primer precedente judicial sobre la naturaleza jurídica del vínculo entre las EPV y el reclamante, deberá esperar todavía bastante tiempo. La fecha de juicio se fijó para finales del 2020 y es previsible que se interponga el recurso de casación, por lo que es probable que no se dicte la sentencia final antes de mediados del 2022.

Los tribunales deberán examinar si las características del servicio descritas por el actor son, en primer lugar, propias de una relación de trabajo. Bajo el criterio actual de interpretación que ya se ha enunciado antes, es probable que se imponga la presunción que se incluye en el artículo 19 del Código de Trabajo, declarando la existencia del contrato de trabajo y endosando la carga de la prueba al presunto empleador, quien deberá descartar la existencia de los elementos que definen la relación de trabajo, especialmente el de subordinación.

Por consiguiente, se deberá analizar si existe un poder de dirección, de fiscalización y de sanción a cargo de la EPV y si este se ejerce por medio del procedimiento de evaluación que realizan los propios usuarios, las indicaciones que se le dan sobre la forma en la que debe tratar al usuario, la ruta que debe seguir para prestar el servicio y por la que se calcula la tarifa, la exclusividad e imposibilidad de atender al mismo tiempo dos o más EPV, la titularidad del riesgo y los motivos de desconexión.

De antemano, también sería esperable que los tribunales tengan, al analizar la subordinación, que definir si las categorías tradicionales asociadas al concepto de trabajador y empleador que el Código de Trabajo dispone, permite una interpretación estrecha o amplia de ellas y si para ello debe hacer uso, como ha sido tradicional, de los indicios de laboralidad o de trabajo por cuenta propia, que han funcionado como un listado abierto y no limitado —*numerus apertus*—.

También será el momento para observar si los tribunales costarricenses adoptan o enriquecen estos listados con los denominados “nuevos indicios” de laboralidad y si harán uso o referencia a la jurisprudencia internacional que se sigue construyendo, cada vez con mayor uniformidad.

Para seguridad jurídica de las partes contratantes lo idóneo sería que pueda explicitarse el ejercicio de ponderación de esos indicios y no dejarse a valoraciones globales que no proporcionan certeza y aunque cada caso merece un estudio particular, en las actuales circunstancias, el detalle del juicio valorativo es primordial; lo que podría exigir una categorización adicional de los indicios que reduzca la subjetividad.

Todo ello, en ausencia de reformas legales que determinen soluciones efectivas a la insuficiencia de las categorías jurídicas típicas del trabajo subordinado y del trabajo autónomo, cuando se trata de aplicarlas al trabajo en plataformas virtuales.

A pesar de que los hechos descritos en la demanda limitan el marco fáctico sobre el cual se ofrecen las argumentaciones, es probable que de la prueba testimonial salgan otras tantas características o elementos que enriquecerán el debate, como sucede en otros países. Se hace referencia, entre otros, a los temas relacionados con la explotación de la marca y a la ajenidad o los vínculos entre la flexibilidad horaria, la disponibilidad, la remuneración, la evaluación y la desconexión.

No menos importante será conocer las reclamaciones poco usuales en el derecho comparado, a vista de las resoluciones judiciales dictadas en el ámbito internacional, relacionadas con el derecho de reinstalación, al que presumiblemente renunciará el reclamante si la sentencia le es favorable, con el único propósito de cobrar los salarios caídos, el reclamo del daño patrimonial causado por la desconexión vinculado con sus obligaciones financieras al momento en que ello ocurre y que se concretizan en el valor del vehículo perdido por el estado de impago, la revisión o esclarecimiento de los algoritmos utilizados por la plataforma para verificar si existe o no un enriquecimiento indebido de las EPV.

Tema no menos importante, aunque externo a esta investigación, serán las acusaciones de trato discriminatorio, que bien pudieron dar lugar a una discusión más interesante sobre la existencia o no de un fuero de protección como representante de los trabajadores, aunque se trate de una asociación creada bajo el marco jurídico de la ley civil y no como organización sindical bajo las regulaciones del Código de Trabajo.

3. Las plataformas digitales en la agenda de los actores sociales

Se advertía de las acciones colectivas que diferentes gremios, especialmente los relacionados con el sector de transportes de personas, han ejercido en los últimos años desde la inserción de Uber en el mercado y como las iniciativas legales, en su gran mayoría, se centraron en tratar de darle solución a los conflictos generados en esa específica actividad económica.

Sin embargo, durante este mismo tiempo, en el que otras EPV también se han vuelto visibles, por tratarse de servicios geolocalizados —como Airbnb, Glovo, Didi—, las organizaciones de empleadores y trabajadores han permanecido en un discreto segundo plano.

De hecho, a diferencia de las organizaciones sindicales internacionales a las que ya se hizo referencia, que han adoptado un rol cada vez más activo en la protección de los derechos sociales de los prestadores de servicio en las EPV, las organizaciones sindicales costarricenses no tienen dentro de sus programas de acción, actividades concretas dirigidas en esa misma línea²⁴⁶.

Por su parte, la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado, tampoco ha adoptado una posición oficial sobre la naturaleza jurídica del trabajo en plataformas, ni forma parte de su actual programa de acción²⁴⁷.

Todo ello, a pesar de que existen muestras de buena voluntad de ambos sectores por apoyar las iniciativas que permitan reducir la informalidad, muestra de lo cual fue el Acuerdo Tripartito para la Implementación de la Recomendación 204 de la OIT sobre la Transición de la Economía Informal a la Economía Formal en Costa Rica, que se suscribió el 3 de octubre de 2016, con el apoyo de la Oficina de la OIT en San José²⁴⁸ y la participación del Ministerio de Trabajo y Seguridad Social —cuyo Ministro en ese entonces es el actual Presidente de la República—, y de la Central Movimiento de Trabajadores Costarricenses, la Central de Trabajadores Rerum Novarum, la Central Unitaria de Trabajadores; la Central Costarricense Juanito Mora, la Central Costarricense de Trabajadores Democráticos y la Central General de Trabajadores y la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado.

4. Las acciones reivindicativas de los propios prestadores de servicios

A nivel nacional, han sido los choferes de Uber los únicos que se han manifestado colectivamente entre los prestadores de servicios de las EPV. A semejanza de lo que sucede a nivel internacional, han adoptado diversas modalidades para organizarse por sí mismos, como lo demostraron en la convocatoria de acciones colectivas reivindicativas, frente al Gobierno —como la sucedida el 30 de agosto de 2018, convocada por la denominada “Plataformas Tecnológicas”, en contra los operativos de tránsito²⁴⁹— o contra la propia empresa, —como la del 26 de setiembre de 2016, ante las oficinas de la empresa, por establecer la opción a los usuarios de pago en efectivo²⁵⁰—; pero también se han organizado con el fin de distribuir información y hasta procurarse seguridad para sí mismo y los vehículos que conducen.

²⁴⁶ Entrevista con Olman Chinchilla Hernández, Presidente de la Central del Movimiento de Trabajadores Costarricenses (CMTC), realizada el 2 de marzo del 2020.

²⁴⁷ Entrevista con Fabio Masís Fallas, Director Ejecutivo de la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado (UCCAEP), realizada el 9 de diciembre del 2019.

²⁴⁸ Gobierno, empleadores y trabajadores: Firman primer acuerdo tripartito que busca el tránsito de la informalidad a la economía formal en Costa Rica. 4 de octubre de 2016, disponible en https://www.ilo.org/sanjose/programas-y-proyectos/sector-informal/WCMS_531201/lang-es/index.htm (consultado 28-2-20, 18:50 hrs.).

²⁴⁹ Se acabó la protesta de los choferes de Uber. 30 de agosto del 2018, disponible en <https://www.crhoy.com/nacionales/se-acabo-la-protesta-de-los-choferes-de-uber/> (consultado 28-2-20, 20:19 hrs.).

²⁵⁰ Conductores de Uber protestan contra opción de pago en efectivo. 26 de setiembre de 2016, disponible en <https://www.nacion.com/el-pais/servicios/conductores-de-uber-protestan-contra-opcion-de-pago-en-efectivo/WNHTAR65S5FL3IZDRYQ244LNAU/story/> (consultado 28-2-20, 20:25 hrs.).

La herramienta más utilizada entre los conductores es el Whatsapp²⁵¹, existiendo múltiples grupos, que han resultado ser muy efectivos y valorados por ellos mismos, especialmente, cuando la propia empresa procura solo interactuar con ellos de manera virtual y reducir el contacto físico a los procesos de reclutamiento e inscripción.

Incluso, participaron de los actos de protesta mediante su desconexión voluntaria a las plataformas, en solidaridad con los movimientos reivindicativos a nivel internacional de los prestadores de servicio de diversas multinacionales como Uber, Lyft y otras, el 8 de mayo de 2019²⁵², en el que se reclamó contra las desconexiones arbitrarias y la forma en la que se distribuyen los ingresos por los servicios prestados²⁵³.

Pero tampoco puede dejarse de citar la huelga realizada en Costa Rica por los prestadores de servicio de Glovo, el 21 de noviembre de 2019²⁵⁴, como consecuencia de que la empresa tomó la decisión unilateral de rebajar el monto mínimo que les paga por cada entrega; decisión que ya era la segunda vez que se adoptaba; la primera, coincidiendo con la entrada en el país de otra empresa competidora —Rappi—.

²⁵¹ WhatsApp es el arma de los uberianos. 24 de junio del 2017, disponible en <https://www.lateja.cr/nacional/whatsapp-es-el-arma-de-los-uberianos/LQXVKEDBGRHPHP4NYSY5ND6P4A/story/> (consultado 28-2-20, 19:43 hrs.).

²⁵² Conductores de Uber apagan la aplicación en protesta por condiciones laborales. 8 de mayo de 2019, disponible en <http://www.reprete.com/actualidad/conductores-uber-apagan-aplicacion-protesta-condiciones-laborales-150565> (consultado 28-2-20, 19:52 hrs.).

²⁵³ Miles de choferes de Uber en todo el mundo irán a huelga este miércoles 2019, disponible en https://www.teletica.com/225129_miles-de-choferes-de-uber-en-todo-el-mundo-iran-a-huelga-este-miercoles (consultado 28-2-20, 20:15 hrs.).

²⁵⁴ ¿No le llega su pedido por Glovo?, le explicamos porqué. 21 de noviembre de 2019, disponible en <https://www.larepublica.net/noticia/no-le-llega-su-pedido-por-glovo-le-explicamos-porque> (consultado 1-3-20, 16:08 hrs.).

IV. La elaboración de políticas públicas en el contexto costarricense

Haciendo a un lado las decisiones que se refieren únicamente a las reglas para reducir o eliminar las condiciones de competencia desleal en un determinado sector, especialmente el de servicio de transporte de personas y luego el de bienes, el objetivo de las políticas públicas que en otros países están orientadas a tratar las condiciones de trabajo realizado por medio de EPV, no pretenden la prohibición, sino la regulación de estas empresas y de los derechos y beneficios que deben de reconocerse a los trabajadores que en ella participan.

La preocupación mayoritaria de los Estados es tratar de regular la actividad para controlar su impacto económico en un mercado determinado, siendo que el estado de bienestar de los trabajadores adquiere, en el mejor de los casos, solo una importancia residual. Incluso, en el caso de Costa Rica, el pago de indemnizaciones a los concesionarios de taxi, si bien podría lograr que dejen de oponerse a una apertura del mercado, no garantizaría que exista interés por una reforma que combata la precarización de las condiciones de trabajo de los prestadores de servicio.

Incluso, tomando como ejemplo el caso de las EPV de servicios geolocalizados en el sector de transportes, que es el que con mayor intensidad ha sido objeto de acciones directas e indirectas para regular su actividad y aunque no se pretende por medio de ellas, fijar el marco normativo de las condiciones de trabajo, el resultado que se ha obtenido de ellas es muy desigual, por más que todas han sido precedidas de significativas manifestaciones que por su poder de convocatoria y las consecuencias para la ciudadanía, han terminado por doblegar a las autoridades públicas.

En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña en España, primero se llegó a limitar la cantidad de vehículos que podían obtener una licencia, pero siendo insuficiente, se exigió una cierta anticipación mínima —de 15 minutos— de conexión a la plataforma, para que los usuarios pudieran solicitar el servicio, reduciendo con ello la inmediatez del servicio, una de las principales ventajas con las

que compiten las EPV del sector transporte. Como consecuencia de ello, Uber se retiró, decisión que mantiene desde el 1 de febrero del 2019²⁵⁵.

En Colombia, las resoluciones administrativas dictadas, lograron el retiro de Uber del mercado a partir del 1º de febrero del 2020, pero tal decisión solo se mantuvo por 2 semanas, antes de volver nuevamente en operaciones, aunque bajo un esquema de arrendamiento de vehículo con chofer, tratando de desmarcarse de algunas de las características que, presentes en su modelo tradicional de negocio, propiciaron las decisiones adoptadas.

En países como Costa Rica, donde la actividad ha sido declarada ilegal desde el mes siguiente a que incursionó en el mercado, en agosto del 2015, ello no propició que Uber se retirara y durante estos casi 5 años las autoridades públicas se han limitado a realizarle atentas invitaciones para que lo haga o a implementar medidas disuasivas como multas, inmovilización del vehículo, etc., que no han evitado la consolidación de la citada multinacional.

De otra parte, en el país las pocas acciones públicas en trámite, no tratan de dar una respuesta a la necesidad de asegurar un mínimo de condiciones de trabajo para quienes prestan sus servicios personales por medio de las EPV, aunque sí reconocen que para un grupo significativo de ciudadanos, constituye una fuente de ingresos en épocas de desempleo.

Existe un aumento sostenido de la tasa de desempleo si se observa el promedio anual, que fue de 9.1% en el 2017, de 10.3% en el 2018 y de 11.65% en el 2019²⁵⁶. Cifras todas ellas, que a consecuencia de la pandemia mundial del coronavirus COVID-19, deben ser revisadas, siendo cada vez más urgente, la implementación de medidas que promuevan la creación de empleo de calidad.

Los datos de empleabilidad de las personas en EPV, vienen acompañadas de información que también alerta sobre la precariedad de estas labores. Como lo informaba la OIT en 2019, los datos provenientes de la encuesta realizada por esta institución entre 2015 y 2017, a trabajadores en plataformas de servicios virtuales (crowdwork), permitía conocer que las personas que acceden a estos empleos, lo hacen principalmente para complementar la remuneración que recibían en otras ocupaciones y porque les permitía trabajar con gran flexibilidad horaria, sobre todo si con ello pueden seguir compartiendo el trabajo con sus obligaciones en el hogar; sin embargo, manifestaban su insatisfacción por la tasa alta de subempleo, la baja relación de ingresos obtenidos vs. tiempo dedicado a estas labores, la desprotección frente a riesgos en su salud asociados a su trabajo, especialmente en quienes dependían únicamente de ese ingreso, la inseguridad propiciada por las reglas poco transparentes de los rechazos injustificados de trabajo ya realizado y la imposibilidad de impugnarlos, la ausencia de un sistema de calificaciones que permita evaluar al usuario y las dificultades y obstáculos existentes para comunicarse con la EPV. Todo un conjunto de condiciones y reivindicaciones que también se encuentra presente en las plataformas de servicios geolocalizados, muestra de lo cual es la relación de hechos que incluye la única demanda judicial que actualmente se tramita en el país contra una de estas EPV.

En definitiva, los datos obtenidos permiten identificar un colectivo que crece rápidamente o lo hacía al menos hasta la pandemia mundial de este año y que requiere de una regulación que permita darle mayor seguridad, en especial, en relación con sus condiciones de bienestar social.

Muy limitadas también son las iniciativas legislativas que en Costa Rica han tratado de definir directamente la naturaleza jurídica del vínculo contractual. En el plano internacional, aunque en diferentes

²⁵⁵ CATALUNYA. —AMP.— Uber rechaza volver a Barcelona en tanto no cambie la regulación. 16 de octubre de 2019, disponible en <https://www.lavanguardia.com/vida/20191016/471024876518/catalunya-uber-descarta-volver-a-barcelona-mientras-no-cambie-la-regulacion.html> (consultado 11-3-20, 11:35 hrs.).

²⁵⁶ Costa Rica: la tasa de desempleo alcanza el 12,4% en 2019 y el presidente Alvarado afirma que "es un tema serio". 6 de febrero 2020, disponible en: <https://www.nodal.am/2020/02/costa-rica-la-tasa-de-desempleo-alcanza-el-124-en-2019-y-el-presidente-alvarado-afirma-que-es-un-tema-serio/> (visitado el 16-5-2020, 10:54 hrs.).

niveles de intensidad, se han citado en el estudio tres antecedentes que pueden destacarse, por orden cronológico, el de Francia, Italia y el del estado de California en Estados Unidos, este último, todavía en medio de impugnaciones judiciales que deben definir su futuro, como ya se ha advertido inicialmente.

A. La cuestión de inicio: el concepto de trabajador

El régimen jurídico aplicable al trabajador que presta sus servicios por medio de la EPV no motivará tanto debate doctrinal, jurisprudencial y legal, sino fuera precisamente porque las normas legales que delimitan las categorías tradicionales y definen al trabajador subordinado y lo diferencian del trabajador autónomo, independiente o por cuenta propia, no son suficientes para que el tema quedara resuelto de modo uniforme.

Ante la insuficiencia de estas categorías y del marco normativo en el que se encuadran, ha sido la jurisprudencia de los tribunales de trabajo, quienes desde 1943 se han encargado de darle actualidad a aquellos preceptos, interpretándolos a la luz de las modelos o formas organizativas de producción, que se han derivado de las sucesivas revoluciones industriales a lo largo del siglo pasado y el presente. Sin embargo, pese al esfuerzo realizado, no siempre exento de críticas por la inseguridad jurídica que se deriva de la aplicación de un conjunto determinado de indicios, su uso en el trabajo en plataformas se torna todavía más incompleto y quizás incluso lejano a una realidad mediada por la virtualidad o en todo caso por los avances tecnológicos.

Todavía, en un intento por no quedar rendidos a las ventajas que en el pasado ha dado la pruebas de indicios al juzgador, que no puede dejar de resolver el asunto sometido a su conocimiento, nuevos elementos se han incorporado o sustituido a otros que han quedado en desuso, todo con el fin de continuar administrando justicia en ausencia de regulaciones normativas que se adapten al nuevo modelo.

En medio de la insuficiencia de las categorías legales tradicionales y los remozados indicios, se abre ahora un debate de mayor profundidad sobre el objeto de protección del derecho del trabajo, trayendo a discusión el marco mínimo de bienestar social que debería asegurarse a cualquier persona, que tiene para sí lo que producto de su prestación personal de servicios puede obtener. La protección requerida es lo que desde sus inicios justificó la creación del derecho del trabajo. Por consiguiente, estamos en presencia de un tema de especial trascendencia para poder entender la participación que se espera de todos, ahora que recién se ha cumplido un siglo de la creación de la OIT y se abre el debate sobre el futuro del derecho del trabajo.

1. La insuficiencia de las categorías legales: entre congruencias e incongruencias

Para definir la auténtica y real naturaleza del vínculo contractual entre las personas que prestan sus servicios y las EPV, la forma adoptada por las partes tiene una importancia nula y en el mejor de los casos residual.

Por consiguiente, el hecho de que en los contratos que se suscriben con la EPV se indique que la relación no es laboral, sino que en ella la persona que presta el servicio lo hace como trabajador independiente o autónomo o por cuenta propia o incluso, como arrendador en un contrato mercantil de arrendamiento de vehículo con conductor, es un tema que carece de importancia directa y que no impide que los tribunales, en virtud del principio general del Derecho del Trabajo de contrato-realidad, terminen desentrañando las características del trabajo prestado, haciendo a un lado los formalismos del pacto.

La caracterización del trabajo en plataformas, a las que ya se ha aludido anteriormente al analizar las resoluciones judiciales en otros países que han conocido de los reclamos derivados de los prestadores de servicio y que cada vez es más uniforme en las EPV de servicios geolocalizados, nos permite concluir que las definiciones legales de trabajador independiente o autónomo y de trabajador subordinado, es normalmente insuficiente, salvo excepciones —es el caso de Francia—, para calificar aquellas tareas como propias de una u otra clase de contrato. En nuestro medio, así sucede también.

La insuficiencia de la definición legal de trabajador subordinado

Conforme a los artículos 3 y 19 del Código de Trabajo, el trabajador subordinado es una persona física que presta sus servicios a otra persona (física o jurídica), en virtud de un contrato de trabajo, es decir, bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada y por una remuneración.

El hecho de que este contrato sea a tiempo completo o tiempo parcial, incluso por horas, no adquiere relevancia, porque aún en el supuesto del “contrato de o horas”, que ha generado diversas discusiones en otros ordenamientos jurídicos, en el marco de nuestras leyes, está permitido, siempre que se indique que el salario se calcula por unidad de tiempo (artículo 24.f Ibídem).

Atendiendo entonces a la jurisprudencia costarricense, que indica que los elementos irreductibles de la relación de trabajo, son tres: trabajo personal, subordinado y remunerado y que las personas que laboran por medio de la EPV, prestan labores personales y remuneradas; lo único que debe dilucidarse es si lo hacen de forma subordinada, entendiéndose por ello, que lo ejecutan bajo la “dependencia permanente y dirección inmediata o delegada” de estas empresas.

Si bien no se trata de enumerar aquí algunas de las principales características del trabajo que se ajustan a este concepto, sí es importante mencionar las condiciones que no se ajustan a la definición tradicional ya citada de trabajo subordinado. Bastaría con recordar, al menos, la más importante e reivindicada como diferencia comparativa con la relación de trabajo subordinado, a saber, que el prestador de servicios puede conectarse cuando lo desee y por tanto negarse a prestar sus labores en los días y horas requeridos por la empresa, que puede desconectarse cuando lo desee, aunque la empresa requiera de sus servicios continúen y que puede rechazar las asignaciones que le realice la plataforma, sin tener que justificarlo.

En efecto, esta “libertad de conexión, desconexión y rechazo”, resulta contraria al deber que todo trabajador subordinado se compromete a realizar en un contrato de trabajo, aunque se trate de una relación que debe ejecutarse por horas o de manera discontinua.

De igual forma, aunque la delegación de la dirección puede hacerse en un tercero, que es normalmente la empresa usuaria en las relaciones de tercerización, el hecho de que en el trabajo por medio de plataforma, esas instrucciones también se realicen por medio del usuario, que le puede sancionar con sus evaluaciones, tampoco termina de tener un encuadramiento típico; porque el diseño de los algoritmos de la plataforma si bien permiten cierto seguimiento del prestador del servicio, sin la participación del cliente no se concretiza la efectiva fiscalización y supervisión que garantiza la calidad del servicio. Por consiguiente, no reúne las condiciones de un trabajador subordinado, de acuerdo con la descripción legal estrictamente típica.

La insuficiencia de la definición legal de trabajador independiente, autónomo o por cuenta propia

No existe en el Código de Trabajo una definición del trabajador independiente, autónomo o por cuenta propia, salvo que se trate de definirlo contra sensu a partir de los artículos 3 y 19, como aquella persona física que presta sus servicios a otra persona (física o jurídica), en virtud de un contrato, por una remuneración, pero sin que se encuentre bajo la dependencia permanente y dirección inmediata o delegada de ella.

A diferencia de otros ordenamientos que basan la afiliación al sistema de seguridad social, en la definición de trabajo subordinado, en Costa Rica existe desde el 2004, aprobado por la Junta Directiva de la Caja Costarricense del Seguro Social, el Reglamento N° 7877 del 5 de agosto de ese año, para la afiliación de los Trabajadores Independientes.

El reglamento es consecuencia de la aprobación de La Ley de Protección al Trabajador, No. 7983 del 16 de febrero del 2000, que dispuso en su Transitorio XII, que los trabajadores independientes se afiliarían en forma gradual durante los primeros cinco años a partir de la vigencia de esa ley, que empezó a regir el 1º de febrero del 2001.

Ni la ley ni el reglamento definieron el concepto de “trabajadores independientes”, pero este último lo asoció con la característica de que desarrollaba sus tareas “por cuenta propia”.

Por consiguiente, el trabajador independiente sería la persona que presta sus servicios a otro, por cuenta propia, sin estar bajo su dependencia permanente ni dirección inmediata o delegada.

Definida de esta forma la categoría típica de trabajador independiente, debe tenerse en cuenta que estamos frente a trabajadores que realizan una actividad para una EPV, sin que se requiera que cuenten para ello con un capital propio o si lo tienen, es poco significativo (los aportes de capital que hacen son de escaso o ínfimo valor en comparación con la plataforma), sin asumir por sí mismos la totalidad del riesgo (la empresa asume los riesgos de impago de los clientes y en ciertos casos, los daños ocasionados por los clientes y las sanciones impuestas por las autoridades administrativas), sin poder seleccionar los clientes ni acceder a su información, ni poder fijar el precio de la tarea y sometidos al poder de la marca (que impide que puedan desarrollar su negocio como autónomos y con una notable invisibilidad de su aporte personal a favor del posicionamiento de la marca de la empresa en el mercado) y estando bajo la dirección de la empresa (que fija los protocolos de atención al cliente que aseguran la calidad del servicio), a lo que se suma una notable dependencia no solo técnica (los algoritmos son los que definen al detalle la actividad), como económica (especialmente para quienes estos ingresos representan su único ingreso o la mayor parte de sus ingresos). En resumen, se trata de personas que para prestar su servicio deben integrarse totalmente con la organización productiva creada por la EPV, como cualquier otro trabajador subordinado. Por consiguiente, no reúnen las condiciones de un trabajador independiente, de acuerdo con la descripción estrictamente típica.

La presunción legal

La presunción legal del artículo 18 del Código de Trabajo, que es *iuris tantum*, si bien nos lleva a que, en ausencia de contrato escrito, se presume existente el mismo entre el trabajador y la persona a la que éste le presta un servicio, ello no exime de demostrar antes que la persona que presta el servicio es un trabajador, es decir, que sus servicios los ha prestado en el contexto de una relación de trabajo.

Precisamente, si como ya se ha advertido, en el caso de los prestadores de servicio en las EPV, la ejecución de las labores asignadas por ella, pasan por significativas dificultades para encuadrarse dentro de las categorías típicas de trabajador y empleador, la presunción legal, no cierra absolutamente los inconvenientes existentes de la insuficiencia del marco legal.

2. La reforma legal

La insuficiencia de las categorías tradicionales contenidas en el Código de Trabajo, para definir el concepto de trabajador y empleador, no es reciente. La necesidad de que esos conceptos se adapten a las nuevas necesidades derivadas de los modelos de organización del trabajo, producto a su vez de los cambios tecnológicos que han marcado el desarrollo de las revoluciones industriales, impulsadas por el uso masivo la internet, de los dispositivos móviles —teléfonos inteligentes—, de las Apps y plataformas virtuales, sigue latente.

La primera opción que entonces puede ser valorada es la reforma directa y concreta de los conceptos claves de la relación de trabajo y del propio contrato, empezando por el concepto de trabajador. Sin embargo, de previo debe decidirse si el trabajador de las EPV, es un trabajador subordinado, un trabajador autónomo, independiente o por cuenta propia, o corresponde a un tercer concepto (*tertium genus*).

Los criterios por los que el TJUE resolvió declarar que Uber no es una “sociedad de la información”, que es una empresa de transportes, al incidir sensiblemente en la determinación de las condiciones del servicio y por tanto, no limitarse a ser una intermediaria entre la oferta y la demanda de servicios de transporte, es extensible a cualquier análisis de una EPV, de servicios geolocalizados o virtuales, de servicios de transporte de bienes o personas o de trabajo compartido, en la Unión Europea o en Costa Rica. Para no ser considerada como una empresa de transporte, no debe ir más allá de lo que es una simple labor de servir de punto de encuentro o de contacto entre quienes, entre sí, definen la totalidad de las condiciones en la que se prestará el servicio. Los intentos de Uber Colombia en febrero de 2020 para desmarcarse de esa calificación, girando —probablemente de manera infructuosa— hacia un contrato de arrendamiento de vehículo con conductor, es una muestra de ello. Por eso, en diversas iniciativas legales que se han tramitado y se sigue tramitando en el país se define que la plataforma únicamente cumple una función de intermediación, acercando el modelo que se pretende regular al discurso de la empresa y alejándolo al mismo tiempo de la realidad.

Por consiguiente, estamos en presencia de una empresa de transporte que dejando a un lado el tema de su ilegalidad por tratarse de un servicio público que debe ser objeto de concesión, intentaría satisfacer la demanda, por medios de decenas de miles de contratistas independientes, lo que como ya ha sido advertido por el Employment Appeal Tribunal de Londres en el caso *Uber B.V. and Others v Mr Y Aslam and Others* (UKEAT/0056/17/DA9), de noviembre del 2017, es una argumentación “un poco ridícula”.

En efecto, entrando en un estudio pormenorizado de las características del vínculo contractual que se formaliza y se pone en práctica entre la EPV y el prestador de servicios, resulta fácilmente demostrable, como ya se ha expuesto, que estas personas nunca podrán ser calificadas como trabajadores independientes, autónomas o por cuenta propia.

Si bien, por otra parte, hemos indicado que la “libertad de conexión, desconexión y rechazo”, es un obstáculo para calificar a la persona de trabajador subordinado, tampoco puede obviarse el alcance “relativo” de esa libertad, pues si bien el trabajador es el que decide si se conecta o no a la plataforma, dependiendo de la cantidad de tiempo que dure conectado, puede que así varíe su status al interno de la misma y dependiendo de ello, la obtención de mejores tareas o asignaciones (las más rentables) o la prioridad de asignación de (pedidos de clientes) y también la recepción de ciertas bonificaciones o premios, lo que es muy usual en los servicios de transportes geolocalizados. El rechazo, conlleva una penalización, tanto porque suele restar puntos en la calificación del prestador de servicios, del que depende los beneficios de acceso prioritario y de calidad de tareas ya descritos, lo que tiene una correlación directa con el nivel de ingreso; sino también porque, a veces, como sucede en las EPV de servicios geolocalizados de transportes, alcanzada una cierta cantidad de rechazos, se procede a la desconexión automática del trabajador, por un tiempo determinado, que suele incrementarse según la cantidad de veces que suceda lo mismo, hasta la desconexión definitiva. Por consiguiente, el ejercicio de esta libertad solo puede realizarse de manera limitada y no ejercerla es lo que le asegura el escenario adecuado para obtener mejores ingresos.

Algo similar sucede con el alegado nivel de mínima dependencia y dirección a la que se somete al trabajador. La fiscalización o supervisión del servicio prestado es multinivel. En el nivel superior, existe una macro supervisión y direccionamiento por medio del diseño de los algoritmos por los que se guía la plataforma y que son construidos e incorporados a ella por la EPV. Gracias a ellos, la empresa define el cliente, fija el precio, las modalidades de pago y hasta los protocolos de interacción entre las partes, y más allá de todo lo anterior, a modo de ejemplo, constata que no se presenten conductas que permitan presumir que ambas partes se han puesto de acuerdo para realizar la actividad por fuera de las condiciones que ella determina, por lo que desconexiones realizadas luego de ser aceptada una tarea pueden considerarse sospechosas. En el nivel inferior, existe una micro supervisión que se delega en el usuario, a quien se le fijan unilateralmente los parámetros de calificación, garantizando su anonimato y sin derecho de defensa para el prestador del servicio. Estas evaluaciones garantizan a la EPV, que los

trabajadores se sientan supervisados durante la ejecución de su tarea, algo que es más patente en el caso de los servicios geolocalizados de transporte de personas y todo desvío de las directrices estándar contenidas en los protocolos de actuación, puede ser objeto de penalización en una escala de calificación que tiene consecuencias directamente patrimoniales.

En consecuencia, si bien el vínculo contractual entre la EPV y el trabajador no puede encuadrarse en el trabajador autónomo, sino de manera forzada y arriesgando desfigurar su contorno; su alejado alejamiento de la categoría del trabajador subordinado es relativa y puede parecer ligeramente perceptible o incluso, insuficiente.

Dado lo anterior, las primeras alternativas que han considerado los Estados pasan por impulsar una reforma legal de las categorías tradicionales, para ajustar con ello la definición de trabajador subordinado a estas modalidades de trabajo, integrándolo dentro de la categoría general o reservándole una categoría especial; o hacer exactamente lo mismo, pero a partir del concepto de trabajador autónomo, independiente o por cuenta propia.

La redefinición legal de la categoría de trabajador subordinado

Ni en Francia, ni en Italia, ni en el estado de California (Estados Unidos de América), que son las tres iniciativas legales examinadas, se ha optado por una redefinición legal de la categoría de trabajador subordinado, al menos, de manera directa.

Aunque es posible que lo decidido en California pueda considerarse una reconfiguración del concepto, no en sentido propositivo sino en sentido inverso, como luego se examinará, lo que se ha hecho es dotar de mayor seguridad la respuesta judicial, que ya había demostrado una metodología razonable de análisis, para dar una respuesta a los conflictos existentes y derivados del trabajo en plataformas virtuales.

En el caso de Italia, la opción legislativa fue incluir en la tipología de contratos las colaboraciones organizadas por el comitente, que podrían ocurrir también a través de plataformas digitales y a las cuales habría que aplicarles el régimen normal del trabajo subordinado, siempre que se cumpliera con tres elementos en la prestación del servicio, que fuera personal, continuo y hetero-organizado.

Concebirlo como un contrato especial de trabajo, a grosso modo, es lo que propone el Proyecto de Ley, que se tramita bajo el expediente N° 21567, al que ya se hizo referencia.

La redefinición legal de la categoría de trabajador autónomo, independiente o por cuenta propia

En Francia, la decisión del legislador fue regular estos trabajos como si se tratara de trabajadores independientes, pero garantizándoles un conjunto de derechos que tradicionalmente habían sido reservados a los trabajadores subordinados.

Esta especie de "laboralización" del trabajo autónomo ya venía precedida en algunos países de reformas legislativas que crearon nuevas sub especies del trabajo independiente, como es el caso de España, con los TRADE. También, tiene plena concordancia con el esfuerzo de numerosas iniciativas, nacionales e internacionales, orientadas a fomentar la transición de la informalidad a la formalidad y a reducir el déficit de trabajo decente, ante la precarización que acompaña a los trabajadores autónomos.

En el caso de Francia, como ya se analizó, las Leyes N° 2016-1088 de 8 de agosto del 2016 y N° 2018-771 del 5 de setiembre de 2018, lo consideran como trabajador independiente, cuando la EPV determina las características del servicio prestado y fije su precio, agregando a un primer conjunto de derechos (seguro por riesgos de accidentes de trabajo, formación profesional, suspensión concertada de servicios y organización sindical), la posibilidad de que en ejercicio de su responsabilidad social, la empresa pueda negociar una serie de beneficios (no exclusividad, precio mínimo, desarrollo de competencias profesionales, prevención de riesgos profesionales,

intercambio de información y diálogo entre partes, causas de ruptura y protección social por muerte, maternidad, incapacidad laboral o invalidez, incapacidad, jubilación, etc.), sin que puedan utilizarse para recalificar la relación como subordinada.

Por consiguiente, sin necesidad de redefinir el contenido del concepto asociado a la categoría de trabajador independiente se amplía el conjunto de derechos sociales que se le reconocen para aproximarlos al trabajador subordinado y así reducir la brecha o déficit entre una modalidad y otra.

Aunque no de forma voluntaria, en Italia los trabajadores autónomos que prestan sus servicios por medio de plataformas digitales, también tienen derecho a un mínimo de protección social en materia de remuneración, protección de derechos fundamentales, tratamiento de datos y seguridad social. Es un régimen en subsidio siempre que no se pueda demostrar la existencia de que el servicio se presta de manera personal, continua y hetero-organizada.

En Costa Rica, la suscripción y ratificación de un conjunto de normas internacionales del trabajo, comenzando por el Convenio sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 (núm. 87), el Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (núm. 98) y el Convenio sobre la seguridad social (norma mínima), 1952 (núm. 102), ya aseguran al trabajador autónomo o independiente, una cantidad significativa de los beneficios que en Francia se le reconocieron en materia colectiva, de seguridad social, no discriminación y respeto a la dignidad; aunque no se haya avanzado un ápice, en la protección de otra considerable cantidad de condiciones de trabajo, que constituyen la preocupación inmediata de quienes prestan sus servicios en plataformas virtuales.

3. Las alternativas judiciales

Entre los primeros colectivos que han advertido la insuficiencia del texto legal respecto de las categorías tradicionales que definen al trabajador y al empleador, como fruto de los desajustes asociados a la superación del modelo de organización del trabajo que sucesivamente han impulsado los avances tecnológicos, se encuentran los que están encargados de administrar justicia.

Desde la creación de la jurisdicción común y luego de la especializada en materia de trabajo, ante conflictos en los que las características de la relación contractual entre quien prestaba el servicio y quien lo recibía no podían ajustarse a estas clásicas categorías normativas, el juez carecía de la antigua potestad que preveía el derecho romano, del *non liquet*; es decir, de declarar la imposibilidad que tenía de dictar un fallo cuando carecía de la claridad necesaria para poder hacerlo.

Esta ausencia de claridad siempre ha estado presente en las denominadas “zonas grises” o “fronterizas”, donde las relaciones de trabajo se relacionan de una forma en la que existen tanto evidencias de una categoría jurídica determinada como elementos que la excluyen de ella o la incluyen en otra en sentido opuesto.

Para poder dictar una sentencia dentro de los límites de estas zonas, los jueces recurrieron a la prueba de indicios.

La evolución de los indicios

Hay países en los cuales los indicios tradicionales que fueron aplicados por los tribunales para determinar la “laboralidad” de las relaciones contractuales han demostrado que han resistido sin mayores inconvenientes los avances tecnológicos más recientes y entre ellos, el trabajo en plataformas, sin apenas requerir de un mayor esfuerzo interpretativo. Como ya se indicó, esto es el caso de Francia, donde la Sala de lo Social de la Corte de Casación de Francia, en su sentencia N° 374 de 4 de marzo de 2020, invocando su propia jurisprudencia de 1996 en el caso *Société Générale*, le bastaba seguir aplicando como indicio de subordinación la existencia de la incorporación de un trabajo en un servicio organizado por el empleador, en el cual éste determina unilateralmente las condiciones de ejecución.

Sin embargo, hay otros países, y entre ellos Costa Rica, en el cual los indicios que “tradicionalmente” los tribunales han utilizado como referencia para resolver los conflictos de trabajos prestados en las denominadas zonas grises, puestos a ser aplicados en las relaciones derivadas del trabajo prestado por medio de plataformas, denotan ser también insuficientes.

Frente a ellos, considerando que esos listados son anteriores a las formas de organización del trabajo que se encuentran permeadas por las nuevas tecnologías que determinan esta cuarta revolución industrial, se ha propuesto una revisión de los indicios de laboralidad o autonomía.

a) Los indicios “tradicionales”

Si se toma como referencia la Recomendación sobre la relación de trabajo, 2006 (núm. 198) de la OIT, a la que aluden los tribunales de trabajo costarricenses y si del cumplimiento total de todos los indicios allí incluidos dependiera el dictado de la sentencia, la conclusión a la que se llegaría es que resulta imposible con tal base definir como laboral la naturaleza jurídica de la relación existente, pues algunos criterios se cumplen, otros solo relativamente, algunas forzando su interpretación y los demás, del todo no; sin que existan, lo que resulta imposible de acordar, unas reglas que determinen el valor ponderado de cada uno de ellos para establecer una sumaria total y sin que tampoco se haya establecido el límite mínimo a partir del cual la solución debe ser una u otra.

Desglosando cada uno de estos indicios tradicionales, se encuentra de primero, la posibilidad de establecer la presencia de instrucciones y controles. Este indicio ha permitido durante décadas, resolver el reclamo de personas que laboran en una fábrica o desempeñan lo que pretende ser un ejercicio liberal de la profesión, a pesar de depender económicamente de una organización empresarial, como ha sucedido con médicos, ingenieros, abogados, etc. En todo caso, personas que interactúan en el mismo espacio físico o están en contacto virtual, con representantes del empleador, de manera permanente o periódica. La búsqueda de este indicio en trabajos en plataforma, resulta normalmente imposible, porque salvo algún contacto personal con representantes del empleador en algunas plataformas de servicios geolocalizados, en otras y en las de servicio virtuales, esa relación interpersonal es inexistente. Luego, cuando hay algún contacto, se limita a lo estrictamente necesario para inscribirlo como prestador del servicio. Una vez inscrita la persona, se le envían algunos tutoriales sobre protocolos de servicio y lo demás, lo definen los algoritmos que rigen la plataforma, quien se convierte en la “cara” visible de la empresa y quien da la información, organiza y dispone el servicio que debe ser prestado. La “máquina virtual” sustituye a quienes, en los sistemas tradicionales, ejercen la labor de “supervisores”, “coordinadores” o “puntos de apoyo o contacto” en la ejecución del trabajo. Y siendo ese el rol de la plataforma, las líneas de contacto con las personas físicas que laboran como tradicionales empleados de la empresa, en algunos casos, especialmente con servicios geolocalizados, se encuentran cerradas y orientadas al contacto virtual por medio del correo electrónico o medios similares. Por consiguiente, si bien no se discute la relevancia de este indicio, sí su utilidad, si se pretende ubicarlo en sus formas tradicionales o históricas. Únicamente si se interpretan de manera crítica las condiciones de libertad con la que dicen las EPV que actúan los prestadores del servicio, sería posible avanzar en el análisis y determinación de las condiciones en las que el servicio se ejecuta.

La integración del trabajador en la organización de la empresa, es como ya hemos señalado en el caso de las últimas sentencias dictadas por los tribunales franceses y españoles un indicio relevante, aunque debe de entenderse que su aplicación al trabajo en plataforma requiere de algunas adaptaciones a un trabajo que ya no se distingue por la exclusividad e imposibilidad de contratar al mismo tiempo para empresas que son competencia entre sí, sino por una cierta pluriempleabilidad, permaneciendo disponible para dos o más plataformas al mismo tiempo e integrándose de igual forma a múltiples organizaciones empresariales, física y digitalmente y donde la virtualidad hace cada vez más relativo el concepto de ubicuidad.

Similares acotaciones podrían hacerse a otros indicios secundarios, cuya relevancia en trabajos en plataformas, es cuestionable, como por ejemplo: a) que las tareas se cumplen sin que exista un horario determinado; que no se exija que se preste en un lugar indicado; c) que el trabajo sea de cierta duración y continuidad o requiere la disponibilidad del trabajador; d) que el empleador se encargue, por su cuenta, del suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo; o e) la existencia de una remuneración periódica.

Exigir una duración, la continuidad o la disponibilidad permanente en cualquier clase de trabajo en plataformas, es desconocer el modo en el que se organiza el trabajo en cualquiera de ellas. Exigir un grado de compromiso horario con una plataforma, es inusual y por tanto es un elemento de análisis poco efectivo y desfasado de la realidad. Resulta evidente, por otra parte, que en todos los casos, el aporte más importante sin el cual el trabajo no puede tener lugar, no son las computadoras o los dispositivos móviles con los cuales el trabajador se conecta, ni los vehículos con los cuales realiza un servicio de transporte, sino la plataforma que aporta la empresa, por lo cual, conocer que aporta el trabajador es un elemento irrelevante para calificar la naturaleza jurídica del vínculo contractual. Luego, la búsqueda de una remuneración periódica, como criterio de distinción, cuando se trata de servicios on demand, característica del trabajo de plataformas, resulta inútil.

Aunque las tareas deben cumplirse de manera virtual, donde no se exige un desplazamiento o mediante servicios geolocalizados que sí lo implican, el costo lo fija la plataforma mediante algoritmos que tienen en cuenta el tiempo de ejecución y según el servicio, los kilómetros recorridos. En cualquier caso, por la naturaleza del mercado en el que se interactúa, ese costo lo asume directamente el usuario o cliente, careciendo de interés la búsqueda e identificación de pagos en especie tales como alimentación, vivienda o transporte u otros gastos de movilización.

En los procesos judiciales en los que se deberán de aplicar los indicios, obviamente el reclamante lo que pide es la recalificación de su contrato de trabajo, de trabajador independiente o autónomo a trabajador subordinado, por lo que el no reconocimiento de derechos típicamente laborales (vacaciones, aguinaldo, etc.) es una consecuencia más de la naturaleza contractual con la que el empleador ha calificado aquella relación y no se le atribuye a su inexistencia ningún valor probatorio.

Aunque podrían “sumar”, la mayor parte de los indicios “tradicionales” que se han identificado para determinar la existencia de un trabajo subordinado no resultan “decisivos”.

Si por el contrario, como recomiendan también los tribunales costarricenses, se adoptara el listado de indicios elaborado en Irlanda en el contexto de las negociaciones tripartitas para aprobar un Programa para la Prosperidad y la Equidad por el período 2000 a 2002, que luego recogió el informe de la 91ª reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en el 2003, para corroborar la existencia de las características que son propias de los trabajadores independientes o por cuenta propia, se llegaría a un resultado dispar.

Los indicios han sido estructurados y organizados teniendo como modelo de trabajador autónomo e independiente al contratista “típico”, propietario de su propio negocio, que dispone de locales fijos donde funciona su razón social, asume la responsabilidad por las inversiones y la gestión de la empresa, está expuesto a riesgos financieros, dispone de sus propios contratos de seguro, proporciona los equipos, máquinas y materiales necesarios para realizar el trabajo, ejerce el control sobre los trabajos que hay que realizar y sobre cuándo y cómo se llevan a cabo y cuánto tiempo se invirtió en realizarse y como consecuencia de todo ello, calcula el costo del trabajo y fija el precio.

La persona que presta su trabajo por medio de las EPV, evidentemente, nunca será este contratista “típico”, porque por la propia forma en la que se estructura el negocio y se diseñan e incorporan los algoritmos a la plataforma, ninguno de esos indicios se cumplirá. Desde tal perspectiva

así como está claro que los indicios típicos de laboralidad no se ajustan como categoría de análisis a estas nuevas formas de trabajo, el prestador de servicios de las EPV, no es tampoco trabajador autónomo e independiente, si por él se tiene al contratista que se ha retratado.

Que el prestador de servicios se beneficie pecuniariamente de la gestión, programación y correcta realización de los trabajos encomendados, solo indica, lo que es obvio, que no se trata de un trabajo voluntario, lo que desde un inicio se daba por descartado, así que no agrega ninguna importancia. Tampoco lo hace que el servicio se termine ejecutando personalmente o no, porque en la práctica, en los casos judiciales donde las EPV han argumentado que existía la libertad de realizar trabajos o servicios de manera personal o por medio de otros, ello ha sido excepcional y no influye en la calificación jurídica del contrato.

Tampoco suma la condición de que el prestador pueda prestar servicios o cumplir tareas para más de una persona simultáneamente, pues ya se ha señalado que la pluri empleabilidad, siempre que lo permitan los costos de ingreso a las plataformas, es algo habitual en quienes prestan servicios en las plataformas virtuales.

b) Los "nuevos" indicios

Si se considera que la insuficiencia mayor se concentra en los indicios de laboralidad, más que en los que definen al trabajador independiente, puede ser necesaria la referencia, por ejemplo, a las últimas sentencias que en España se han dictado por parte del Tribunal Superior de Justicia de Madrid, de 27 de noviembre de 2019 (Nº 1155/19), de 18 de diciembre de 2019 (Nº1223/19) y de 3 de febrero del 2020 (Nº68/20), así como del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, de 21 de febrero de 2020 (Nº 1034/2020), que hacen uso en su análisis de los algunos denominan como "nuevos indicios de laboralidad"²⁵⁷; aunque el Tribunal considere que es una "contextualización" a una nueva realidad social de los elementos tradicionales.

Tres son los indicios que se examinan: el control de la actividad por medio de los algoritmos de la plataforma, la incorporación a la organización empresarial y la invisibilidad de la imagen del prestador de servicios y la prevalencia de la marca de la empresa.

El control de la actividad por medio de los algoritmos de la plataforma

La libertad de determinar los horarios de trabajo y con ello de conectarse o desconectarse de la plataforma "deben valorarse desde la relatividad", porque la escogencia de los mejores horarios y/o la prioridad para recibir las mejores tareas o servicios (que proporciona los mejores ingresos) se determina según la puntuación alcanzada en el sistema de evaluación que se emplea.

Para obtener la mejor puntuación en servicios geolocalizados, la EPV ha promocionado un determinado nivel de calidad del servicio, que caracteriza su oferta y esas características que ha divulgado son las que los usuarios esperan recibir, en cuanto a seguridad, trato personal, comodidad, higiene, precio, tiempo de atención, etc.

Para asegurarse que el servicio ejecutado por el prestador del servicio coincida con la oferta divulgada al usuario, la EPV ha diseñado una serie de protocolos que pretenden comunicarse como recomendaciones o sugerencias, pero que terminan siendo vinculantes, porque no siguiéndolas la expectativa del usuario no se tendrá por satisfecha y la forma en que reaccionará este último es por medio de la evaluación.

²⁵⁷ Todolí Signes, A. Las plataformas digitales y la ampliación del concepto de trabajador: jurisprudencia española y la nueva Ley de California (AB5), Revista Jurídica del Trabajo, Nº1, 2020, Montevideo, p.287.

Luego, para que el promedio de su puntaje no se afecte por una mala calificación debe incrementarse el conjunto de calificaciones obtenidas y con ello la cantidad de tareas o servicios realizados y el tiempo en el que mantiene conectado en la plataforma.

Si a lo anterior se agrega que un número de pedidos rechazados o un tiempo determinado de no conexión, puede provocar una reducción directa de los puntos obtenidos, lo que exigirá una mayor dedicación de tiempo para compensarlo, resulta evidente que la libertad de trabajo resulta aparente, cuando existen mecanismos de control de la actividad por medio de los algoritmos de la plataforma, sin importar que los datos obtenidos provengan de un tercero, en este caso, del usuario.

Por su parte, en el caso del trabajador autónomo e independiente, es él mismo quien fija, sin que con ello lo penalice quien recibe el servicio, el tiempo disponible que puede ofrecer. Si bien hay indicaciones que puede recibir sobre la demanda que debe satisfacer, su propia experticia y conocimiento es la que determina su contratación y la calidad del servicio, sin que para ello deba seguir protocolos que delimiten sus actuaciones.

La incorporación a la organización empresarial

La plataforma es el recurso primordial, esencial e indispensable, sin el cual no puede prestarse el servicio y el único propietario de ella es la empresa.

Como consecuencia de ello, los prestadores de servicio ofrecen su fuerza de trabajo, coincidiendo la naturaleza de su servicio con la actividad principal de la empresa y participan del cumplimiento de la misión y visión de la organización empresarial.

Por consiguiente, en las plataformas que no se limitan solo a la intermediación entre el usuario y el prestador de servicios, una vez que este último se conecta a la plataforma, debe cumplir su actividad bajo los términos que indique la EPV, sin que pueda negociar directamente con el usuario esas condiciones, lo que está reservado a la propia empresa que es la dueña del activo principal, la plataforma.

El usuario por su parte, cuando solicita el servicio, lo tramita mediante una plataforma en la que su interlocutor no es el prestador del servicio, sino la propia empresa y en los casos en los que tiene contacto físico con el prestador del servicio, lo que espera de él es que cumpla a cabalidad con los términos ofrecidos por la EPV.

Precisamente, porque el usuario percibe al prestador del servicio como una persona que participa y se integra plenamente en la organización de la empresa, es por lo que en caso de un incumplimiento se dirigirá directamente a exigir las indemnizaciones pertinentes a la empresa. Una muestra más de que los clientes no son suyos, sino de la EPV.

Esta misma percepción la tiene el propio prestador del servicio, que al tomar contacto con el usuario no se presenta como un trabajador independiente, sino como parte de la empresa a la que solicitó el servicio.

Por otra parte, cuando el prestador de servicios se acerca a la EPV, no lo hace con el ánimo de potenciar sinergias entre empresas, ni se establecen condiciones de colaboración mutuas, bajo un sistema clásico de "ganar-ganar" propio de esta clase de negocios, sino que lo hace desprovisto de cualquier condición de empresario y ni siquiera de emprendedor, sino como alguien que está dispuesto a insertarse en otra organización en la que está dispuesto a recibir una remuneración a cambio de poner a disposición de otro su fuerza de trabajo.

Un trabajador autónomo es aquél que colabora con una organización en el éxito de su actividad, pero en ese proceso no pierde su individualidad ni cede su identidad. Puede estar comprometido incluso con la visión y misión de la empresa, pero no pierde la suya propia y sigue esforzándose por alcanzarla. Los clientes de la empresa lo perciben así, la empresa lo percibe también y el mismo está

seguro de ello. Su búsqueda de clientes propios sino es permanente será periódica, para diversificar su cartera y no depender de uno solo de ellos. Por consiguiente, no se limita solo a poner su fuerza de trabajo a favor de otra persona, agotando con ello todas sus posibilidades de desarrollo y progreso futuro. Tiene por sí mismo las capacidades y los recursos para prestar el servicio, sin que para ello dependa inevitablemente de la empresa cliente.

La invisibilidad la imagen del prestador de servicios y la prevalencia de la marca de la empresa

Como apuntaba el Tribunal Superior de Catalunya, todo está dispuesto en las plataformas que inciden en los términos y condiciones de trabajo, para que no exista un contacto directo entre el cliente y el prestador del servicio.

De igual forma, también se ha diseñado el negocio (y con ello, el sistema de evaluaciones) para que el servicio se cumpla conforme a las indicaciones de la empresa, porque solo por medio de ellas se garantiza y se afianza la reputación de la marca en el mercado y esa imagen es la que se potencia entre los posibles usuarios.

Basta una mirada rápida por las campañas de publicidad de las plataformas, para advertir que la imagen que se promociona no es la de los prestadores de servicio, sino la de la propia empresa, quien garantiza —incluso patrimonialmente— la calidad, la confianza, la seguridad y la responsabilidad que ofrece a sus usuarios.

Los usuarios cuando reciben los servicios del prestador de servicios, están conscientes que el servicio se realizará bajo unos estándares determinados, que son precisamente los que le han hecho decidirse por contratar a la empresa, no al prestador de servicios que se limitó al ofrecimiento de su fuerza de trabajo.

El prestador de servicios se invisibiliza a favor de la empresa, a veces con el uso de un determinado uniforme, con el uso de logos o simplemente, porque se le pide que se presente frente al usuario y para darle seguridad, como la persona enviada por la empresa, cuyos rasgos mínimos ya le fueron suministrados por la plataforma. Incluso, a veces esos rasgos mínimos ni siquiera se refieren al prestador de servicios, sino al medio mecánico por el cual cumplirá el pedido, advirtiendo de que lo que prevalece es la marca, no las personas que están detrás de ellas.

Se invierte en la marca, que es la que termina convenciendo al usuario y en protección de ella, se asume los riesgos reputacionales y patrimoniales por un servicio no conforme.

El trabajador autónomo o por cuenta propia, busca sus propios clientes, impulsa su propia imagen, se responsabiliza por sus propios errores e invierte en el futuro de su negocio.

Las soluciones a la insuficiencia e inseguridad

En Italia y en California (Estados Unidos de América), como ya expusimos, se han aprobado en el segundo semestre del 2019, dos iniciativas legales que tienen por objetivo una mayor protección de los trabajadores de plataforma, tratando de reducir el impacto de la insuficiencia legal y la inseguridad, que puede derivar de las respuestas judiciales, especialmente por la utilización y ponderación de los indicios.

En el caso de Italia, desde la vigencia del artículo 2 del Decreto Legislativo N° 81/2015, es decir, a partir del 1° de enero del 2016, cuando un trabajo autónomo, “exclusivamente” personal y continuo está organizado heterogéneamente “también” por el comitente, en relación a lugar y tiempos de trabajo, se le deben aplicar las mismas reglas a las que se sujeta el trabajo subordinado.

Si bien con ello se avanza en la protección de relaciones de trabajo en condiciones precarias, las discusiones judiciales y doctrinales derivadas de la redacción de la norma—de lo que todavía fue un claro ejemplo los motivos incluidos en el recurso de apelación presentada contra lo resuelto por el Tribunal de Apelaciones de Turín, en sentencia N°26 de 4 de febrero de 2019 y que dio lugar finalmente, a la sentencia del Tribunal de Casación italiano, N°1663 del 24 de enero del 2020—motivaron su reforma.

La reforma introducida mediante el decreto-ley N° 101 del 3 setiembre del 2019, convertido con modificaciones en la Ley N° 128 del 2 de noviembre del 2019, modificó el requerimiento de “exclusivamente” personal por “principalmente” personal, lo cual ciertamente coincide con lo innecesario que es esta característica en trabajados en plataformas, como lo demuestran numerosas sentencias dictadas en diversos países que ya han conocido de estos mismos conflictos; pero además eliminó la frase “también con referencia a la hora y el lugar de trabajo”, en referencia a la intervención del usuario. Al mismo tiempo, creaba un capítulo referido exclusivamente a la “protección del trabajo a través de plataformas digitales”, y reafirmaba que la definición de trabajo hetero-organizado se aplicaba a quienes prestaban sus servicios por medio de estas plataformas.

La opción legislativa empleada en la Ley N° 128, claramente influenciada²⁵⁸ en el modelo de trabajo de los “riders” o “jinetes” de servicios de entrega, era una forma de poner fin a las discusiones legales que existían desde 2016, y reducir la posibilidad de que algunos empleadores se aprovecharan de la ausencia de los requerimientos ahora modificados o eliminados para no se le aplicara a los reclamantes los derechos del trabajo subordinado, pero también, una forma de evitar las inseguridades propias de las valoraciones del juez, conociendo de estas relaciones contractuales. Lo indica el mismo Tribunal de Casación, en la sentencia N°1663 del 2020, cuando afirma: “El legislador, por una parte, es consciente de la complejidad y variedad de las nuevas formas de trabajo y de la dificultad de reconducirlas a una unidad tipológica y, por otra, es consciente del resultado, a veces incierto y variable, de las controversias calificables en virtud del artículo 2094 del Código Civil italiano”, por lo que “se ha limitado a poner de relieve ciertos indicadores fácticos considerados significativos (personalidad, continuidad, hetero-organización) y suficientes para justificar la aplicación de la disciplina dictada para la relación laboral, eximiendo de toda investigación ulterior al juez” y, especialmente, “sin que el juez pueda extraer, en su apreciación de los mismos, una convicción diferente en el juicio calificador sumario”.

Por consiguiente, si bien el legislador italiano optó no por modificar la redacción de las categorías jurídicas de trabajador subordinado —*lavoro subordinato*— o trabajador autónomo —*lavoro coordinato e continuativo*—, sí reguló dentro de la tipología de nuevos contratos el trabajo hetero-organizado —*lavoro etero-organizzato*—, estableciendo de una vez los indicadores que lo definen de forma muy amplia.

Como señala el Tribunal de Casación, como medida preventiva, “el legislador, con el fin de desalentar el abuso de los escudos contractuales que podrían prestarse a ello, ha seleccionado ciertos elementos considerados sintomáticos y adecuados para revelar posibles fenómenos de elusión de las protecciones previstas para los trabajadores. En todo caso, estableció entonces que cuando la heterogeneidad de la organización, acompañada de la personalidad y la continuidad del rendimiento, es tan marcada que hace que el empleado sea comparable a un empleado, se requiere una protección equivalente y, por lo tanto, el remedio de la plena aplicación de la disciplina del trabajo subordinado”.

Por consiguiente, con el fin de evitar las tradicionales discusiones de las relaciones que se desarrollan en zonas grises, que “no tiene sentido decisivo”, lo que resulta relevante ahora es que estando estas prestaciones “en un terreno intermedio con fronteras borrosas, el sistema ha establecido

²⁵⁸ Filippo Capurro. *Lavoro autonomo e etero organizzazione: un correttivo della riforma che “stringe le maglie”*, Novembre 2019, disponible en: <https://www.beccariaecapurro.it/lavoro-autonomo-e-etero-organizzazione-un-correttivo-della-riforma-che-stringe-le-maglie/> (consultado 18-4-2020, 14:49 hrs.).

expresamente la aplicación de las normas sobre el trabajo subordinado, elaborando una regla de disciplina”, que el juez debe acatar.

Lo anterior, sin embargo, no exige a la parte que alega su existencia, demostrar que esos elementos se encuentran presentes en su relación contractual con la plataforma, pero si reduce las dificultades e inseguridades que conlleva el uso judicial de listados de indicios.

La reforma italiana del 2019 también ha sido criticada por quienes “habría sido preferible partir, a la inversa, de una declaración de laboralidad de estas prestaciones y fijar a continuación los supuestos en los que este tipo de actividades se pudieran considerar exceptuadas por carecer de las notas determinantes de la ajenidad y dependencia”²⁵⁹.

Con un modelo legislativo que podría satisfacer las críticas a la ley italiana, se ha aprobado poco antes, el 18 de setiembre de 2019, la Assembly Bill 5 (conocido como Ley AB5) en el estado de California, Estados Unidos de América, que entró en vigor el 1º de enero del 2020.

Con la norma ya citada, se eleva a rango legal y se codifica, porque implica que se agregue al Código de Trabajo, la Sección 2750.3, los indicios aplicados en el caso *Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles*, Nº S222732 (Cal. Sup. Ct. Apr. 30, 2018), sentencia que también ya ha sido comentada, en la que se presume la existencia de un contrato de trabajo si quien recibe los servicios contratados no demuestra los tres indicios que componen la prueba ABC.

En este sentido, en forma inversa a como lo dispone la ley italiana, para mayor facilidad y protección del reclamante que puede ser un prestador en servicios en plataformas virtuales, éste será trabajador salvo que la EPV demuestre los tres indicios que permiten concluir lo contrario.

Por consiguiente, en línea con la ley italiana, se reduce el margen de investigación del juez, porque no tiene relevancia el examen de otros elementos distintos a los tres que deben demostrarse, y se elimina la posibilidad siempre incierta del resultado del juicio de ponderación entre los elementos presentes de laboralidad y de no laboralidad, porque la prueba ABC exige que se cumpla la totalidad de los requisitos para que la presunción se destruya.

Por consiguiente, el grado de protección en California es mayor que el alcanzado en Italia, sin necesidad de aumentar la tipología de contratos, sin modificar expresamente la definición de las categorías básicas y entre ella, la de trabajador, pero eso sí, precisando los requisitos de la presunción legal que existe en casi todos los ordenamientos jurídicos sobre la existencia de una relación de trabajo.

Como se supondría por el alcance de la reforma, algunas profesionales u oficios quedaron excluidos, entre ellos, abogados, arquitectos, ingenieros, contadores, investigadores privados, médicos, psicólogos, veterinarios, corredores de bolsa, etc. En estos casos, si quisieran demostrar la existencia de una relación de trabajo, la ley también codifica los indicios que deben aplicarse, remitiéndolo a los utilizados en otra sentencia judicial, la del caso No. 5003956. Supreme Court of California. March 23, 1989. *S. G. Borello & Sons Inc. v. Department of Industrial Relations*). Allí se aplica una prueba “multifactorial” de indicios, sin que ninguno de ellos pueda considerarse determinante sobre los otros, sin necesidad de que todos se demuestren y cuya ponderación final dependerá de las circunstancias de cada caso. Reglas estas últimas que también se aplicarían en otros casos excepcionales, si un juez estima, por ejemplo²⁶⁰, que el poder legislativo o la Industrial Welfare Commission ha definido ya la relación en conflicto de una manera específica, o que existe una ley federal anterior que lo impide.

²⁵⁹ De nuevo sobre los trabajadores de plataformas: la solución italiana, 23 de noviembre de 2019, disponible en <https://baylos.blogspot.com/2019/11/de-nuevo-sobre-los-trabajadores-de.html> (visita 27-2-2020, 15:27 horas).

²⁶⁰ https://www.dir.ca.gov/dlse/FAQ_IndependentContractor.htm (visitado el 18-4-2020, 18:11 hrs.).

La reacción frente a la ley aprobada ha sido diversa. Por un lado, Uber ha encaminado sus esfuerzos en contra de los efectos y la aplicación de la normativa en dos direcciones. De un lado²⁶¹, en una acción con una intencionalidad parecida a la realizada en Colombia en febrero del 2020, tratando de modificar el diseño del negocio, con un plan piloto en los aeropuertos de Santa Bárbara, Palm Springs y Sacramento, dándole autonomía a los conductores para que negocien con los usuarios las tarifas (hasta en un 500% en incrementos del 10% sobre la tarifa base dada por la empresa), que obtengan más información del viaje (tiempo de viaje, distancia, destino y tarifa estimada) antes de decidir si lo aceptan, no penalizando los rechazos y permitiendo calificar como “favoritos” a algunos de sus clientes para tener la posibilidad de poder ser asignado a otro servicio solicitado por ellos. De otro²⁶², interponiendo conjuntamente con otras dos plataformas de servicios de transporte de personas y Postmates —una empresa dedicada al servicio de entrega a domicilio de alimentos de restaurantes—, una demanda ante la Corte Federal de Los Ángeles, el 30 de diciembre del 2019, contra el estado de California para interrumpir la entrada en vigencia de la ley al considerarla inconstitucional e irracional, porque “favorece a otras industrias y amenaza nuestra flexibilidad”²⁶³.

Adicionalmente, aunque la ley fue pensada para atender las condiciones precarias de trabajadores en plataformas como Uber, Lyft y Grubhub, por la forma en que ha quedado redactada y dado que listado de exclusiones tampoco se salva de la polémica, “rápidamente se hizo evidente que la ley tenía efectos secundarios preocupantes”, fiscales y laborales, incluso en el recorte de empleos y en la planificación de la jubilación de ciertos trabajadores que deseaban seguir luego de jubilados como trabajadores o tener un trabajo para completar sus ingresos de jubilación²⁶⁴.

Pero las preocupaciones de la iniciativa legal aprobada no acaban allí. Este es el caso de los periodistas que trabajan como reporteros independientes, que desean seguir siendo freelancers y que ahora suponen una restricción en su mercado de trabajo, al disponer la ley que no pueden publicar más de 35 artículos por año en un mismo periódico y si lo rebasan, deben ser contratados como empleados subordinados a tiempo parcial o completo, por lo que si bien comprenden las condiciones precarias de los trabajadores de plataforma se sienten perjudicados con la ley aprobada²⁶⁵.

Paralelamente, conscientes de las consecuencias económicas que la aplicación de la ley puede traer en otros sectores distintos del trabajo en plataformas y aunque el objetivo “es nivelar el campo de juego para todos los empleadores”, quienes impulsaron la ley han discutido sobre la necesidad de asignar del presupuesto estatal recursos para subvencionar las pequeñas empresas “que hacen un esfuerzo de buena fe para cumplir con AB 5”²⁶⁶.

4. El concepto de trabajador en el futuro del trabajo

Sin dejar de recordar la existencia de fraudes contractuales o de relaciones triangulares que ocultan relaciones que deben regirse por el derecho del trabajo, que hay abusos al revestir de trabajadores autónomos a quien realmente no lo es, por más que en su psiquis siga considerando el trabajador que es un prestador de servicios independiente, así como del compromiso existente de luchar por reducir el déficit de trabajo decente proveniente de tales prácticas; también hay que tener presente que la

²⁶¹ Uber changing app to avoid reach of California's new gig workers law. February 2020, disponible en: <https://www.theguardian.com/technology/2020/feb/07/uber-ab5-changes-drivers-california> (visitado 21-3-2020, 17:06 hrs.).

²⁶² Entra en vigencia ley que modifica el estatus de ciertos trabajadores en California. 31 de diciembre de 2019, disponible en <https://www.telemundo20.com/noticias/entra-en-vigencia-ley-que-modifica-el-estatus-de-ciertos-trabajadores-en-california/1977731/> (visitado el 21-3-2020, 17 hrs.).

²⁶³ Uber declara la guerra al estado de California, disponibles en <https://www.lavanguardia.com/economia/20200107/472757935862/uber-regulacion-ley-california-demanda.html> (visitado el 21-3-2020, 17:15 hrs.).

²⁶⁴ Will California's AB5 Law Gag Your Gig Retirement?. Feb 27, 2020, disponible en: <https://www.newsbreak.com/news/oOGRKHCz/will-californias-ab5-law-gag-your-gig-retirement> (visitado el 21-3-2020, 16:44 hrs.).

²⁶⁵ 'Freelancers' de California afectados por la AB 5. 8 de enero de 2020, disponible en <https://laopinion.com/2020/01/08/freelancers-de-california-afectados-por-la-ab-5/> (visitado el 21-3-2020, 17:13 hrs.).

²⁶⁶ New California Labor Law AB 5 Is Already Changing How Businesses Treat Workers. Feb. 14, 2020, disponible en <https://ktla.com/news/local-news/new-california-labor-law-ab-5-is-already-changing-how-businesses-treat-workers/> (visitado el 21-3-2020, 17:14 hrs.).

precariedad de las condiciones de trabajo de quienes prestan sus servicios por medio de las plataformas virtuales ha sido y sigue siendo el objeto de las mismas inquietudes que han animado desde hace décadas el impulso de políticas públicas orientadas a aumentar la transición de la población en condiciones de informal a la formalidad.

El reconocimiento de que los trabajadores en plataforma, aun y cuando sean concebidos como trabajadores autónomos e independientes, deberían disfrutar de algunos derechos similares a los trabajadores subordinados, como ha sucedido con las reformas implementadas en Francia e Italia, también debería atender la misma problemática y necesidades que tienen el resto de personas a quienes no se les reconoce su trabajo como objeto de la protección de la legislación laboral, al estimarse que no reúnen los indicios de laboralidad suficientes para que su contrato sea reclasificado. De allí que no sea de extrañar el ámbito general con el que se ha regulado estas relaciones contractuales de zonas grises o de fronteras borrosas, como sucedió en el estado de California con la Ley AB5.

Las discusiones de si el trabajo prestado debe ser calificado como trabajo subordinado o autónomo, han sido considerada irrelevante en iniciativas legislativas como la aprobada en Italia. Un tratamiento que también marcha en la misma línea de quienes insisten en que deberíamos olvidarnos de estas categorías históricas y avanzar a otra de mayor significado, la del trabajo a secas, como objeto que merece una determinada protección social.

Como lo resume Todolí Signes²⁶⁷: “En este sentido, las propuestas doctrinales de modernización del Derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas, también, por ampliar del ámbito subjetivo de la disciplina. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería extenderse a todo el “mundo del trabajo”. La anterior tendría, como primera consecuencia, que el trabajo personal, esté formulado bajo dependencia o independencia, seguiría sujeto a normativas protectoras”.

En nuestro medio ya tenemos un ejemplo de cómo se liberó a la Seguridad Social del anclaje del contrato de trabajo, aunque fuera para establecer un régimen especial de aseguramiento para los trabajadores independientes

Luego, tratándose en definitiva del trabajo humano, están las opciones de política legislativa que van desde atribuir a este trabajo la totalidad de derechos laborales que se reconocen a los trabajadores subordinados o solo una parte de ellos, trasladando la discusión a la delimitación de cuales derechos sociales se estimarían universales para cualquier clase de trabajo.

Algunas iniciativas en el marco de la Unión Europea

En 2017, la “Agenda Europea para la economía colaborativa”, que fue aprobada por el Parlamento Europeo, sugería una protección social mínima para cualquier persona que trabajara, sin importar su status jurídico-contractual; en ese sentido, instaba a los Estados miembros y a la Comisión a que: “garanticen condiciones justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa con independencia de su status”. Aunque no definía el contenido de esos estándares mínimos, si adelantaba como parte de las acciones que debían emprenderse, el “modernizar la legislación en vigor, en particular los sistemas de seguridad social”, una tarea, que al menos respecto de la seguridad social y en el caso de Costa Rica, ya se ha adelantado a partir de la entrada en vigencia

²⁶⁷ Todolí Signes, A. Las plataformas digitales y la ampliación del concepto de trabajador: jurisprudencia española y la nueva Ley de California (AB5), op.cit., p.293.

de la Ley de Protección al Trabajador y la aprobación del régimen de aseguramiento obligatorio para trabajadores independientes.

En la búsqueda de un “catálogo común de derechos aplicables al trabajo en cuanto género”²⁶⁸, de modo que se garantice “que el crecimiento sea más inclusivo” (Valdis Dombrovskis²⁶⁹), “sin importar como evolucione el nuevo mundo de trabajo” (Marianne Thyssen²⁷⁰)²⁷¹, algunas contribuciones se han hecho desde diferentes sectores.

Desde la perspectiva sindical, la Confederación Europea de Sindicatos (CES), en su Declaración de Frankfurt (Frankfurt Paper on Platform —Based Work²⁷²—) en abril de 2016, adoptada en el 1º Taller Internacional sobre Estrategias Sindicales en la economía de plataforma, señalaba la necesidad de ofrecer “a todos los trabajadores”, unos “minimum standards”, dentro de los cuales están el derecho de los trabajadores a organizarse, la garantía de un salario mínimo y el acceso a las protecciones de la seguridad social, incluyendo el seguro de desempleo, discapacidad, seguro médico, pensión, protección de la maternidad e indemnización en caso de enfermedad o lesión relacionada con el trabajo. Lo que fue retomado por la misma CES en su resolución del Comité Ejecutivo de junio del 2016, que adoptó la resolución: “Hacia un trabajo digital justo”²⁷³, en la que luego de identificar la necesidad de una “remuneración mínima”, además de la apertura de los sistemas de seguridad social y de formación profesional, también recordaba que “el legislador europeo tiene que intervenir para garantizar que los trabajadores obtengan más poder de negociación y sean tratados de manera justa”, por lo que debe alentarse “nuevas definiciones inclusivas para trabajador y empleador”.

Desde entonces, se han seguido desarrollando numerosas iniciativas en materia social que teniendo en cuenta la situación de los prestadores de servicio en plataformas virtuales permitan mejorar sus condiciones de trabajo, procurando que los estados miembros de la Unión Europea adopten políticas públicas nacionales, que hagan que la brecha entre el trabajo subordinado, típicamente cubierto por las legislaciones de trabajo, y los trabajadores aun denominados en muchos de ellos como trabajadores autónomos se vaya acortando.

Este es el caso del Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado en Gotemburgo (2017) durante la Cumbre Social a favor del empleo justo y el crecimiento, que ya tenía en consideración los “nuevos desafíos” derivados de la revolución digital y la necesidad de promover “formas innovadoras de trabajo que garantice condiciones de trabajo de calidad” (capítulo II).

Vinculado con ello, se aprobó la Recomendación del Consejo de la Unión Europea, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C 387/01), de 8 de noviembre de 2019²⁷⁴, que protege no sólo a trabajadores de estas categorías, sino también, a “las personas que transitan entre estas dos situaciones o que se encuentran en ambas”. Esto implica que toda persona trabajadora, indiferentemente de la calificación jurídica que reciba su vínculo contractual, debe reconocérsele el derecho a las siguientes ramas de la protección social, siempre que ellas existan en cada Estado miembro: prestaciones de desempleo; prestaciones por enfermedad y de

²⁶⁸ <https://www.elmundo.es/economia/empresas/2017/06/19/5947bd4bca4741fe1f8b45e6.html> (visitado 18-4-2020, 14:35 hrs.).

²⁶⁹ Declaraciones del vicepresidente del Euro y el Diálogo social, la Estabilidad Financiera, los Servicios Financieros y la Unión de Mercados Captales.

²⁷⁰ Declaraciones de la Comisaria de Empleo, Asuntos Sociales, Capacidades y Movilidad Laboral.

²⁷¹ Comisión Europea. Comunicado de Prensa: La Comisión adopta propuestas relativas a la Autoridad Laboral Europea y al acceso a la protección social. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-18-1624_es.

²⁷² Frankfurt Paper on Platform - Based Work. Proposals for platform operators, client, policy makers, workers, and worker organizations, disponible en: https://www.igmetall.de/download/20161214_Frankfurt_Paper_on_Platform_Based_Work_EN_b939ef89f7e5f3a639cd6a1a930feffd8f55cecb.pdf.

²⁷³ <https://www.etuc.org/fr/document/resolution-ces-sur-la-numerisation-vers-un-travail-numerique-equitable> (visitado 19-4-2020, 9:08 hrs.).

²⁷⁴ Diario Oficial de la Unión Europea, 15.11.2019.

asistencia sanitaria; prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; prestaciones de invalidez; prestaciones de vejez y supervivencia; y prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales (numeral 3). Un objetivo que considerando las circunstancias nacionales, se recomienda alcanzar para los trabajadores por cuenta ajena, con carácter obligatorio y para los trabajadores por cuenta propia, “al menos con carácter voluntario y, cuando proceda, con carácter obligatorio” (numeral 8).

Finalmente, el Comité Europeo de las Regiones en su dictamen sobre “Trabajo en plataformas digitales: retos normativos en las esferas local y regional” (2020/C 79/07), publicado el 10 de marzo del 2020²⁷⁵, reitera que el derecho de todos los trabajadores “a un trato justo y equitativo en lo relativo a las condiciones de trabajo, el acceso a la protección social y a la formación—independientemente del tipo y la duración de la relación laboral— y el derecho a una remuneración justa”.

Esta búsqueda por una base mínima de protección social que supere los conflictos jurídicos derivados de las múltiples categorías jurídicas en juego tiene no solo un objetivo social sino también económico. Aunque el Comité, “reconoce la complejidad de las relaciones contractuales en las plataformas digitales”, no puede por esa sola realidad dejarse que se sujeten a normas básicas comunes, por lo que pide que “se transpongan a la economía de las plataformas y a sus trabajadores las disposiciones laborales y sociales fundamentales, subrayando la necesidad de afrontar a nivel europeo el impacto social del mercado único digital. Una regulación adecuada a nivel nacional —y, cuando sea necesario, a nivel europeo, habida cuenta de la dimensión transnacional de la economía digital— que afronte los retos normativos en las plataformas digitales creará unas condiciones de competencia equitativas entre la economía tradicional y la economía de las plataformas digitales y combatirá el dumping social”.

En el contexto del Futuro del Trabajo y la OIT

La OIT también ha motivado a sus Estados Miembros a desarrollar un enfoque frente al futuro del trabajo, que siguiendo con el objetivo de promover el trabajo decente y reducir los déficit existentes en muchas áreas productivas, sea comprensivo de la totalidad de los trabajadores, sin que resulte relevante para ello la calificación jurídica que los ordenamientos nacionales y sus tribunales realicen de las condiciones contractuales específicas por las cuales se vincula a una organización productiva, incluyendo el trabajo desarrollado en las plataformas virtuales, a las que explícitamente se hace referencia en declaraciones e informes.

La Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo²⁷⁶, adoptada durante la 108ª Reunión de su Conferencia General, en junio de 2019, exhorta a todos los Miembros, teniendo en cuenta las circunstancias nacionales, para que por medio del tripartismo y el diálogo social, sigan desarrollando su enfoque del futuro del trabajo centrado en “las personas” —un concepto más amplio que el de “trabajadores”—, de modo que ellas puedan beneficiarse de: el logro efectivo de la igualdad de género en materia de oportunidades y de trato; un sistema eficaz de aprendizaje permanente y una educación de calidad; el acceso universal a una protección social completa y sostenible, y medidas efectivas para afrontar las transiciones a lo largo de su vida laboral.

Un objetivo ambicioso que refuerza la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, instaurada por el Director General de la OIT, que inició sus trabajos en octubre de 2017 y que presentó su informe final también en el 2019: “Trabajar para un futuro más prometedor”²⁷⁷.

²⁷⁵ <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/zc6132ef-6298-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-es/format-HTML> (visitado el 29-4-2020, 12:01 hrs.).

²⁷⁶ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@ed_norm/@relconf/documents/meetingdocument/wcms_711699.pdf.

²⁷⁷ Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019, p.12-13.

La Comisión propone un programa centrado en las personas “que fortalezca el contrato social, situando a las personas y el trabajo que realizan en el centro de las políticas económicas y sociales y de la práctica empresarial”. Derivado de ello, a todos los trabajadores, “con independencia de su acuerdo contractual o situación laboral”, deberían serles reconocidos los derechos fundamentales del trabajo (entre ellos, con especial referencia a la libertad sindical y del derecho de negociación colectiva), un salario vital adecuado, estar protegidos por un límite máximo a las horas de trabajo y estar protegidos por medidas que garanticen la seguridad y la salud en el trabajo.

Para alcanzar un resultado exitoso, debería establecerse “un sistema de gobernanza internacional” en las plataformas digitales, que involucre a las empresas y a sus clientes y les exija el respeto de este conjunto de derechos mínimos, a la vez que en clave futurista, regule el uso de datos y permita un control efectivo de los algoritmos.

B. Las obligaciones sociales y fiscales vinculadas con la adaptación de la protección social al trabajo en plataformas virtuales

La OIT en su estudio “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”²⁷⁸, señaló criterios adicionales para adaptar la protección social al trabajo en plataformas digitales, que vendrían a complementar los 18 criterios que tienden a lograr un micro trabajo más justo, los que se han resumido en: 1. Adaptar mecanismos de seguridad social y fiscales, que mediante mecanismos tecnológicos simplifiquen la cobertura de los trabajadores, independientemente de la calificación jurídica de su contrato; y 2. Crear y reforzar mecanismos de financiamiento.

En algunos de ellos, el país ha mostrado avances que facilitan la búsqueda de soluciones. Así, sin importar la calificación jurídica que se haga el prestador del servicio, como trabajadores subordinados o independientes, los requerimientos exigidos por los distintos proyectos de ley que se han tramitado y se siguen tramitando en la Asamblea Legislativa son de fácil cumplimiento administrativo. En ellos se solicitan su registro como contribuyente del pago del impuesto de renta o su aseguramiento como trabajadores ante la Caja Costarricense del Seguro Social y, aunque expresamente no se indique pero es obvio, ante el Instituto Nacional de Seguros.

1. Adaptar mecanismos de seguridad social y fiscales, que mediante mecanismos tecnológicos simplifiquen la cobertura de los trabajadores, independientemente de la calificación jurídica de su contrato

Como ya se indicó, el aseguramiento al sistema que administra la Caja Costarricense del Seguro Social no se basa exclusivamente en la definición de trabajo subordinado sino incluye también al trabajador independiente. En consecuencia, sin importar la calificación jurídica que se le termine dando a los trabajadores en plataformas virtuales existe un seguro para ellos, que les permite tener acceso a la mayoría de los riesgos y contingencias básicos. Estos se describen, a modo de ejemplo, en la ya citada Recomendación del Consejo de la Unión Europea, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia (2019/C—387/01), de 8 de noviembre de 2019: prestaciones por enfermedad y de asistencia sanitaria; prestaciones de maternidad y de paternidad asimiladas; prestaciones de invalidez; prestaciones de vejez y supervivencia. Quedan excluidas, por no existir en el país, las prestaciones por desempleo.

²⁷⁸ OIT. Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Oficina Internacional del Trabajo, op.cit., p. 120-121.

De igual manera, todo trabajador, con independencia de la calificación jurídica que reciba su contrato, está obligado a asegurarse al régimen de riesgos del trabajo que administra el Instituto Nacional de Seguros, en la que recibirá las prestaciones relacionadas con accidentes de trabajo y enfermedades profesionales.

La flexibilidad en la administración de los regímenes de protección social permite la posibilidad de aseguramiento, aun si el contrato es a plazo o indefinido, por tiempo completo o parcial o incluso sin compromiso horario determinado, continuo o discontinuo y hasta se pueden registrar múltiples empleadores en el caso de trabajo subordinado. Adicionalmente, el tamaño de la empresa tampoco tiene relevancia en el caso de trabajadores subordinados.

Aunque los ingresos de los trabajadores autónomos o independientes suelen registrarse inicialmente en base a su propia declaración, el servicio de inspección de la Caja Costarricense del Seguro Social tiene acceso a las declaraciones juradas de ingresos que para el cobro del impuesto de renta debe presentar el trabajador. En ellas se evidencia la totalidad de ingresos, esporádicos o continuos, de uno o más clientes o usuarios de sus servicios, durante el periodo fiscal. En este contexto, los cortos o largos períodos en los que no tenga ingresos ni causan inconvenientes algunos.

En efecto, una vez realizada su inscripción ante la Dirección General de Tributación Directa como trabajador independiente, sus obligaciones se limitan a cumplir con la presentación de las declaraciones anuales de ingresos y al pago del impuesto correspondiente. Esto se puede hacer virtualmente, sin que tampoco sea obstáculo para ello ni el tipo de contrato, ni el tiempo de servicios, ni la multiplicidad de clientes.

Para el aseguramiento ante la Caja Costarricense del Seguro Social existe una base mínima contributiva, que es el valor de referencia para fijar las cargas sociales que deben pagar los trabajadores independientes, para disfrutar del Seguro de Salud como del Seguro de Invalidez, Vejez y Muerte. En el 2020 el costo mínimo que tendría que ser cancelado por mes es de ₡ 19,076.13 colones (US\$ 34.01), mientras si fuera un trabajador subordinado, se incrementaría a ₡ 27,234.40 colones (US\$ 48.55).

Dependiendo del tiempo diario de servicio que la persona se mantenga conectada a la plataforma e independientemente de la naturaleza jurídica del vínculo, el monto ya indicado de cargas sociales no debería propiciar un incremento en los niveles de evasión. De igual forma, entre menor sea el tiempo invertido y los ingresos percibidos, resulta previsible que suceda lo contrario, si las bases mínimas contributivas no se reajustan o no son directamente proporcionales a los ingresos.

Si se considera que hay prestadores de servicios que obtienen de este trabajo sus únicos ingresos, mientras para otros representa la mayor parte de ellos o solo una parte que complementa lo que perciben de otras labores asalariadas, trabajos autónomos o jubilaciones, el análisis del sector se dificulta. A ello se suma que pueden prestar sus servicios para una o más plataformas, incluso virtuales o de servicios geolocalizados, con diferente intensidad.

Por otra parte, el ingreso pagado por la EPV es solo un dato, de otros más que deberían valorarse para determinar los ingresos sobre los cuales deben calcularse las cargas sociales. Es el caso específico de algunas plataformas de servicios geolocalizados, porque según el modelo que se utilice, hay quienes siendo propietarios de sus vehículos con el pago percibido asumen los costos de mantenimiento, combustible, seguros, etc., mientras otros que alquilan el vehículo, pagan además una cuota de arrendamiento y se hacen cargo parcial o totalmente de aquellos mismos costos, algo similar a lo que sucede con los contratados como choferes.

Por consiguiente, si bien el sistema de seguridad social ha sido lo suficientemente flexible para darle una solución propicia al aseguramiento de las trabajadoras del hogar o de quienes se desempeñan en la recolección del café, con el fin de que puedan gozar de ciertos beneficios, en el primero de los casos, tanto del seguro de salud como del seguro de invalidez, vejez y muerte, mientras que en el segundo, solo del seguro de salud; debe advertirse que el perfil ocupacional de estos colectivos de

personas no era tan complejo de analizar. Luego, en el caso de los recolectores de café, el Estado también ha tenido que contribuir asumiendo una parte del financiamiento, lo que no siempre será posible extender a otros grupos ocupacionales y menos ahora, con el impacto en las finanzas del Estado, de las medidas adoptadas para atender la emergencia nacional propiciada por el COVID-19.

Del “Reglamento para la inscripción de patronos y el aseguramiento contributivo de las trabajadoras domésticas y escala de bases mínimas contributivas reducidas, únicamente para las trabajadoras domésticas”, de julio de 2017²⁷⁹, hay que rescatar que existe la posibilidad de diseñar bases mínimas contributivas, más reducidas que las normales, cuando existe una prestación de servicios para múltiples empleadores, sin que se labore una jornada laboral completa con ninguno de ellos.

Luego, del convenio celebrado el 20 de noviembre de 2019 para el “aseguramiento contributivo de los recolectores de café en forma excepcional y por la temporalidad de la cosecha”, que fue suscrito entre la Caja Costarricense de Seguro Social, el Ministerio de Trabajo y Seguridad Social y el Instituto del Café de Costa Rica²⁸⁰, hay que rescatar la necesidad de que exista una entidad que permita identificar a las personas que deben asegurarse y que reporte los ingresos percibidos por cada una de ellas y esta no puede ser otra que la misma EPV. Por lo tanto, como se expresa en distintas iniciativas legales resulta necesario que estas empresas se registren, quienes les prestan sus servicios se inscriban y los pagos realizados se reporten a las instituciones fiscalizadoras del pago de impuestos y de cuotas a la seguridad social.

Partiendo de que exista un registro de las EPV y de los prestadores de servicio, debería ser posible exigir a aquellas, por la dispersión de estos últimos, la retención de las sumas correspondientes a su aseguramiento, ya sea bajo el régimen normal o bajo el específico de trabajadores autónomos. La posibilidad de que el pago de esa suma se incluya dentro del precio del servicio, para que la asuma el usuario, si bien es una forma de no alterar la estructura actual de utilidades entre las partes, es un tema que puede ser controvertido según el nivel de ingresos de los prestadores de servicios, aunque menos que exigir a la propia EPV que contribuya al pago de las cuotas obreras, mientras sea quien fije unilateralmente el precio del servicio y determine la utilidad que le corresponde a cada quien.

Por otra parte, el hecho de que las plataformas sean empresas multinacionales y su sede se encuentre en el exterior, para efectos fiscales no impide que el prestador del servicio se registre en Costa Rica, porque para efectos del pago del impuesto de renta, habiéndose prestado el servicio en el país, resulta indiferente si el pago lo recibe de una fuente local o internacional.

2. Crear y reforzar mecanismos de financiamiento

Para algunas de las opciones legislativas que se han examinado, la implementación de mecanismos de financiamiento públicos y privados resulta vital para el éxito que se quiere alcanzar.

Como se ha advertido, la incidencia económica de algunas de estas opciones dependerá de calificación jurídica que finalmente reciba el vínculo contractual entre el prestador de servicios y la plataforma.

Si la decisión final la adopta el juez, las consecuencias patrimoniales de esa decisión, una vez aplicada a las decenas de miles de trabajadores que participan de trabajos en plataformas virtuales, por diferencias salariales respecto del mínimo legal, vacaciones no canceladas o disfrutadas, aguinaldos no pagados, prestaciones laborales, cuotas obrero-patronales no ingresadas al sistema de seguridad social, impuestos no retenidos, intereses e indexación, resulta difícil de cuantificar y sin duda implicará un cambio en el esquema de negocio. Este cambio no debe ser de ninguna forma absorbido únicamente por el trabajador sino también

²⁷⁹ La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 10 de la sesión N° 8914, celebrada el 6 de julio del año 2017, aprobó el citado reglamento y la Escala de bases mínimas contributivas reducidas, únicamente para las trabajadoras domésticas.

²⁸⁰ La Junta Directiva de la Caja Costarricense de Seguro Social, en el artículo 312 de la sesión N° 8986, celebrada el 30 de agosto del 2018, aprobó el Reglamento del aseguramiento contributivo de la población recolectora de café en el Seguro Social.

por la empresa, aunque ello afecte la capacidad de crecimiento de la misma y el nivel de empleabilidad, pues no podría razonablemente justificarse un trato diferenciado a favor de estas empresas que no sea extensible a otras, que asumen las obligaciones legales, con o sin dificultades similares.

Aun cuando no se les califique a los prestadores del servicio como trabajadores subordinados, un reconocimiento mayor de los beneficios sociales que deben obtener puede terminar siendo cofinanciado entre el trabajador y el empleador o asumido solo por éste, como se ha dispuesto en algunas de las legislaciones extranjeras que se han reseñado. Este es el caso de los aportes exigidos para el sostenimiento de los programas de formación profesional a los que el trabajador puede tener acceso.

Incluso, algunas garantías como el derecho de descanso, a semejanza de las vacaciones en trabajadores subordinados, puede ser un componente más del precio del servicio en cuyo financiamiento termine contribuyendo el usuario.

Otras garantías para un trabajo digno no tienen costo, como la limitación del tiempo máximo de conexión, el adecuado tratamiento de los datos y el derecho de portabilidad de las evaluaciones y calificaciones recibidas, etc.

Tema distinto es la definición de un ingreso básico universal, respecto del cual siguen existiendo interrogantes “acerca de la suficiencia de los beneficios, los requisitos de financiación y su disponibilidad, y la justicia redistributiva”²⁸¹.

C. Las acciones complementarias

Las políticas públicas ya descritas, deben acompañarse de otras acciones que les complementen. De un lado, los propios trabajadores han demostrado que por la vía colectiva es posible alcanzar logros sustanciales que les aseguren condiciones de trabajo dignas en el ámbito de las plataformas virtuales; acciones que han sido ejecutadas con y sin el acompañamiento de las organizaciones sindicales y que han permitido la formación de organizaciones, la celebración de negociaciones colectivas y hasta la ejecución de huelgas. De otro, siguen existiendo, como ha sucedido desde el inicio, iniciativas de soft law, de muy diversa naturaleza, comenzando por la implementación de los tradicionales códigos de conducta empresarial, que siguen señalando hacia un mínimo de derechos que se estiman indispensables en cualquier clase de plataforma.

Sin embargo, la labor de los cuerpos de inspección del Estado no puede faltar y debe fortalecerse. Ellos son los llamados a lograr que sean efectivas las políticas existentes, combatiendo cualquier resquicio de cultura de incumplimiento, identificando el fraude y sancionándolo; pero además, deben apoyar la efectividad de cualquier política futura, recordando que como se ha dicho para el caso del trabajo subordinado, solo cuando el Estado “instrumenta un órgano específico de control del cumplimiento de esas leyes (y de las normas laborales) puede hablarse de un verdadero Derecho del Trabajo”²⁸².

1. De la acción colectiva al diálogo social

Si desde antes de la cuarta revolución industrial las organizaciones sindicales enfrentaban dificultades para organizar a los trabajadores autónomos o independientes, hacer lo mismo con quienes prestan sus servicios por medio de plataformas virtuales presenta un reto mayor²⁸³.

²⁸¹ *Ibíd*, p.121.

²⁸² Alfredo Montoya Melgar. *Derecho del Trabajo*, Madrid, Tecnos, 40ª edición, 2019, p. 264.

²⁸³ Dictamen del Comité Europeo de las Regiones — Trabajo en plataformas digitales: retos normativos en las esferas local y regional, disponible en: <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/2c6132ef-6298-11ea-b735-01aa75ed71a1/language-es/format-HTML> (visitado el 29-4-2020, 12:01 hrs.).

Para la Confederación Europea de Sindicatos²⁸⁴, resulta primordial convencer a los trabajadores de plataformas digitales que su vinculación a la EPV mediante contratos que los clasifican como autónomos no corresponde con la realidad de su trabajo ni con la calificación jurídica legal y que es necesario que cuenten con una representación de sus intereses colectivos. Para ello se requiere de oportunidades que les faciliten cooperar entre sí, a pesar de la dispersión que ya de por sí ocasiona el hecho de que laboren para una plataforma que les imposibilita comunicarse entre ellos y el temor de ser desconectados en caso de reclamar contra el régimen actual.

En Costa Rica, las centrales sindicales han experimentado todas estas dificultades, pero dejando a un lado su apoyo a los programas o actividades orientadas, de manera general, a reducir la informalidad, no mantienen programas de acción orientados a apoyar las reivindicaciones de los trabajadores de plataforma. Cuando éstos se han organizado, y es el caso de los trabajadores de servicios geolocalizados en el ámbito de del transporte de personas y alimentación, ha sido por sus propios medios y recursos.

De un lado, debe seguirse apoyando a los trabajadores de las EPV, a que construyan y sigan fortaleciendo las iniciativas ya creadas, que les permitan crear espacios de intercambio de información, reflexión y análisis de sus condiciones particulares de trabajo, dar consejos o recomendaciones sobre las diferentes opciones de trabajo, las condiciones que existen en cada una de ellas y las evaluaciones de los usuarios. Si bien estas iniciativas normalmente se han venido llevando a cabo por medio de las redes sociales, debería ser posible con el apoyo técnico necesario, que por la especial naturaleza de su trabajo, que ya de por sí dificulta su interacción, puedan hacer uso de plataformas virtuales que faciliten sus actividades. Algunas experiencias extranjeras de trabajadores de plataforma y orientadas a estos mismos objetivos podrían ser útiles.

Todo ello, sin perjuicio del derecho de asociación y de negociación colectiva que ya de por sí tienen con base en las normas internacionales del trabajo y que les han permitido fomentar vías de diálogo social y negociar con las EPV mejores condiciones de trabajo.

De otro lado, a falta de una ley y/o de una doctrina judicial consolidada que otorgue a los trabajadores condiciones decentes de trabajo, las organizaciones sindicales costarricenses deberían recopilar y analizar las numerosas experiencias que desde el mundo sindical se han impulsado para extraer de ellas las mejores prácticas que han permitido acercarse a la realidad del trabajo en plataformas virtuales y obtener resultados exitosos.

De igual forma, las organizaciones de empleadores están llamadas a incorporar a las EPV en sus planes de trabajo y alentar en ellas, como lo hacen con el resto de sus asociados, aquellas acciones que no solo van dirigidas al desarrollo socioeconómico del país, al progreso y a la competitividad, sino también a la implementación de prácticas responsables dentro del sector productivo²⁸⁵, tanto en lo legal como en lo social. Los códigos de conducta que algunas de las EPV han implementado como iniciativas de soft law o que incluso han sido objeto de acuerdos con los trabajadores o centrales sindicales a nivel de empresa, pueden constituir una base de estudio que debería no solo darse a conocer, sino analizada con detalle.

En este contexto, la mejora de las condiciones de trabajo de quienes prestan sus servicios en plataforma, como lo menciona el Informe final de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT, pasa porque tanto las organizaciones de trabajadores, como las de empleadores robustezcan "su

²⁸⁴ ETUC Resolution on tackling new digital challenges to the world of labour, in particular crowdwork. adoptada el su Reunión de Comité Ejecutivo, del 25-26 de octubre de 2017, disponible en: <https://www.etuc.org/en/document/etuc-resolution-tackling-new-digital-challenges-world-labour-particular-crowdwork> (visitado el 19-4-2020, 10:54 hrs.).

²⁸⁵ Esta es la misión de la Unión Costarricense de Cámaras y Asociaciones del Sector Empresarial Privado (UCCAEP, disponible en: <https://www.uccaep.or.cr/index.php/about/mision-y-vision.html> (visitado el 21-4-2020, 15:46 hrs.).

legitimidad representativa a través de técnicas de organización innovadoras que lleguen a quienes están involucrados en la economía de las plataformas, incluso a través del uso de la tecnología²⁸⁶, posibilitando con ello que las soluciones puedan darse preferiblemente como resultado del diálogo social.

El contenido de estas negociaciones está cada vez más claro, tanto por las iniciativas legales que se han impulsado, como por las experiencias unilaterales o bilaterales que se han venido desarrollando y que en gran medida ya se han recogido en diversos estudios, ejemplo de lo cual, aunque para plataformas de servicios virtuales, son los criterios que para alcanzar plataformas de micro trabajo más justas, se incluyeron en el estudio de la OIT, ya citado: “Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital”²⁸⁷.

Tomando como referencia estos criterios y aplicándolos también al trabajo de servicios en plataforma geolocalizados, el fomento del trabajo decente en el mundo digital exigiría de las partes sociales, compromisos como los siguientes:

- Incentivar acciones o procedimientos, que en ausencia de una nueva legislación que defina con claridad la calificación jurídica que debe darse a los distintos trabajos que se desarrollan en plataformas virtuales, al menos permita un efectivo cumplimiento de las leyes existentes o de las resoluciones judiciales que se dicten.
- Garantizar la libertad de asociación y de negociación de los trabajadores, sin riesgo de represalias y vías efectivas y expeditas de comunicación entre los representantes de ellos y los representantes de las empresas que les contratan, de modo que pudiendo expresar sus deseos y necesidades estos lleguen a ser escuchados por las empresas.
- Conocer transparentemente las condiciones del contrato, con lenguaje claro y preciso que sea comprensible, especialmente sobre la naturaleza jurídica del vínculo, las tareas o servicios que deben desempeñarse, sus obligaciones y derechos, la forma de pago y los factores que la determinan.
- Recibir una remuneración adecuada, que tome como referencia, entre otros, el salario mínimo vigente en su lugar de trabajo para trabajadores de la misma actividad, la cantidad de horas trabajadas, las horas de disponibilidad —de no trabajo a pesar de estar conectado— y los costos del trabajador asociados a la prestación del servicio.
- Garantizar una remuneración que compense el tiempo empleado por el prestador del servicio cuando, por problemas técnicos atribuibles a la plataforma o por errores que son responsabilidad del cliente, no se puede completar el mismo.
- Rechazar el servicio o la tarea sin ser castigado por ello, previo acceso a la información necesaria para adoptar esa decisión.
- Acudir a un procedimiento que de forma imparcial y objetiva permita al prestador del servicio objetar la decisión del cliente de no pagar por el mismo.
- Ser evaluado mediante un procedimiento que se base en criterios objetivos que haya sido previamente comunicado al trabajador, que exija del cliente, cuando ello sea posible, la demostración de los hechos o circunstancias que sustentan su calificación negativa cuyo resultado le sea comunicado al trabajador y tenga la oportunidad de impugnarlo.

²⁸⁶ Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, op.cit., p.13.

²⁸⁷ OIT. Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital. Oficina Internacional del Trabajo, op.cit., p. 115-120.

- Conocer antes de aceptar o rechazar una tarea o servicio, los porcentajes de rechazo de pago que el cliente ha realizado con anterioridad, los motivos de ello y las evaluaciones recibidas de otros trabajadores a ese cliente.
- Tener acceso y poder archivar su historial como trabajador de la plataforma, incluyendo las tareas o servicios realizados y las calificaciones recibidas para levantar su currículum y su historial de pago, para atender sus obligaciones fiscales.
- Trabajar para múltiples plataformas, sin que sea castigado por no mantener la exclusividad.
- Trabajar fuera de la plataforma, con los clientes que los contacten.
- Proteger los datos personales del prestador del servicio.

Según la naturaleza de la plataforma, también podría ser relevante, como menciona el mismo estudio:

- políticas claras sobre las condiciones en las que el abandono de la plataforma puede ser posible, para tener contacto por fuera de ella con los clientes que atendía.
- acceso a algunos datos sobre la identidad de los clientes y el objeto o finalidad del trabajo o tarea asignada.
- conocimiento anticipado, antes de aceptar la tarea o servicio, de aquellas condiciones que pueden ser psicológicamente estresantes o perjudiciales, durante la ejecución de aquellas.

2. Las acciones fiscalizadoras por los cuerpos de inspección del Estado

Como lo recuerda el Informe final de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo de la OIT²⁸⁸, los sistemas de la inspección del trabajo, son parte de “las piedras angulares de las sociedades justas. Son las forjadoras de las vías que llevan a la formalización, la reducción de la pobreza laboral y un futuro de trabajo con dignidad, seguridad e igualdad económicas”.

Esta mención que se hace sobre la relevancia de las funciones asignadas a los cuerpos de inspectores a cargo del Ministerio de Trabajo, también es extensible a los inspectores de la Caja Costarricense del Seguro Social en las materias de su competencia, que tienen que ver con el control de al menos el cumplimiento de la afiliación obligatorio al régimen de trabajadores independientes y el correcto registro de sus ingresos.

Pese a ello, en ambos casos, todavía no se han levantado actas de infracción y prevención ni traslados de cargos que se hayan originado en denuncias interpuestas por los trabajadores de las EPV.

Quienes prestan sus servicios por medios de estas plataformas, se inscriben ante la Caja Costarricense del Seguro Social como trabajadores independientes, que precisamente coincide con la percepción que ellos mismos tienen de sí mismos, como se los ha recordado insistentemente las empresas, tanto al formalizar el contrato de prestación de servicios, como al referirse a ellos mediante expresiones como socios, colaboradores y otras semejantes. A consecuencia de este mismo perfil estas personas no consideran que los servicios de inspección puedan auxiliarles. De hecho, han estado más prontos a manifestarse en la vía pública, suspendiendo colectivamente sus labores y reivindicando por sí mismos, mejores condiciones de trabajo, que recurriendo a la protección de los inspectores.

Estos mismos cuerpos de inspección tampoco han tenido la oportunidad de tener que calificar la naturaleza jurídica de esos servicios, pero sí perciben algunas dificultades de inicio, como la dispersión natural de los trabajadores de plataformas de servicios geolocalizados o la “invisibilidad” de quienes

²⁸⁸ Trabajar para un futuro más prometedor – Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, Oficina Internacional del Trabajo – Ginebra: OIT, 2019, p.12.

trabajan para plataformas de servicios virtuales, así como, la “imposibilidad” de ubicar a los representantes patronales, por tratarse de empresas multinacionales con sede en el extranjero. Todo ello se ha unido para que los cuerpos de inspectores no hayan previsto en sus programas de trabajo la fiscalización de las condiciones en las que trabajan estas personas, advirtiendo que la prioridad es la atención de la demanda normal de sus servicios por trabajadores que no laboran en plataformas virtuales, de modo que con los recursos y el personal que disponen no consideran que sea prioritario destinarlo a atender a esta población.

Resultaría previsible que una decisión administrativa de los departamentos de asesoría jurídica de ambas instituciones, determinando la calificación jurídica del vínculo contractual existente, pueda variar la situación actual, señalando la necesidad de fiscalizar relaciones de fraude si se estima que son trabajadores subordinados o confirmando que se trata de un tema solo de competencia de la Seguridad Social, si se determina que son trabajadores independientes.

La vigencia de este primer acercamiento al tema central en conflicto, estaría supeditado a la respuesta que reciba el primer caso judicial que se tramita en tribunales, que llegará a tener una resolución de la Sala Segunda de la Corte Suprema de Justicia, probablemente entre el 2022 y 2023; sino es que antes, el proyecto de ley con mayor probabilidad de llegar a ser aprobado en el futuro cercano, le otorgue el tratamiento de trabajador autónomo, tal y como se propone en este momento.

Mientras estos acontecimientos acaecen, aun en ausencia de una definición judicial y legislativa sobre la naturaleza jurídica del vínculo contractual, deberían poder superarse las necesidades materiales de la Dirección de Inspección de la Caja Costarricense del Seguro Social y del Ministerio de Trabajo, para enfrentar esta tarea, que no solo pasa por suministrar los recursos materiales y personales que ello exija, sino que debería abarcar la capacitación de los funcionarios encargados de llevarla a cabo, para que tengan un mejor conocimiento de la naturaleza del trabajo en plataformas y puedan identificar las acciones que permitan acercarse a esta población.

Adicionalmente, en complemento de las acciones administrativas que se emprendan para acercarse a esta población y superar los obstáculos de su dispersión, debería promoverse un acercamiento de los prestadores de servicio al cuerpo de inspectores, mediante campañas informativas sobre sus derechos básicos como trabajadores, independientemente de su calificación jurídica, como sucede con sus derechos colectivos, especialmente el derecho de asociación que les reconoce incluso el convenio núm. 87 de la OIT; pilar fundamental para el ejercicio del derecho de negociación colectiva, que tan ampliamente a condiciones de trabajo decente.

Sin embargo, estas acciones que hoy son posibles implementar, deben incorporarse a los planes de trabajo, con los indicadores necesarios que permitan un adecuado seguimiento institucional. Al mismo tiempo, debería valorarse si para cumplir con los objetivos que se tracen, la fiscalización y promoción debe desarrollarse mediante inspecciones de oficio o incluso, por medio de grupos especializados de inspectores, según los recursos disponibles.

Finalmente, resulta necesario que la información disponible de aseguramiento de los prestadores de servicios en el régimen de trabajador independiente de la Caja Costarricense del Seguro Social, así como el contenido de las declaraciones presentadas ante la Dirección General de Tributación Directa como contribuyente al impuesto de renta por actividades no asalariadas, pueda ser compartido entre estas instituciones y la Dirección de Inspección del Ministerio de Trabajo.

V. Conclusiones y recomendaciones

El trabajo en plataforma no sería un tema de interés, sino se reconociera que es necesario que el creciente número de personas que los realizan tengan condiciones adecuadas que aseguren un trabajo decente. Así como existe consenso en que no es posible ni conveniente la erradicación de estas nuevas formas de organización del trabajo, de igual forma las condiciones de precariedad en las que desarrollan sus tareas o servicios, solo suelen ser defendidas, aunque no de forma unánime, por las propias empresas.

El reconocimiento de estas condiciones de protección social podría no depender de la calificación jurídica del vínculo contractual, si se acepta que existen estándares mínimos que deberían ser otorgados a toda persona con indiferencia de si tiene una relación de trabajo subordinada o autónoma o se encuentra en medio de ellas o en transición de una hacia la otra. Esto implica un redimensionamiento del concepto mismo de trabajador en el Derecho del Trabajo. Si la ley reconoce una protección mínima y universal a cualquier persona que trabaje, deberá también definirse cuál es el contenido esencial de los estándares que la integran. Para ello se puede comenzar considerando la definición de trabajo decente que hizo la OIT, a la que otros derechos más podrían integrarse.

El legislador, salvo algunas puntuales excepciones en el derecho internacional, ha cedido el espacio a los tribunales de justicia para que sean ellos quienes definan por ahora la naturaleza jurídica de algunas modalidades de trabajo en plataformas virtuales. Para cumplir con esta tarea los tribunales extranjeros han optado por diversas alternativas. En unos casos se han dedicado a una forzosa adaptación o contextualización de las categorías legales típicas que definen al trabajador subordinado y al trabajador independiente. En otros casos se han utilizado diversos listados de indicios originados en conflictos en zonas grises, que han exportado a estas otras modalidades de trabajo con ayuda de presunciones y cargas probatorias. Algunos de estos listados se construyeron en una realidad social y económica, previa a las continuas innovaciones tecnológicas que caracterizan esta cuarta revolución industrial. Esto provoca que a la insuficiencia normativa se une el reemplazo o complemento de los

indicios tradicionales por “nuevos indicios” que caracterizan las relaciones que se desarrollan por medio de las plataformas virtuales. En medio de ello, reglas a veces indescifrables de ponderación judicial de unos u otros indicios, terminan por crear un ambiente de inseguridad, que debe evitarse.

Las resoluciones judiciales de tribunales de diversos países y tradiciones jurídicas, aunque con resultados inicialmente dispares, paulatinamente han dado paso a una doctrina cada vez más uniforme de las más altas instancias judiciales que se inclinan por recalificar los contratos celebrados, de trabajo autónomo a trabajo subordinado. Estas decisiones, se han celebrado en el contexto de plataformas de servicios geolocalizados, que es donde se ha generado la casi totalidad de conflictos. Se trata de un criterio que no solo está bien fundamentado, sino que también es congruente con sus propios antecedentes jurisprudenciales. Resulta muy probable que estas decisiones judiciales terminen influyendo decisivamente en el análisis del primer caso que los tribunales costarricenses tramitan y cuya decisión deberán adoptar en el futuro próximo.

La mayor parte de las normas dictadas por los estados para regular el trabajo en plataformas, se ha centrado en los servicios geolocalizados y entre ellos, en el servicio de transportes de personas. El contenido de sus regulaciones es muy similar a la mayor parte de las iniciativas legislativas que se tramitan o se han tramitado en la Asamblea Legislativa de Costa Rica, donde el interés por regular las condiciones de trabajo de quienes prestan estos servicios es prácticamente inexistente, a la vez que se reafirma su condición jurídica de trabajadores autónomos.

En las pocas oportunidades en las que ha existido un interés por mejorar las condiciones de trabajo de estas personas, los países no han optado por modificar las definiciones típicas de las categorías de trabajo subordinado y trabajo autónomo. En la mayoría de los casos se los ha reconocido como trabajadores independientes incorporando ciertos beneficios sociales mínimos, que pueden ser ampliadas voluntariamente por la empresa, sin que cambie su calificación (Francia); o bien, por ubicarlos en una nueva categoría especial de contrato de trabajo subordinado (Italia). En otras oportunidades se han promulgado leyes que tratan de darle mayor seguridad a los ciudadanos sobre las reglas o criterios que el juez puede utilizar como herramientas para dictar la sentencia que dilucide la naturaleza jurídica del contrato, limitando los poderes del juez de investigar, apreciar y valorar la prueba (Italia) o de aplicar las presunciones legales sobre la existencia del contrato de trabajo (Estados Unidos). Unas y otras pretenden otorgar protección a un colectivo que lo requiere y debería orientar y servir de modelo a los legisladores costarricenses, sobre algunas alternativas para abordar la regulación del trabajo en plataformas.

El debate legislativo no debería seguir siendo una reacción política frente a las protestas de gremios, especialmente de taxistas, ante el fenómeno de la “uberización”. Como consecuencia de lo anterior, los proyectos tampoco deberían estar orientados casi en exclusividad, a establecer reglas para una competencia equilibrada de las partes en el mercado y la protección del usuario. Aunque calificarlos de trabajadores autónomos, como hace la mayoría de los proyectos, es una opción de política legislativa, ello debería ir acompañado del reconocimiento de mayores beneficios sociales a quienes prestan estos servicios. Por otra parte, la única iniciativa que procura crear un contrato especial de trabajo subordinado para estas personas presenta deficiencias técnicas abrumadoras y su escaso apoyo político presagia su fracaso.

Entre regular o esperar la decisión judicial, la mejor opción sigue siendo la primera. La resolución judicial tiene grandes limitaciones, pues solo se referirá a una modalidad concreta de trabajo en plataformas y si su decisión es que se trata de un trabajo autónomo, no resolverá la necesidad de establecer un mínimo *minimorum* o un piso mínimo ampliado de beneficios sociales, ni siquiera para ese colectivo específico. Incluso, aunque reconozca la existencia de un trabajo subordinado, ello no soluciona las condiciones de precariedad con la que un contingente aun mayor, presta sus servicios en la economía de plataformas.

Sin importar la decisión judicial que se adopte, no lograría que se incorporen a los contratos celebrados entre las Empresas de que administran Plataformas Virtuales y los prestadores de servicio, las condiciones de trabajo que se incluyen en las recomendaciones de la OIT que con las matizaciones que se estimen necesarias, deberían regir en cualquier modalidad de trabajo en plataformas, incluyendo los servicios geolocalizados²⁸⁹.

Los cuerpos de inspectores del Ministerio de Trabajo de Costa Rica deberían desarrollar un rol activo para garantizar el cumplimiento de los derechos de los trabajadores. Hasta la fecha esto no ha sucedido, lo que podría explicarse por la ausencia de un criterio firme de la Dirección Jurídica de la institución sobre la naturaleza de estos contratos, la insuficiente cantidad de inspectores y recursos materiales que pueden disponer para este objetivo o la difícil ubicación de los trabajadores y la localización extraterritorial de la sede matriz de la empresa multinacional. Algo similar sucede con la Inspección de la Caja Costarricense del Seguro Social. Pese a estas limitaciones materiales, lo primero que debe hacer el Ministerio de Trabajo y la Caja Costarricense del Seguro Social es definir su posición institucional sobre estas modalidades de trabajo, de modo que por medio de ella puedan guiar y darle certeza a sus cuerpos de inspección sobre las acciones que deben adoptar. Luego, aun en ausencia de un criterio institucional y a falta de una regulación legal o una decisión judicial, los cuerpos de inspectores deberían tener presente que en materia de trabajo, resulta esencial velar por la adecuada protección del derecho de asociación de estos trabajadores, de modo que puedan ejercerlo sin tener que enfrentar represalias por ello; y en materia de seguridad social, que aun y cuando se les siga considerando como trabajadores autónomos, siempre debe fiscalizarse que se cumpla con su aseguramiento.

Las acciones mínimas ya descritas y las que se deriven del posicionamiento institucional que se asuma, deberían estar incluidas en el plan operativo anual o en sus programas de desarrollo estratégico, para lo que deberá contarse con los suficientes recursos materiales y con personal suficiente para cumplirlas, debidamente capacitado en estas modalidades de trabajo.

Adicionalmente, debería plantearse seriamente la obligación legal de crear un registro donde las EPV informen datos tan esenciales como la razón o denominación social de la persona jurídica, los datos de su representante legal en Costa Rica o el nombre de las personas que prestan sus servicios por medio de la plataforma y el ingreso que perciben. Hasta que esto no suceda, debería considerarse que la información que se derive de las actuales obligaciones tributarias de los prestadores de servicio o de las propias empresas ante la Dirección General de Tributación Directa o de afiliación ante la Caja Costarricense del Seguro Social, se encuentre disponible para que los cuerpos de inspección del Estado puedan obtener de allí, lo que necesiten para las actividades que les competen.

El sistema de seguridad social costarricense debería permitir que el trabajador se afilie, independientemente de la naturaleza jurídica de su contrato de trabajo y dependiendo del tiempo diario de servicio que la persona se mantenga conectada a la plataforma. El monto a pagar por cargas sociales no debería representar, de inicio, una cantidad tan considerablemente alta que propicie un incremento en los niveles de evasión de estos contribuyentes. No obstante, para precisar con mayor detalle el impacto que las cargas sociales tienen en la retribución de estos trabajadores y si es necesario crear un régimen especial de aseguramiento para ellos o introducir bases mínimas contributivas reducidas, debería realizarse un estudio que requiere de información estadística que hasta ahora no está disponible. Esta información debería recolectarse por diferentes medios, entre ellos, las encuestas del Instituto Nacional de Estadística y Censos y considerar información como el tiempo dedicado al trabajo en plataformas, si los ingresos percibidos son o no un complemento de un ingreso principal que se percibe por otra actividad, si se prestan servicios para dos o más plataformas, e incluso, el porcentaje de sus ingresos que deben dedicar a cubrir los costos operativos para prestar el servicio. Esta información

²⁸⁹ Presentadas en OIT(2019).

debería permitir conocer si el modelo de bases mínimas contributivas es suficiente o si debe buscarse un régimen especial y quienes deben participar en su financiamiento, incluyendo las opciones de que sea el cliente por medio de la tarifa o la propia empresa, quien define unilateralmente el precio del servicio y las utilidades que cada parte percibe.

Como complemento de lo anterior, debería apoyarse también el desarrollo de medios de comunicación o de actividades que faciliten el acercamiento entre los prestadores del servicio, que pese a su dispersión permitan que la información que se genere de su interacción con las diferentes plataformas y los usuarios de las mismas pueda ser compartida. Las páginas web o plataformas creadas y apoyadas en algunos casos por centrales sindicales u otras organizaciones y las iniciativas que los propios trabajadores han organizado por medio de redes sociales deben servir de punto de partida para fortalecer y desarrollar esas experiencias.

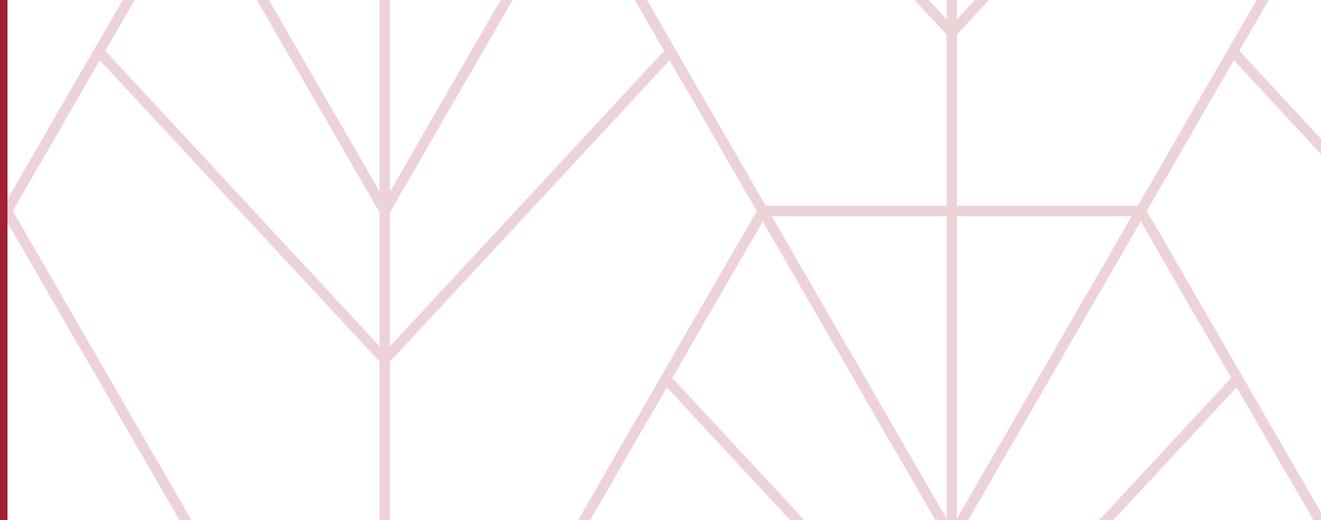
El desarrollo de acciones colectivas sustentadas en el diálogo, en la negociación de acuerdos o convenios ha permitido crear un conjunto de buenas prácticas y apreciar los logros que se pueden obtener en ausencia de cualquier decisión judicial o legislativa, con mejores y más rápidos resultados. El derecho de asociación y el de negociación colectiva son las herramientas que han facilitado las mejoras en las condiciones de trabajo y por su medio se ha obtenido una remuneración mínima por hora, suplementos por hora nocturna, respeto a la dignidad y al principio de no discriminación, protección por accidentes y enfermedades del trabajo, entre otros. Estas acciones deberían estar apoyadas en programas de acción que impulsen las propias organizaciones de trabajadores de plataforma o las centrales sindicales que adopten sus necesidades reivindicativas, a pesar del reto que para ellas representa propiciar actividades en este sector de la economía. Aun y cuando las centrales sindicales costarricenses no han incorporado en sus programas de trabajo las necesidades de este colectivo, resulta esencial que de las experiencias ya existentes puedan derivar buenas prácticas y lecciones aprendidas que les faciliten su labor representativa, para lo cual deben promoverse seminarios, talleres u otras actividades con ese objetivo.

Finalmente, desde el sector empresarial, existe un compromiso por erradicar situaciones de competencia desleal, condiciones de precariedad de los trabajadores, apoyar la sostenibilidad de programas orientados a la transición de la informalidad a la formalidad, y todo ello debería ser complementado con la promoción de reformas legales que regulen no solo a las empresas de plataformas virtuales, sino también para que se establezcan reglas claras sobre la calificación jurídica de los contratos que se celebren y para que los prestadores de servicio dispongan de condiciones dignas de trabajo.

Bibliografía

- Belzunegui Eraso, A. (2002), "Teletrabajo: Estrategias de Flexibilidad", Madrid, Consejo Económico y Social.
- Castro Méndez, M. et al. (2019), "Tipología de relaciones de trabajo", San José, Estado de la Nación.
- Cueva, M. de la. (1943), "Derecho Mexicano del Trabajo", Tomo I, México, Ed. Porrúa, 2ª ed.
- Drahokoupil, J. y Fabo, B. (2016), "The platform economy and the disruption of the employment relationship, ETUI Policy Brief: European Economic, Employment and Social Policy", N°5 [en línea] <https://www.etui.org/Publications2/Policy-Briefs/European-Economic-Employment-and-Social-Policy/The-platform-economy-and-the-disruption-of-the-employment-relationship>.
- Godínez Vargas, A. (2008), "Un acercamiento a las consecuencias de la descentralización productiva por medio del estudio de la jurisprudencia laboral costarricense", Revista de Derecho Social Latinamericana, Buenos Aires, Editorial Bomarzo, N° 4-5.
- _____(2011), "Trabajo: un concepto en permanente evolución. Una construcción desde la perspectiva del derecho costarricense, en Globalización", en Susana Corradetti et al. (Coordinadores). El cambio del Derecho del Trabajo: de un derecho de frontera a un derecho de fronteras: Estudio comparado en homenaje a los profesores Umberto Romagnoli y Guillermo González Charry. Bogotá, Editorial Universidad del Rosario.
- _____(2019), "El trabajo organizado mediante plataformas virtuales y aplicaciones de dispositivos: trabajadores asalariados o contratistas independientes", Trabajo y Derecho, Wolters Kluwer, Madrid, N° 54, junio.
- Hannah Johnston y Chris Land-Kazlauskas (2018), "Organizing on-demand: Representation, voice, and collective bargaining in the gig economy", ILO, Geneva.
- Kristin Jesnes, Anna Ilsøe and Marianne J. Hotvedt (2019), "Collective agreements for platform workers? Examples from the Nordic countries", March. [en línea] <https://faos.ku.dk/pdf/faktaark/Nfow-brief3.pdf>.
- Ministerio de Empleo y Seguridad Social (España) (2018), "Plan Estratégico de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social", abril. [en línea] http://www.mitramiss.gob.es/itss/web/gl/Documentos/ORGANISMO_ESTATAL/Doc_Organismo/Plan_Estrat_formato.pdf.

- Montoya Melgar, Al. (2019), "Derecho del Trabajo", Madrid, Tecnos, 40ª edición.
- OIT (1999), "Memoria del Director General: Trabajo Decente", Conferencia Internacional del Trabajo, 87ª reunión, Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- _____ (2003), "El ámbito de la relación de trabajo", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- _____ (2019), "Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- _____ (2019), Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo. "Trabajar para un futuro más prometedor", Oficina Internacional del Trabajo, Ginebra.
- Pesole, A., Urzú Brancati, M.C, Fernández-Macías, E., Biagi, F., González Vázquez, I. (2018), "Platform Workers in Europe", EUR 29275 en Publications Office of the European Union, Luxembourg.
- Plá Rodríguez, A. (1990), "Los principios del Derecho del Trabajo", Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2ª edición.
- Todolí Signes, A. (2019), "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", Lan Harremanak: Revista de Relaciones Laborales, Universidad del País Vasco, Nº41, junio. [en línea] https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf.
- _____ (2020), "Las plataformas digitales y la ampliación del concepto de trabajador: jurisprudencia española y la nueva Ley de California (AB5)", Revista Jurídica del Trabajo, Nº1, Montevideo.



El trabajo intermediado por empresas de plataforma virtual es una realidad tangible en el contexto de la cuarta revolución industrial. Tanto quienes ejecutan tareas en línea como los que participan en servicios geolocalizados están expuestos a precarias condiciones de trabajo que requieren mejoras. La respuesta a esta necesidad constituye un reto para el derecho laboral y las categorías jurídicas que tipifican el trabajo subordinado y el trabajo autónomo.

Para mejorar las condiciones laborales de estos trabajadores, algunos esperan que los más altos tribunales nacionales recalifiquen como trabajadores subordinados a los que antes fueron considerados trabajadores autónomos. Otros confían en que la actividad legislativa sea capaz de superar la “uberización” del conflicto, creando contratos especiales de trabajo subordinado o agregando nuevos beneficios sociales al régimen de los trabajadores autónomos.

Aún queda mucho por debatir para avanzar en una reconfiguración del concepto de trabajo asociada al reconocimiento de una categoría jurídica que atribuya a cualquier persona—independientemente de la forma en que haya sido contratada— un mínimo de derechos sociales sobre la base de lo que constituye el trabajo decente. El presente documento contribuye a este debate en Costa Rica.

