

Lecciones y Ensayos, Nro. 100, 2018

GALLARDO, Hernán, “Las nuevas relaciones de trabajo en la economía *on demand*...”, pp. 193-211

LAS NUEVAS RELACIONES DE TRABAJO EN LA ECONOMÍA *ON DEMAND*. ANÁLISIS DEL CASO INSIGNIA: UBER*

HERNÁN GALLARDO**

Resumen: Mientras autores como Gauthier nos hablan de una “cuarta revolución industrial”,¹ el advenimiento de las tecnologías de la información nos obliga a plantear nuevos interrogantes respecto de los postulados originarios del derecho laboral clásico. Las nuevas formas de trabajo y las relaciones laborales que de ellas se desprenden, exigen tanto a la doctrina como a la jurisprudencia proponer nuevos caminos a la hora de abordar las problemáticas que empiezan a manifestarse cada vez con más asiduidad y que carecen de un marco normativo regulatorio acorde a las particulares características que estas presentan. En este trabajo, se intenta ofrecer una visión superadora a aquella que pretende encuadrar en la normativa actual –que no logra otorgar claridad ni certeza en su respuesta– las nuevas relaciones laborales atípicas que surgen en este contexto, tomando como referencia el caso de Uber y las implicancias que acarrea su desembarco en nuestro país.

Palabras clave: uber – empleo en relación de dependencia – trabajo autónomo – subordinación – nuevas relaciones laborales

Abstract: While authors like Gauthier speak of a “fourth industrial revolution”, the advent of information technologies forces us to raise new questions regarding the original postulates of classical labor law. The new forms of work and the

*Este trabajo ha obtenido el Segundo Puesto del XV Concurso de Ensayos “Dr. Ignacio Winizky” sobre Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

**Estudiante de Abogacía en la UBA. Agradecimiento especial a mis padres, Jorge Alberto Gallardo y Rita Olga Rodríguez. También en el ámbito académico quiero agradecer a mis profesores que me apoyaron y motivaron a participar, Mariela Rabino, Mariano Carlos Núñez y Vanesa Pozueta.

1. GAUTHIER, G., “Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber”, en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 8, Buenos Aires, La Ley, 2017, p. 1531.

labor relations that arise from them demand both the doctrine and the jurisprudence to propose new ways to address the problems that are beginning to manifest more and more frequently and that lack a regulatory framework according to the particular characteristics they present. In this work, we try to offer a vision that surpasses that which seeks to fit in the current norm –which fails to provide clarity or certainty in its response– the new atypical labor relations that arise in this context, taking as reference the case of Uber and the implications that its landing in our country entails.

Keywords: uber – standard employment relationship – autonomous work – subordination – new labor relationships

I. INTRODUCCIÓN

Como señaló acertadamente Sanguinetti Raymond, las actividades económicas a escala global han generado necesidades de regulación que no son atendidas por las fuentes tradicionales, debido a las limitaciones intrínsecas que estas poseen.

En ese sentido, no resulta llamativa la ausencia de normas reguladoras ni la imposibilidad de aplicar reglas ya existentes a las relaciones laborales que se tejen en este nuevo contexto mundial al que ha quedado vinculado el derecho del trabajo luego de las profundas transformaciones experimentadas durante las últimas décadas.²

En este contexto, analizaremos el caso de la empresa Uber, una aplicación móvil líder que ofrece una conexión entre usuarios de transporte y choferes privados. Sin embargo, no está del todo claro si esta empresa es simplemente un servicio de tecnología de la información que funciona

2. SANGUINETI RAYMOND, W. decía: “[u]n mundo ilimitado, dentro del cual se reduce al máximo el valor de las fronteras nacionales, como es cada vez más el actual, descubre así un vacío de Derecho, dentro del cual los tradicionales instrumentos reguladores, tanto de ámbito nacional como internacional, demuestran cada vez más a las claras su inadecuación. No siendo previsible, por lo demás, al menos en un futuro inmediato, la emergencia de instrumentos alternativos de base jurídico-pública específicamente diseñados para hacer frente a tan inquietante realidad” en SANGUINETI RAYMOND, W. “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”, en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, n°2, Sevilla, 2012, vol. 5, pp. 180-212, consultado en [https://www.upo.es/revistas/index.php/lex_social/article/view/1434/1150] el 4/6/2018.

como intermediaria entre dos sujetos o si en realidad ofrece servicios de transporte urbano que se asemeja al que empleamos cotidianamente cuando tomamos un taxi o un remis.³

En el presente estudio intentaremos –a través de un acabado estudio sobre la doctrina y jurisprudencia vigente– descifrar esta disyuntiva y dar algunas precisiones sobre lo que está sucediendo actualmente en el mundo del trabajo con la intervención de estos nuevos agentes y el posible camino a seguir tanto a nivel internacional como a nivel local donde los efectos ya se empiezan a advertir.

II. LA ECONOMÍA COLABORATIVA Y EL SURGIMIENTO DE NUEVAS FORMAS DE TRABAJO

Todolí Signes propone denominar “economía basada en la prestación de servicios a través de plataformas virtuales” a este fenómeno que surgió en los últimos años que comprende una gran cantidad de actividades y negocios que involucran de modo diferente el trabajo humano.⁴

Entre todas las variantes del fenómeno, encontramos distintas denominaciones que suelen ser utilizadas, verbigracia, “economía compartida” –*sharing economy*– “consumo colaborativo” –*collaborative consumption*–, “economía bajo demanda” u “*on demand economy*” y otros como “*peer to peer economy*” –economía de igual a igual–, “*gig economy*”, “*crowdsourcing offline*” o “*crowdwork*”, dentro de estos, el que se aplica al servicio de transporte urbano de pasajeros –*ride sharing*– y de la mano de esta última denominación se deriva el término “*Uber economy*” que se relaciona con aquella plataforma virtual que permite vincular usuarios que buscan un servicio de transporte urbano y choferes independientes que están dispuestos a brindarlo por una contraprestación dineraria.⁵

3. Del francés *remise*, elipsis de “*voiture de remise*”, coche de alquiler que se estaciona en un garaje (“*remise*”) más lujoso que el que se estaciona afuera. Es un servicio de transporte privado usado en la Argentina.

4. TODOLÍ SIGNES, A., “El contrato de trabajo en el S. XXI: La Economía Colaborativa, On-Demand Economy, Crowdsourcing, Uber Economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo”, en *Social Science Research Network*, 2015, consultado en [http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2705402].

5. GARCÍA, H. O., “La subordinación laboral en los servicios de transporte de pasajeros ‘bajo demanda’ organizados por plataformas electrónicas”, en *DT2017*, 2017, p. 1513.

III. LA AUTONOMÍA Y LA DEPENDENCIA EN LOS TIEMPOS ACTUALES

Tanto en la mayoría de los países como en el nuestro, el contrato de trabajo típico que se puede definir como aquella prestación en relación de dependencia para un empleador directo en un vínculo permanente y de tiempo completo que se ejecuta en el establecimiento del empleador,⁶ suele acoger una mayor cantidad de herramientas de protección provenientes de la normativa legal en parangón con las distintas modalidades atípicas de contrato de trabajo, como por ejemplo el empleo a tiempo parcial, a plazo fijo, de temporada, empleo intermitente, empleo eventual u ocasional, a domicilio, autónomo.⁷

Siendo ello así, empresas como Uber, Lyft, Airbnb, etc., presentan modelos atípicos de organización y por consiguiente de relaciones de empleo. Este tipo de relaciones suelen encontrarse en esa "zona gris" que menciona García Vior,⁸ entre otros,⁹ que se establece entre el trabajo dependiente y el trabajo autónomo propiamente dicho, y por lo tanto justifica un análisis más profundizado de manera que se pueda intentar dar pautas claras sobre el camino a seguir a futuro, evitando caer en las garras de la autonomía de la voluntad de las partes soslayando la relación de hiposuficiencia manifiesta en todo contrato de trabajo que dio origen a la necesidad de la intervención del derecho laboral y sus protecciones a la parte débil del contrato. En este sentido, Corradetti afirmaba con mayor crudeza: "si fuera por la voluntad de las partes el universo del derecho del trabajo y las relaciones laborales dependientes se habría empobrecido de una manera tal que ya no quedaría un solo trabajador en el mundo que pudiera llamarse de esa manera".¹⁰

6. Definición otorgada por GOLDIN, A., "Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario", en LEFEBVRE, F., *Derecho de las relaciones laborales*, n° 10, 2017, p. 977.

7. *Ibid.*

8. GARCÍA VIOR, A. E., "Fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente", en *DT2014*, n° 28, 2013.

9. SCHOUKENS, P. y BARRIO, A., así lo mencionaban: "[d]etermining whether a person performing work falls within the scope of the notion of 'employee' has become increasingly difficult due to the complexity of work arrangements in the grey area between employment and self-employment", en "The changing concept of work: When does typical work become atypical?", en *European Labour Law Journal*, 2017, vol. 8:4, p. 309.

10. CORRADETTI, S., "La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. ¿Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?", en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 8, Barquisimeto, Fundación Universitas, 2012, p. 75.

En consonancia con ello, la ley continúa fallando en establecer criterios de una manera uniforme, propicia y predecible a los fines de garantizar seguridad jurídica a los agentes que interactúan en el plano laboral.

Si bien en el presente trabajo no se pretende dar una explicación acabada de un tema ampliamente analizado por la doctrina como lo es la autonomía y la dependencia laboral, es necesaria una definición que nos permita entender cuáles son los basamentos normativos desde los que vamos a analizar las relaciones laborales que son aquí objeto de estudio.

IV. ELEMENTOS TÍPICOS DE DEPENDENCIA

Como sabemos, el contrato de trabajo está definido en el art. 21 de la ley 20.744 (t. o. 1976)¹¹ de la siguiente manera: "[h]abrà contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de esta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres". Asimismo, el art. 23 de la citada ley posee una importante presunción: "[e]l hecho de la prestación de servicios hace presumir la existencia de un contrato de trabajo, salvo que, por las circunstancias, las relaciones o causas que lo motiven se demostrase lo contrario. Esta presunción operará igualmente aun cuando se utilicen figuras no laborales, para caracterizar al contrato, y en tanto que por las circunstancias no sea dado en calificar de empresario a quien presta el servicio".

Podemos detectar que el legislador utiliza como elemento característico del contrato de trabajo la frase "bajo la dependencia", siendo aquel elemento el que define, en la realidad, la aplicación del derecho del trabajo.

Esto parece muy claro, sin embargo, al analizar las relaciones laborales que surgen con las nuevas tecnologías de la información, encontramos una "difuminación" de ese límite que es la dependencia como

11. Ley N° 20.744 de Régimen de Contrato de Trabajo, decreto 390/1976, Buenos Aires, 1976, consultada en [http://servicios.infoleg.gob.ar/infolegInternet/anexos/25000-29999/25552/texact.htm].

factor determinante de la relación laboral como expresara Goldin; “[d]e ese modo, el típico centro de imputación del Derecho del Trabajo, además de encogerse, se difumina y pierde su histórico carácter dominante. Mientras tanto, aparecen nuevas modalidades de contratación del trabajo humano también distantes de aquella histórica tipicidad; y es notable que buena parte de ellas tienden a transitar esas complejas avenidas del trabajo que no se afilia (o no plenamente, al menos) a las tradicionales manifestaciones, ora estables, ora precarias, del trabajo dependiente”.¹²

Asimismo, Alain Supiot, al referirse a estos nuevos tipos de relaciones de trabajo, habla de que la idea de subordinación o dependencia se “suaviza” para dar lugar al concepto de “integración dentro de una organización” del trabajador.¹³

Entonces, este elemento primordial de la dependencia es la “subordinación personal” del trabajador para con el empleador. Esta fue definida como “control y dirección del trabajador por el empleador” según Veneziani.¹⁴

La recomendación 198 de la OIT propone “proporcionar a los interesados, en particular a los empleadores y los trabajadores, orientación sobre la manera de determinar eficazmente la existencia de una relación de trabajo y sobre la distinción entre trabajadores asalariados y trabajadores independientes”.¹⁵

Teniendo como base o referencia estas precisiones, pasaremos a analizar específicamente el caso de Uber, la aplicación insignia de la nueva economía.

12. GOLDIN, A., ob. cit., p. 980.

13. Así lo entendía SUPIOT, A.: “[e]n el derecho del trabajo, la idea de la subordinación jurídica –de sumisión estrecha a las órdenes de un jefe– se suaviza para dar lugar a aquella de la integración dentro de una organización, en el seno de la cual los trabajadores son libres de realizar los objetivos convenidos de la manera que lo deseen, y que constituyen tantas normas impersonales de evaluación que se imponen tanto a ellos mismos como a sus jefes”. En SUPIOT, A., *Le droit du travail*, Buenos Aires, Heliasta, 2008, p. 75.

14. VENEZIANI, B., “The Employment Relationship”, en HEPPLER, B. y VENEZIANI, B. (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004*, Londres, Hart Publishing, 2009, p. 109.

15. OIT, *Recomendación sobre la Relación de Trabajo*, Ginebra, 95ª Reunión CIT, 2006, consultada en: [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument]

V. EL CASO UBER

Si bien no vamos a entrar en el análisis de la legalidad o ilegalidad del ejercicio comercial de Uber en nuestro país, es necesario debatir el alcance que tiene la llegada de este fenómeno a nuestra tierra en cuanto que afecta el mercado de trabajo interno y sin duda alguna la vida cotidiana de todos los que habitamos en ella.

Jennifer Pinsof nos propone, atinadamente a mi criterio, volver en el tiempo por un momento y situarnos en Estados Unidos en el año 1914.¹⁶

Aquí nos encontramos con la “Lehigh Valley Coal Company” o como su traducción literal nos indica “Compañía de carbón del Valle Lehigh”, empresa aparentemente dedicada –como podemos inferir de su nombre– al negocio del carbón. Sin embargo, ante un planteo judicial, a raíz de un accidente sucedido en el interior de la mina, por parte de los trabajadores mineros que en ella se desempeñaban,¹⁷ la empresa argumentó que “no se dedicaba al negocio del carbón en lo absoluto” sino que simplemente era la dueña de las minas. Afirmaba que vendía el producto elaborado de ellas, para lo cual, contrataba trabajadores independientes a los fines de realizar el proceso de extracción, los cuales no tenían ningún tipo de vinculación con la empresa más allá de la transacción comercial de compraventa del carbón. Su *modus operandi* consistía en dejar a los mineros ingresar a sus minas a extraer el carbón para luego comprarlo a estos y revenderlo. De esta manera, argumentando que no empleaba a los obreros que laboreaban la mina, se desligaba de reconocer cualquier tipo de vínculo laboral, lo que implicaba atenerse a ciertas leyes laborales que regían la actividad en esa época e impartían derechos y obligaciones tanto para los empleadores como para los trabajadores.

Este argumento, de que una empresa que es dueña de una mina de carbón, que luego vende el carbón extraído de esta, “no se dedicaba al negocio del carbón en lo absoluto”, suena, por lo menos, poco convincente. De ese modo lo consideró el juez del caso cuando dijo que resultaba “absurdo clasificar a estos mineros como contratistas independientes” siendo que “solo los mineros eran los que llevaban a cabo el único negocio de la compañía”.¹⁸

16. PINSOFF, J., “A New Take on an Old Problem: Employee Misclassification in the Modern Gig-Economy”, en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, n°22, Michigan, 2016.

17. Fallo “*Lehigh Valley Coal Co. v. Yensavage*”, 218F.547, 552, 2d Cir., 1914.

18. Fallo “*Lehigh Valley Coal Co. v. Yensavage*”, 218F.547, 552, 2d Cir., 1914.

Ahora propongo volver al presente, año 2018, más de cien años después y luego de grandes conquistas en el derecho del trabajo tanto a nivel nacional como internacional, parecería ridículo pensar que un caso similar al brevemente comentado pueda tener lugar en el actual mundo del trabajo. Sin embargo, existe, y ese es el caso de Uber Technologies Inc. ("Uber").

Así como lo detectaba Pinsof, nos encontramos con compañías como Uber que proponen el mismo tipo de argumentos utilizados por la "Le High Valley Company" más de cien años después.¹⁹

Uber ofrece un servicio de transporte urbano privado que opera en muchas ciudades del mundo y, si bien hay otras aplicaciones competidoras que ofrecen el mismo modelo, esta es líder indiscutible en relación con cantidad de usuarios y de potencial económico. También es la más controversial, debido a que encontramos que se han empezado a generar pleitos que debieron ser planteados en distintas cortes nacionales e internacionales con motivo de la naturaleza del vínculo entre Uber y sus choferes.²⁰

Entendemos que Uber se ampara en la legislación del Código Civil y Comercial de la Nación cuando uno de sus voceros²¹ afirmaba que "[e]l Código Civil y Comercial (Ley 26.994), de aplicación nacional, establece en su artículo 1280 la figura del contrato de transporte. Sobre la base de este código, una persona puede transportar a otra a cambio de un pago. Una parte llamada transportista traslada personas y la contraparte paga por el servicio recibido. Bajo esta normativa, es legal un contrato de transporte privado entre dos personas, donde aplicaciones tecnológicas como Uber facilitan la interacción entre ambas partes"²² desligándose de esta manera de cualquier intervención más que la de acercar a las partes en ese contrato que se celebra entre "una persona llamada transportista" y un privado que solicita el servicio.

Uber se califica a sí mismo como "una empresa de tecnología que globalmente conecta usuarios y socios conductores para que moverse en las ciudades sea una experiencia mejor y más fácil, y está comprometida

19. PINSOFF, J., ob. cit., p. 343.

20. GAUTHIER, G., ob. cit.

21. Mariano Otero, gerente general de Uber Argentina.

22. LA NACIÓN, "Cuáles son las razones por las que Uber afirma que su servicio es legal en el país", consultado en [https://www.lanacion.com.ar/1887119-uber-afirma-que-su-servicio-es-legal-y-no-detiene-su-despliegue-en-buenos-aires] el 7/4/2016.

con el futuro de la movilidad” a través de un comunicado reciente lanzado por la compañía.²³

Con respecto al vínculo que mantiene Uber con sus clientes (usuarios de la aplicación) que requieren el servicio para conseguir un vehículo que les permita transportarse de una locación determinada a otra, las principales características que detectó Gauthier²⁴ son las siguientes:

- La aplicación de Uber contiene información y constituye un medio de obtener servicios de transporte ofrecido por terceros proveedores de transporte, conductores u operadores de vehículos, denominado “proveedor de transporte” en la aplicación.
- Uber aclara que por sí misma no presta directamente servicios de transporte y no se asume como una empresa transportista.
- Uber se presenta como mero intermediario entre el usuario y el “proveedor de transporte”.
- Las condiciones del servicio también prevén que la prestación de los servicios de transporte está sujeta al acuerdo entre el usuario y el “proveedor del transporte” y donde Uber no es parte del acuerdo.
- Uber cobra por los servicios de transporte prestados por el “proveedor del transporte”, en nombre de este.
- La calidad de los servicios de transporte solicitados a través del uso de la aplicación es responsabilidad del “proveedor del transporte”, quien en última instancia será quien preste los servicios.
- En ninguna circunstancia Uber acepta responsabilidad en relación con o derivada de los servicios de transporte prestados por el “proveedor del transporte” ni por ningún acto, acción, comportamiento, conducta o negligencia de su parte.
- Las reclamaciones sobre los servicios de transporte prestados por el “proveedor del transporte”, deben remitirse a este último.

En segundo lugar, pasaremos a analizar las características del vínculo de Uber con los choferes o “proveedores de transporte”, como la empresa

23. INFOBAE, “Uber continuará en la Argentina pese a la resistencia del gobierno y las amenazas de las mafias de los taxis”, consultado en [https://www.infobae.com/tecnologia/2018/06/04/uber-continuará-en-la-argentina-pese-a-la-resistencia-del-gobierno-y-las-amenazas-de-las-mafias-de-los-taxis/] el 4/6/2018.

24. GAUTHIER, G., ob. cit.

los denomina, y que son aquellas personas que adquieren o poseen un vehículo y se registran en la plataforma de la empresa a efectos de ofrecer el servicio de transporte:

- Al enviar la solicitud de ingreso, el chofer autoriza a Uber y a su contratista de seguridad, para la consulta y obtención de información de cualquier fuente legítima y legal, de diferentes bases de datos de autoridades competentes a nivel nacional. Entre ellas, entidades del sector financiero, judicial y policial, entre otras. De igual forma, acepta la verificación de los antecedentes y referencias personales o cualquier otra información personal.
- Las tarifas de los servicios son determinadas por Uber y pueden variar minuto a minuto en función de la demanda de servicios y la cantidad de vehículos disponibles en la zona.
- En algunos países Uber entrega a cada chofer un *smartphone* con la aplicación instalada.
- El vehículo y todos los gastos asociados están a cargo de los propietarios de estos.
- Uber cobra el precio del viaje directamente al usuario, retiene una comisión de entre 20% y 25% dependiendo de las ciudades y le paga el saldo restante al "proveedor de transporte" o chofer.
- En algunos servicios especiales de Uber, se sugiere a los conductores vestir profesionalmente.
- Uber puede cancelar el contrato con el conductor que no sigue las sugerencias o en virtud de quejas que los usuarios pueden subir a la plataforma.

Luego de analizar estas precisiones, no queda del todo claro el tipo de relación que une a Uber con los choferes que utilizan la aplicación. A la luz de la técnica "indiciaria" o de "haz de indicios" que propone Goldin,²⁵ y que se ha utilizado asiduamente en la jurisprudencia, podemos denotar que la mayoría de estas características sugieren detectar indicios de que la relación que une a las partes sería aquella propia de una relación típica –o no tanto– de dependencia laboral o "subordinada".

25. GOLDIN, A., ob. cit., p. 983.

Entre ellos, podemos encontrar los siguientes indicios: el precio del servicio es fijado por la empresa, sin ninguna posibilidad de negociación por parte del "socio"; el tipo de condiciones o "sugerencias" incluidas en las "pautas del servicio" y que el "socio" (chofer) debe acatar suponen una injerencia de parte de la empresa más propia de un contrato de trabajo que de un arrendamiento de servicios; la facultad unilateral de cancelar el servicio al "socio" que no cumpla con las "sugerencias" o "pautas del servicio" o que reciba informes negativos de los usuarios –régimen sancionatorio–; el poder de control potencial de la plataforma sobre la forma en que el servicio es prestado –ruta, tiempo del viaje, calificación de los usuarios–, la prohibición de recibir propinas; la prohibición de pactar una tarifa diferencial con el usuario; la prohibición de entregarle datos personales a los fines de contratar nuevamente para un próximo viaje; y también el extremo de que Uber asuma la solución de algunos de los problemas que pueda tener el "socio" en la ejecución del servicio de transporte, fundamentalmente con las autoridades públicas y/u otros prestadores de servicios de transporte con los que compite en el mercado.

Entre los argumentos esgrimidos por la empresa para definir a la relación como de un contrato de servicio de transporte firmado con "contratistas independientes" en los términos del Código Civil, los indicios que podemos apreciar y que están presentes en este caso, son los siguientes: es el "socio" quien determina la cantidad de tiempo –días y horas– que se encuentra disponible para prestar el servicio y en qué momento prende o apaga la aplicación, no existiendo exigencias de un mínimo de tiempo a disposición; es el "socio" quien debe proporcionar el vehículo y hacerse cargo de todos los gastos (mantenimiento, combustible, seguros, patente, etc.), es decir, quien contribuye además de la "mano de obra", los medios de producción; la ausencia de órdenes directas sobre cómo debe prestarse el servicio, más allá de las "sugerencias" contenidas en las "pautas del servicio"; la imposibilidad de control directo sobre la forma en que se presta el servicio, sin perjuicio de aspectos que sí pueden controlarse en tiempo real como la ruta que sigue el vehículo, el tiempo de viaje y la calificación del servicio por parte de los usuarios.²⁶

Por último, mediante un "programa de incentivos" Uber intenta enmascarar las disposiciones que impone a sus choferes, en las que se ve

26. GAUTHIER, G., ob. cit.

claramente la situación de subordinación que existe entre las partes. Para no deshabilitarlos de la aplicación (clara aplicación de una sanción que podría imponer un empleador a uno de sus trabajadores, similar a la suspensión), les impone a sus choferes las siguientes pautas o directivas: aceptar al menos 7 de cada 10 solicitudes; recibir una calificación mínima semanal de 4.5 estrellas; realizar al menos 1 viaje por hora; conectarte al menos la mitad del tiempo durante hora pico, de lunes a viernes de 7 a 10 de la mañana, y de 17 a 23. Durante los fines de semana este segmento será desde la medianoche hasta las 6 de la mañana, y desde las 17 hasta las 23; el ingreso promocionado es un mínimo de ingreso garantizado. Si el chofer generó menores ingresos durante la semana y cumple con todas las condiciones, Uber aportará el monto restante correspondiente, el monto que asegura Uber es bruto, y sobre el mismo se deberá descontar el 25 por ciento de comisión que aplica la compañía.²⁷

De estas directivas se desprenden los caracteres típicos de subordinación en donde podemos apreciar que Uber no solo controla el trabajo de sus choferes si no que impone pautas rígidas de cumplimiento, establece horarios de trabajo, fija la remuneración a pagar basada en objetivos (hasta ofrece un pago mínimo en caso de no cumplirlos), y establece sanciones. Por lo tanto, además que "indicios" estaríamos detectando aquellos de "factores determinantes" que mencionaba Corradetti,²⁸ concepto que establece con una mayor solidez que todas estas características mencionadas manifiestan una típica relación de dependencia laboral.

Es interesante lo que plantea Héctor Omar García cuando dice que, de las relaciones de trabajo que nacen a partir de las nuevas tecnologías como las aplicaciones móviles, no se infiere que la tecnología reemplace al trabajador, sino por el contrario, que viene a reemplazar al empleador, en el sentido del ejercicio concreto de funciones y facultades que le son propias, como las de organización del trabajo, de control de la prestación y el poder disciplinario.²⁹

Sin embargo, en el caso análisis, y por lo detallado ut supra, vemos que Uber realiza un completo control sobre sus "asociados".

27. LA NACIÓN, "Cuáles son las razones por las que Uber afirma que su servicio es legal en el país", consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/1887119-uber-afirma-que-su-servicio-es-legal-y-no-detiene-su-despliegue-en-buenos-aires>] el 7/4/2016.

28. CORRADETTI, S., ob. cit., p. 80.

29. GARCÍA, H. O., "La subordinación laboral en los servicios de transporte de pasajeros 'bajo demanda' organizados por plataformas electrónicas", en *DT2017*, n°8, 2017, p. 1513.

Este tipo de control que ejerce Uber sobre sus choferes nos asemeja, analiza Pinsof, al panóptico propuesto por Foucault en *Vigilar y castigar* en el que el prisionero se siente observado y vigilado en todo momento, lo que en este caso permite lograr ese efecto de control total sobre las tareas realizadas por el trabajador.³⁰

Establecido esto, es difícil visualizar que los choferes de Uber sean contratistas independientes "dueños de su propia empresa" que deciden las pautas y modos de llevar a cabo la prestación cuando sin duda alguna están actuando en un ámbito completamente delimitado por las directivas de la empresa.

VI. ANÁLISIS JURISPRUDENCIAL

En consonancia con el análisis hasta aquí llevado a cabo, donde sugerimos que la relación de Uber con sus choferes se asemeja más a aquella de una relación laboral de dependencia, se le suma la calificación de empresa que desarrolla la actividad de transporte. Ambas posiciones fueron adoptadas en algunas decisiones judiciales.

VI.A. El fallo "Uber vs. Elite taxi"

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) con sede en Luxemburgo acaba de resolver que Uber es una empresa de transporte y no una plataforma digital de intermediación entre viajeros, por lo que estará obligada a trabajar con licencia como el servicio de taxis y no podrá ser operada por conductores particulares. De esta forma se desmorona el modelo original de Uber, consistente en que conductores particulares operan el servicio de transporte urbano con sus vehículos a través de una aplicación, en la que Uber actúa como un intermediario digital.

La sentencia abre, además, la posibilidad a que se pueda aplicar el mismo criterio a otras plataformas de economía colaborativa como el caso de Airbnb (alojamiento turístico), aunque la Comisión Europea ha avisado que habrá que estudiar caso por caso.

Para la Justicia europea, Uber es un servicio de transporte, y por lo tanto debe obtener una licencia convencional. El fallo del TSJE es categórico

30. PINSOFF, J., ob. cit.

al indicar que Uber “está indisolublemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de servicio en el ámbito de los transportes”: “[un] servicio de esta índole está excluido del ámbito de aplicación de la libre prestación de servicios en general, así como del ámbito de aplicación de la directiva relativa a los servicios en el mercado interior y del de la directiva sobre el comercio electrónico”.

La sentencia indica que el servicio prestado por Uber no se limita a una mera aplicación para poner en contacto a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano, “sino que crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano”.

Considera, finalmente, que este servicio de intermediación forma parte de un servicio global cuyo elemento principal es el transporte y, por lo tanto, que no responde a la calificación de “servicio de la sociedad de la información”, sino a la de “servicio en el ámbito de los transportes”.

VI.B. El caso “O’ Connor v. Uber”

Datado en marzo de 2015, el Tribunal de Distrito de los E.E.U.U. para el Distrito del Norte de California calificó a Uber como empresa de transporte. En sus fundamentos, la sentencia señaló que la propia definición de Uber como empresa tecnológica se centra exclusivamente en los mecanismos tecnológicos de su plataforma en lugar de la actividad que realiza, pero si se repara en cómo la empresa opera y en que sus ingresos provienen, no de la distribución de su software sino de la venta de trayectos, parece claro que Uber es una empresa de transporte, aunque posea tecnología sofisticada: “*Uber does not simply sell software; it sells rides*”.³¹

VI.C. El caso “Mr. Y. Aslam, Mr. J. Farrar and Others v. Uber”

En esta sentencia de octubre de 2016, los jueces del tribunal de trabajo del reino unido luego de un minucioso estudio fáctico concluyeron que en

31. Fallo “*O’ Connor v. Uber Technologies, Inc.*”, No. C-13-3826 EMC, 2015, en GARCÍA, H. O., “La subordinación laboral...”, ob. cit.

el caso en cuestión existía una relación de dependencia entre los choferes y la empresa y ello en función de distintos argumentos, los cuales pasaremos a describir detalladamente.

En primer lugar, detecta que a pesar de que el conductor puede elegir cuándo y cuánto trabajar, ello no implica desviarse de una relación de dependencia, dado que cuando se pone a disposición y prende la aplicación, debe aceptar los viajes o se arriesga a ser “desactivado”. En segundo término, Uber entrevista y selecciona a los conductores y además establece la ruta (por defecto) a seguir por el conductor y fija el precio a pagar (es inflexible en estos tópicos). Por otro lado, el tribunal destaca que Uber no “sugiere” sino que impone. Luego, un indicio de la existencia de relación de dependencia está dado porque los choferes conducen bajo una marca ajena, con la imposibilidad de publicitar una empresa o marca propia, en efecto, Uber no hace publicidad en beneficio de ningún conductor en particular, sino que hace publicidad de su marca en beneficio propio.

Del mismo modo, la sentencia califica de ridícula la proposición de Uber de que en Londres existan 30.000 pequeños empresarios unidos por una única plataforma: “[t]he notion that Uber in London is a mosaic of 30.000 small businesses linked by a common ‘platform’ is to our minds faintly ridiculous”.³²

Otro indicio, destaca el tribunal, que puede denotar una relación de dependencia está constituido por la imposibilidad de crecimiento que tienen estos “empresarios autónomos”. Si efectivamente fueran pequeños empresarios –y no trabajadores en relación de dependencia, como lo son–, lo lógico sería que existieran posibilidades de crecimiento en el negocio. En cambio, se pudo establecer que las únicas posibilidades de crecimiento de los conductores es que trabajen más horas. Es decir, estos trabajadores aportan fundamentalmente mano de obra, por lo que no pueden considerarse empresarios.

Por último, la capacidad de Uber de reservarse la facultad de poder modificar unilateralmente los términos del contrato y que aceptan el riesgo de pérdida, siendo que, si el chofer fuera un trabajador autónomo con un propio

32. Fallo “*Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd*” – case n. 2202551/2015 y otros, Tribunal de Londres, Reino Unido, presidido por el Juez del Trabajo Antony Snelson. Fallo del 12 de octubre de 2016 “*in chambers*”, consultado en [<https://www.judiciary.gov.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-rea-sons-20161028.pdf>].

emprendimiento, este riesgo recaería sobre él, terminan de convencer tanto a los jueces como a sus interlocutores de la verdadera naturaleza de la relación.

VI.D. Los casos en tribunales brasileños

Es curioso el caso de Brasil, ya que tenemos dos fallos de primera instancia similares en sus cuestiones fácticas pero que los jueces decidieron resolver de maneras diametralmente opuestas.

El 30 de enero de 2017, el Juez Filipe de Souza Sickert, a cargo del Juzgado de Trabajo de 37º Turno de Belo Horizonte, dictó una sentencia en el proceso iniciado por Artur Soares Neto contra Uber do Brasil Tecnología Ltda., Uber Internacional B.V. y Uber International Holding B.V., en cuya parte dispositiva rechazó por improcedente la demanda al no relevar la existencia de subordinación entre el actor y la empresa demandada.³³

Un tiempo después, el juez Márcio Toledo Goncalves, titular del Juzgado de Trabajo de 33º Turno, también de Belo Horizonte, se pronunció en un juicio iniciado por Rodrigo Leonardo Silva Ferreira contra Uber do Brasil Tecnología Ltda., donde reconoció la existencia de un vínculo de empleo entre el actor y la empresa y en consecuencia se condenó al demandado al pago de rubros laborales como licencias, indemnización por despido, horas extras, prima por nocturnidad, feriados trabajados y reembolso de gastos.³⁴

Tratándose de dos sentencias que tienen la peculiaridad de haber llegado a conclusiones opuestas, corresponde efectuar un par de precisiones:

Si bien lo que determinó la resolución de cada caso fue la cuestión de la prueba, y de la capacidad de cada parte para demostrar que su alegación era en definitiva lo que realmente sucedía en la relación laboral (abocando al principio de primacía de la realidad), lo que se pone en foco es la cuestión de si existe o no una relación de dependencia o subordinación a la luz del derecho brasileño, y de la doctrina laboral internacional.

33. 37ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE, fallo "Artur Soares Neto vs. Uber do Brasil Tecnologia Ltda., Uber International B.V., Uber International Holding B.V.", sentencia del 30 de enero de 2017, en GARCÍA, H. O. (trad.), "La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas (*ride sharing*) tomando como referencia a la empresa Uber", en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 1513-1530.

34. 33ª VARA DO TRABALHO DE BELO HORIZONTE-MG, fallo "Rodrigo Leonardo Silva Ferreira vs. de Uber do Brasil Tecnologia Ltda.", sentencia del 13 de febrero de 2017, en GARCÍA, H.O. (trad.), "La prestación personal...", ob. cit.

En consecuencia, y viendo que existe la posibilidad de que en dos casos análogos, dos jueces del mismo grado, en la misma materia, puedan fallar de manera antagónica, nos trae a reflexionar sobre el riesgo de que eventualmente se resuelvan casos semejantes en nuestro país, otorgando no solo incertidumbre si no inseguridad jurídica a aquellos actores que se vinculan en el mundo del derecho del trabajo.

VII. REFLEXIONES FINALES

No es novedoso argumentar que el régimen laboral actual, en lo concerniente a este tipo de relaciones laborales, incluidas las nacidas bajo las nuevas tecnologías de la sociedad de la información, requiere de manera urgente una reforma legislativa

¿Cuál sería el camino a seguir para los legisladores argentinos?

Goldin propone distintos caminos, en primer lugar, indica: "[u]no de los trayectos posibles es el de la concepción de un nuevo contrato de trabajo típico. En otras palabras, el de construir un nuevo centro de imputación al cual aplicar el Derecho del Trabajo".³⁵

De esta manera, debería el legislador optar por crear una nueva norma específica que abarque y regule este tipo de relaciones laborales.

Por otro lado, propone lo siguiente: "[o]tro tal vez sea el de afrontar una instancia de segmentación y pluralización de los estatutos de protección, en la cual el del tradicional trabajador subordinado sería solo uno entre algunos otros (v.gr. los de los teletrabajadores, los trabajadores *on demand* por medio de aplicaciones, los trabajadores involucrados en el *crowdsourcing*, los autónomos económicamente dependientes, etc.)". De este modo, no estaríamos sometiendo a las nuevas relaciones laborales que presentan características mixtas a lo que sería la típica relación de dependencia laboral como "un virtual destinatario único para la aplicación del ordenamiento de protección".³⁶

En consonancia con este planteo, García sostenía que "Dicho estatuto o régimen laboral especial, deberá considerar con rigor y razonabilidad las singularidades que reviste el nuevo tipo de explotación, sin obstaculizarlo

35. GOLDIN, A., ob. cit., p. 984.

36. *Ibid.*, p...

al extremo de provocar su frustración, pero por otro lado sin dejar de asegurar la protección al trabajo y al trabajador que le ordena la Constitución”.³⁷

De esta manera, los pasos a seguir por el legislador, además de llevar a cabo una profunda investigación sobre esta temática a los fines de poder darle un marco normativo acorde a las particularidades que presenta, serán también sortear las argucias contractuales o publicitarias que suelen ofrecer este tipo de compañías al momento de embarcar en un nuevo mercado laboral, buscando evadir las implicancias del sistema normativo y de las autoridades administrativas, no solo del derecho del trabajo, sino también de la seguridad social y de fiscalización tributaria.

BIBLIOGRAFÍA

- CORRADETTI, Susana, “La Recomendación Internacional sobre la Relación de Trabajo, 2006. ¿Hacia una definición internacional de la Relación de Trabajo?”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Barquisimeto, Fundación Universitas, 2012, n° 8, pp. 75-83.
- CORTE SUPREMA DE LOS ESTADOS UNIDOS, fallo “*Lehigh Valley Coal Co. v. Yensavage*”, Washington, 1920.
- GARCÍA, Héctor O., “La subordinación laboral en los servicios de transporte de pasajeros ‘bajo demanda’ organizados por plataformas electrónicas”, en *DT2017*, 2017, p. 1513.
- , “La prestación personal de servicios de transporte organizados por plataformas electrónicas (*ride sharing*) tomando como referencia a la empresa Uber”, en *Revista Derecho del Trabajo*, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 1513–1530.
- GARCÍA VIOR, Andrea E., *Fronteras entre el trabajo autónomo y el trabajo dependiente*, en *DT2014 Enero*, 2013, p. 28.
- GAUTHIER, Gustavo, “Nuevos desafíos para el Derecho del Trabajo: el caso Uber”, en *Revista Derecho del Trabajo*, n° 8, Buenos Aires, La Ley, 2017, pp. 1531–1549.
- GOLDIN, Adrián, “Huida, desestandarización y debilitamiento subjetivo del derecho del trabajo. Ensayo sobre un itinerario”, en LEFEBVRE, Francis, *Derecho de las relaciones laborales*, DT2017, 2017, n° 10, pp. 977–985.

37. GARCÍA, H. O., “La subordinación laboral...”, ob. cit.

INFOBAE, “Uber continuará en la Argentina pese a la resistencia del gobierno y las amenazas de las mafias de los taxis”, consultado en [<https://www.infobae.com/tecnologia/2018/06/04/uber-continuara-en-la-argentina-pese-a-la-resistencia-del-gobierno-y-las-amenazas-de-las-mafias-de-los-taxis/>] el 4/6/2018.

LA NACIÓN, “Cuáles son las razones por las que Uber afirma que su servicio es legal en el país”, consultado en [<https://www.lanacion.com.ar/1887119-uber-afirma-que-su-servicio-es-legal-y-no-detiene-su-despliegue-en-buenos-aires>] el 7/4/ 2016.

LEY N° 20.744, decreto 390/1976, Buenos Aires, 1976.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO, *Recomendación sobre la Relación de Trabajo*, Ginebra, 2006, consultado en [http://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:55:0::NO::P55_TYPE,P55_LANG,P55_DOCUMENT,P55_NODE:REC,es,R198,%2FDocument].

PINSOF, Jennifer, “A New Take on an Old Problem: Employee Misclassification in the Modern Gig-Economy”, en *Michigan Telecommunications and Technology Law Review*, Michigan, n° 22, 2016.

SANGUINETI RAYMOND, Wilfredo, “Los instrumentos de gestión laboral transnacional de las empresas multinacionales: una realidad poliédrica aún en construcción”, en *Lex Social: Revista de Derechos Sociales*, n° 2, Sevilla, 2015, vol.5, pp. 180–2012.

SCHOUKENS, Paul y BARRIO, Alberto, “The changing concept of work: When does typical work become atypical?”, en *European Labour Law Journal*, 2017, vol. 8, pp. 306–332.

SUPIOT, Alain, *Le droit du travail*, Buenos Aires, Heliasta, 2008.

TODOLI SIGNES, Adrián, “El contrato de trabajo en el S. XXI: La Economía Colaborativa, On-Demand Economy, Crowdsourcing, Uber Economy y otras formas de descentralización productiva que atomizan el mercado de trabajo”, en *Social Science Research Network*, 2015.

TRIBUNAL DE LONDRES, fallo “*Y. Aslam y J. Farrar v. Uber BV, Uber London LTD y Uber Briannia Ltd*” – case n. 2202551/2015 y otros, Reino Unido, 2016.

VENEZIANI, Bruno, “The Employment Relationship”, en HEPPLER, Bobby VENEZIANI, Bruno (eds.), *The Transformation of Labour Law in Europe: A Comparative Study of 15 Countries 1945–2004*, Londres, Hart Publishing, 2009.