



UNIVERSIDAD
DE PIURA

REPOSITORIO INSTITUCIONAL
PIRHUA

LAS PLATAFORMAS VIRTUALES. ANÁLISIS DEL CASO UBER ¿UNA NUEVA MODALIDAD DE CONTRATACIÓN LABORAL?

As Atocha-Castro

Piura, abril de 2017

FACULTAD DE DERECHO

Departamento de Derecho

Atocha, A. (2017). *Las plataformas virtuales. Análisis del caso UBER ¿Una nueva modalidad de contratación laboral?* (Tesis de licenciatura en Derecho). Universidad de Piura. Facultad de Derecho. Programa Académico de Derecho. Piura, Perú.



Esta obra está bajo una [licencia Creative Commons Atribución-NoComercial-SinDerivadas 2.5 Perú](#)

[Repositorio institucional PIRHUA – Universidad de Piura](#)

AS CARLO ANTONIO ATOCHA CASTRO

**"LAS PLATAFORMAS VIRTUALES. ANÁLISIS DEL
CASO UBER ¿UNA NUEVA MODALIDAD DE
CONTRATACIÓN LABORAL?"**



UNIVERSIDAD DE PIURA

FACULTAD DE DERECHO

Tesis para optar el título de:

ABOGADO

ABRIL DE 2017

APROBACIÓN

Tesis titulada *"Las plataformas virtuales. Análisis del caso UBER ¿Una nueva modalidad de contratación laboral?"*, presentada por As Carlo Antonio Atocha Castro en cumplimiento con los requisitos para optar el Título de Abogado, fue aprobada por el Director Mgtr. José Antonio Valle Benites.

Director de Tesis

DEDICATORIA

Dedico este trabajo a la persona que más amo en este mundo, mi hija, Leia Arabella Atocha; que es mi motivo y fuerza para seguir adelante. También a aquellos trabajadores cuyos derechos laborales son vulnerados por no encontrarse aún reguladas las nuevas modalidades de contratación laboral a las cuales pertenecen; con la esperanza que con el paso del tiempo éstas formen parte de nuestro Ordenamiento Jurídico, y de esta manera el derecho se condiga con lo que en realidad es: *dar a cada uno lo suyo*.

AGRADECIMIENTO

Gracias a mis tres pilares, las personas que me cuidaron desde que nací y a quienes les debo todo. Mis tías Blanca, Mercedes y Flor de María. Quienes día a día han estado conmigo desde el principio. A mi padre Juan. Y a mi abuelo José María quien abandonó este mundo antes de poder verme graduado pero a quien tengo presente cada día de mi vida.

A mi asesor de tesis, Mgtr. José Antonio Valle Benites por el tiempo que empleó para guiarme en la elaboración de este trabajo de investigación, y por las enseñanzas que me transmitió.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
CAPITULO PRIMERO: Derecho al Trabajo	3
I. La función del derecho al trabajo en la historia	3
II. El derecho al trabajo como rama del derecho y como teoría jurídica.....	6
III. Principios básicos.....	9
1. El principio protector.....	10
A. Indubio pro operario.....	11
B. El principio de la norma más favorable.....	13
C. El principio de la condición más beneficiosa.....	15
2. El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales.....	17
3. El principio de primacía de la realidad.....	19
4. El principio de continuidad de la relación laboral.....	20
IV. El contrato de trabajo.....	22
1. Definición.....	22
2. Características.....	22
3. Sujetos.....	23
4. Elementos.....	24
V. Modalidades de contratación laboral.....	29
1. Contrato de trabajo a plazo indeterminado.....	29
2. Contrato de trabajo a tiempo parcial.....	31
3. Contrato de trabajo a plazo fijo.....	32
VI. Estabilidad laboral.....	35
VII. El despido.....	38
1. Definición.....	38
2. Características.....	39
3. Clases de despido.....	41

CAPITULO SEGUNDO: Las plataformas virtuales. Una nueva forma de prestación de servicios y el derecho laboral.....	47
I. La tecnología y su repercusión en el derecho del trabajo.....	47
II. Concepto de plataformas virtuales.....	48
a) Sharing economy o economía participativa.....	50
CAPITULO TERCERO: Análisis Caso Uber Economy	59
I. Aspectos generales de Uber Economy.....	59
1.1 ¿Quién es Uber Economy?	59
1.2. Características.....	62
II. ¿Existe o no una relación laboral entre Uber Economy y sus conductores?	68
III. ¿Es necesario que se regule jurídicamente la relación laboral de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales?.....	113
CAPITULO CUARTO: Propuesta legislativa "Ley que regula la relación laboral en una plataforma virtual"	116
CONCLUSIONES.....	123
BIBLIOGRAFÍA.....	126
LINKOGRAFÍA.....	128
JURISPRUDENCIA.....	130

INTRODUCCIÓN

El derecho al trabajo es una rama de nuestro ordenamiento jurídico sensible a los cambios sociales, culturales y económicos; por lo que necesariamente debe responder a la realidad en la cual despliega su actuación. Es por ello que la presente tesis está destinada a analizar si las nuevas formas de prestación de servicios como son las plataformas virtuales son o no una nueva modalidad de contratación laboral.

Con el propósito de responder a dicha pregunta, este trabajo de investigación se ha dividido en cuatro capítulos. En el primer capítulo se abordará el tema del derecho al trabajo, el contexto histórico en el que surgió y los cambios que se han suscitado; las fuentes de las que se origina, y los principios básicos que la rigen. Se estudiarán las instituciones básicas del derecho laboral de la actividad privada como es el contrato de trabajo, las modalidades de contratación laboral, la estabilidad laboral, así como unas de sus vicisitudes como es el despido; temas que son necesarios abordar ya que nos permitirá determinar si las plataformas virtuales son o no una nueva modalidad de contratación laboral.

En el segundo capítulo, se estudiará las repercusiones que han ocasionado las tecnologías en el derecho laboral; así como las nuevas formas de prestación de servicios como son las que se ofrecen en las plataformas virtuales: sharing economy y on demand economy.

En el tercer capítulo, se analizará la plataforma virtual Uber Economy; y a partir de ella determinar si en la realidad se trata de una nueva modalidad de contratación laboral, teniendo en cuenta los temas estudiados en los capítulos anteriores; realizando

una comparación entre el contexto en el que surgió y se desarrolló el derecho laboral, el impacto y consecuencias que ha traído la era digital en esta rama del derecho a fin de establecer si es necesario o no un cambio en la regulación normativa laboral actual.

En el cuarto capítulo se propondrá un proyecto de Ley que regula las relaciones labores producto de las prestaciones de servicios en una plataforma virtual.

Y finalmente se expondrán las conclusiones a las cuales he arribado respecto a las nuevas formas de prestación de servicios y su repercusión en el derecho laboral.

CAPITULO PRIMERO

Derecho al Trabajo

I. La función del derecho al trabajo en la historia

El derecho al trabajo podemos decir es un derecho cambiante ya que se encuentra en continua adecuación al contexto social, económico y tecnológico que se presente en cada época; lo cual la diferencia de las demás ramas del derecho. Por tanto, el estudio del contexto histórico en que se desarrolló el derecho al trabajo nos permitirá conocer la funcionalidad que ha tenido, la cual al menos en su origen, ha sido doble: la función protectora del trabajador, y la función de encauzar el conflicto entre capital y trabajo a efectos de conservar el orden social establecido¹. Asimismo, nos permitirá reflexionar sobre la eficacia de la norma laboral y la función social que ésta cumple.

El derecho laboral surge a finales del siglo VIII cuando ya estaba culminando la era capitalista en donde se instauró un modelo de producción basado en nuevas tecnologías que hicieron posible la producción en masa; y se desarrolló en la etapa industrial, esto es, en el siglo XIX como consecuencia de la explotación económica de niños y mujeres que obligó a los Estados a emitir disposiciones legales que tutelaran sus derechos; las cuales posteriormente se extendieron a los otros colectivos que se encontraban en la misma situación; con la finalidad de restablecer el equilibrio que

¹ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. (2013), Palestra Editores, Lima, pp. 40-41.

permitiera una negociación más pareja entre la empresa y el trabajador. De esta manera se canaliza el conflicto entre estas dos partes lo que podría originar un desorden social; mostrándose así la función tuitiva y pacificadora propia del derecho laboral, limitando de esta manera el abuso de los empleadores.

En esta etapa se introdujeron las máquinas al proceso de producción, apareciendo un nuevo diseño denominado “organización científica del trabajo” promovido por F.W. Taylor. Señala Arce Ortiz, con la que se pretendía someter la producción a una planificación sistémica, con el objeto de buscar, y luego implementar los medios técnicos más eficaces para el logro del aumento de la productividad y del rendimiento industrial.² Es decir, se buscó organizar el proceso de producción en fragmentos y especializar las tareas, con la finalidad de conseguir mayor productividad; entonces, los conocimientos de los trabajadores ya no eran tan relevantes como antes pudiendo ser reemplazados fácilmente; lo cual les otorga un gran poder a las empresas.

Dentro de ese contexto, el derecho al trabajo buscó integrar a los trabajadores al sistema capitalista de producción a cambio de garantizar las condiciones mínimas de trabajo. Desde dicha perspectiva, se tiene que la función del derecho al trabajo obedece a una doble exigencia de racionalización jurídica en la regulación de las relaciones sociales: facilitar el funcionamiento de la economía y asegurar la mejora de las condiciones de trabajo y de vida de los trabajadores³.

Ante la crisis de la producción en serie, aparece como solución la producción flexible, un nuevo sistema que al contrario de su antecesora, propone la des-especialización y la des-individualización del trabajo, así como su flexibilización. Este

² ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Op. Cit. p. 35.

³ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Op. Cit. p. 37.

nuevo método de producción concede a la empresa grandes beneficios económicos a través dos elementos principales: la automatización programable, que se refiere a la incorporación de nuevas tecnologías (sobre todo del área microelectrónica) en la maquinaria y los equipos, y la flexibilidad de la organización y la administración del trabajo, es decir, la búsqueda de nuevas formas de contratación de mano de obra calificada⁴. Es así que se les devuelve a los trabajadores el protagonismo que la organización científica les quitó, ya que no es el trabajador quien depende de la máquina, sino viceversa; así también el trabajador debe especializarse en un área pero también debe conocer las demás etapas del proceso de producción.

Como es de verse, la producción flexible responde a una economía global en donde no se busca la producción ilimitada sino la creación de mecanismos para aumentar la rentabilidad para enfrentar un mercado libre y abierto a la competencia.

Atendiendo a los cambios sociales y económicos, surgen nuevas formas de estructurar la actividad empresarial como la descentralización productiva, en donde las empresas desplazan a otras empresas parte del proceso de producción del bien que producen; con el fin de adecuarse a las nuevas alteraciones del mercado y a las innovaciones tecnológicas. Véase que con este nuevo método de producción no conlleva a la división de la empresa sino la creación de unidades productivas autónomas o empresas con cierto grado de independencia funcional, lo que implica también la creación de nuevas formas de contratación laboral que implican la desaparición de ciertos rasgos típicos de las relaciones de trabajo, y la aparición de la necesidad de crear figuras jurídicas de contratación temporal.

Ahora bien, como se había indicado el derecho laboral originariamente tenía una función protectora atendiendo a los conflictos sociales que se presentaron entre el

⁴ Véase en línea [http://teoriaymasteoria.wikia.com/wiki/Producci%C3%B3n_Flexible]

empleador y trabajador en la etapa industrial de la historia. Actualmente, la función del derecho del trabajo como lo señala Arce Ortiz, responde a una lógica conciliadora entre el principio de conservación y rendimiento empresarial, y el de protección de las condiciones de empleo del trabajador⁵.

II. El derecho al trabajo como rama del derecho y como teoría jurídica

El derecho del trabajo es una rama del derecho que surge como consecuencia de los acontecimientos de la revolución industrial en donde los trabajadores fueron explotados por los patronos toda vez que eran obligados a trabajar horas excesivas percibiendo sueldos ínfimos, y sin ninguna clase de medida de seguridad que los protegiera frente a posibles accidentes de trabajo; es así que se empiezan a crear normas jurídicas en diferentes países que buscaban equilibrar la desigualdad que existía entre patronos y trabajadores en donde éste último tuviera mayor participación en la relación laboral a fin de que peste resulte armónica.

Es así que la doctrina define al derecho del trabajo como *“el conjunto de normas jurídicas que son aplicadas a una*

⁵ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Op. Cit. p. 69.

actividad social así como a las relaciones entre quienes intervienen en él y con la actividad en general, como el mejoramiento de los trabajadores”⁶. También señala que es “el conjunto de normas que estructuran el trabajo subordinado y que regulan, ordenando hacia la justicia social, armónicamente las relaciones derivadas de su prestación y la proporcional distribución de los beneficios alcanzados por su desarrollo”⁷.

De igual manera, Julio Armando Grisolia señala que “es el conjunto de principios y normas jurídicas (coercitivas) que regulan la conducta del hombre en sociedad (...), regulan las relaciones –pacíficas y conflictivas- que surgen del hecho social del trabajo dependiente, y las emanadas de las asociaciones sindicales, cámaras empresariales y grupos de empleadores, entre sí y con el Estado”⁸.

⁶ KROTOSHIN, Ernesto. *Tratado práctico de derecho del trabajo* (1995), Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina, p. 40.

⁷ CASTILLO LUTÍN, Marco Tulio. *Derecho al trabajo guatemalteco*, p.52.

⁸ GRISOLIA, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral* (2011), Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 15.

Dentro de este contexto, es posible conceptualizar al derecho del trabajo como un derecho social que contiene normas de derecho público y privado, así como principios que regulan las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador que nacen de un acuerdo de voluntades, en donde el trabajador se obliga a prestar sus servicios de forma personal y subordinada mientras que el empleador se obliga a pagarle una remuneración a cambio. Asimismo, atendiendo a la desigualdad existente entre el empleador y el trabajador el derecho del trabajo impone un mínimo de garantías que protegen al trabajador y que son de carácter irrenunciable, de tal manera que limita la autonomía de la voluntad entre las partes al momento de suscribir un contrato de trabajo en donde se deben respetar las condiciones mínimas reconocidas en la ley a favor del trabajador.

En cuanto a sus características, se tiene que el derecho del trabajo es de carácter autónomo porque tiene su propio objeto de estudio que es la prestación personal y subordinada de un servicio, sus propios sujetos que son el trabajador y el empleador; y también posee sus propios principios. Sin embargo, siempre estará vinculada a otras ramas del derecho por lo que no tiene autonomía absoluta sino relativa. Asimismo, es un derecho protector porque su finalidad es proteger al trabajador ante la preeminencia del empleador lo que genera una

situación de desigualdad. Es un derecho dinámico porque se encuentra en permanente formación y evolución de acuerdo a la realidad social. Y es de carácter imperativo porque limita el ámbito de la autonomía de la voluntad recurriendo a determinados medios técnicos que garantizan el cumplimiento de la normativa considerada irrenunciable.

III. Principios básicos

Se puede definir a los principios del derecho laboral como las directrices que sirven para interpretar la legislación laboral en caso de conflicto derivados de una relación de trabajo a través de la interpretación, aplicación o integración de las normas. Jorge Rendón los define como: *“lineamientos u orientaciones sobre la interpretación y el sentido de las normas dadas o por darse, en cuanto a su alcance, significación o contenido, o sobre la manera de resolver determinadas situaciones no prescritas por las normas y la consideración de los hechos en las controversias entre empleadores y trabajadores”*⁹.

El numeral 8 del artículo 139° establece que son

⁹ RENDÓN, Jorge. *Derecho al trabajo Teoría General I* (2007), Grijley, Lima, p. 94.

principios y derechos de la función jurisdiccional *“El principio de no dejar de administrar justicia por vacío o deficiencia de la ley. En tal caso, deben aplicarse los principios generales del derecho (...)”*. De igual manera, el artículo VIII del Título Preliminar del Código Civil, señala que: *“Los jueces no puede dejar de administrar justicias por defecto o deficiencia de la Ley. En tales casos, deben aplicarse los principios generales del derecho y, preferentemente, los que inspiran el derecho peruano”*. Por tanto, ante la inexistencia de una norma que solucione el conflicto, los jueces pueden valerse de los principios del derecho laboral para hacerlo.

A continuación desarrollaré en qué consisten alguno de los principios que inspiran el derecho laboral.

1. El principio protector

Este principio también es llamado tuitivo y es el que inspira todo el derecho del trabajo, y se funda en la desigualdad de posiciones existentes entre el empleador y trabajador, la cual se manifiesta en la subordinación de este hacia aquel; y tiene como finalidad proteger la dignidad del trabajador como persona humana.

Julio A. Grisolia señala que son distintas técnicas dirigidas a equilibrar las diferencias preexistentes entre el trabajador y el empleador, evitando que quienes se desempeñen bajo la dependencia jurídica de otros sean víctimas de abusos que ofendan su dignidad, en virtud del poder diferente de negociación y el desequilibrio jurídico y económico existente entre ellos¹⁰.

A partir de este principio se reconocen tres reglas:

A. Indubio pro operario

Este principio se encuentra consagrado en el numeral 3 del artículo 26° de la Constitución Política en los siguientes términos: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...)3. Interpretación favorable al trabajador en caso de duda insalvable sobre el sentido de una norma”*.

Entonces para aplicar este principio se deben cumplir dos requisitos. El primero es la existencia de una norma jurídica, es decir, se aplica cuando la duda recae en una sola norma más no

¹⁰ GRISOLIA, Julio Armando, *Op. Cit.*, p. 55.

cuando deba elegirse entre dos o más normas jurídicas, sino cuando la única norma analizada es dudosa o no es clara; y el segundo, es que la duda sobre el sentido de la norma sea insalvable, es decir, que se hayan agotado todos los mecanismos de interpretación que contiene el Derecho que impide llegar a una conclusión definitiva.

El Tribunal Constitucional señala que la aplicación de este principio está sujeta a cuatro consideraciones¹¹:

- a) Existencia de una norma jurídica que, como consecuencia del proceso de interpretación, ofrece varios sentidos.
- b) Imposibilidad lógico – axiológica de dirimir esta duda mediante la utilización de cualquier método de interpretación admitido como válido por el ordenamiento nacional.
- c) Obligación de adoptar como sentido normativo a aquél que ofrece mayores beneficios al trabajador.
- d) Imposibilidad del operador de integrar la norma, ya que

¹¹ Exp. N° 0008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005, F.J.21.

el principio no se refiere a suplir la voluntad de éste, sino a adjudicarle el sentido más favorable al trabajador.

Américo Plá Rodríguez indica que *“no se trata de corregir la norma ni siquiera de integrarla; sólo cabe utilizar el principio cuando existe una norma y únicamente para determinar el verdadero sentido, cuando se presenta más de uno. De manera que, cuando hay ausencia de norma, no se puede recurrir a esta regla para llenar el vacío que no contempló el legislador. Tampoco es posible, apelar a esta regla para apartarse del significado claro de la norma; menos para atribuirle a la norma un sentido que no se puede desprender de ninguna manera de su texto ni de su contexto”*¹².

B. El principio de la norma más favorable

Este principio se utiliza cuando ante una situación de hecho existe más de una norma jurídica que se puede aplicar, ante lo cual se aplicará la que otorgue mayores ventajas al trabajador. La teoría general de derecho ha propuesto tres

¹² PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo* (1998), Depalama, Buenos Aires, p. 88.

criterios sucesivos: a) Jerarquía de la norma; b) Especialidad de la norma; y, c) Temporalidad. Por lo que en caso de conflicto se preferirá la norma de mayor jerarquía normativa, y si ambas son del mismo rango entonces se dará preferencia a la que tiene alcance especial, y si tienen el mismo ámbito de aplicación, se aplicará la primera en el tiempo.

García Manrique¹³, ha señalado determinados supuestos posibles en los cuales procede o no la aplicación del principio de la norma más favorable.

- a) Si las dos normas en conflicto son de distinto rango (ley y reglamento), no se aplica este principio ya que el reglamento es inválido al contradecir a una norma superior, aun cuando el reglamento sea más favorable.
- b) Si se trata de dos normas del mismo rango, se aplicarán las reglas de especialidad y temporalidad, por lo que no cabría la aplicación de este principio.
- c) Si el conflicto se da entre una ley y un convenio colectivo, en la medida que este último mejore los beneficios que la ley concede al trabajador se le

¹³ GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se aplican los principios laborales en el Perú?* (2010), Gaceta Jurídica, Lima, pp. 11-12.

preferirá por ser más favorable y se aplica la regla. Claro está, si los disminuye, el convenio es inválido y se prefiere la ley, pero no por razón de ser la más favorable.

- d) Si la ley posterior reduce un beneficio que el convenio anterior otorgaba solamente si se trata de un máximo de derecho necesario se debe aplicar la Ley, aunque el convenio sea más favorable; tampoco se aplica.
- e) Y si la ley es posterior y mejora un derecho que el convenio anterior otorgó, se aplica la regla y se prefiere la ley por ser más favorable. El convenio recobra su vigencia si la ley es derogada o modificada por una nueva regulación inferior.

C. El principio de la condición más beneficiosa

Según este principio no es posible que se introduzcan modificaciones en las relaciones laborales en perjuicio de las mismas sino que éstas deben introducirse para mejorar las condiciones de trabajo; por lo que si una norma establece menos beneficios al trabajador de los que tenía con la anterior norma, se deberá preferir la regulación primera por ser la más beneficiosa; es por ello que se dice que está relacionado con el

principio de irrenunciabilidad de derechos laborales.

Álvaro García Manrique¹⁴ hace alusión a los principales supuestos de aplicación de la regla de la condición más beneficiosa:

a) Si un trabajador adquiere un derecho porque así fue pactado en el contrato de trabajo, o se le concedió el empleador por un acto unilateral o surgió de la costumbre, no podría el empleador mediante disposición unilateral reducir o eliminar ese derecho justamente por aplicación a favor del trabajador de la regla de la condición más beneficiosa, a menos que el trabajador voluntariamente lo acepte.

b) Si el contrato de trabajo entra en conflicto con un convenio colectivo y siempre que aquel reconozca un mejor tratamiento a un derecho, podría el trabajador invocar la regla de condición más beneficiosa y que se imponga el contrato.

No obstante ello, los opositores a esta tesis podrían alegar que el contrato de trabajo debe adaptarse al convenio colectivo y este debe primar.

c) Si la sucesión peyorativa se da entre dos fuentes del mismo rango (ley y ley; convenio colectivo y otro

¹⁴GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. "*¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?*" *Op. Cit.* 13-14.

convenio colectivo, la doctrina no se ha puesto de acuerdo sobre si se debe o no aplicarse la regla de la condición más beneficiosa.

2. El principio de irrenunciabilidad de los derechos laborales

Está contenido en el numeral 2 del artículo 26° de la Constitución Política: *“En la relación laboral se respetan los siguientes principios: (...) 2. Carácter irrenunciable de los derechos reconocidos por la Constitución”*.

En mérito este principio, el trabajador debe gozar de todos los derechos que le atribuyen la Constitución y las leyes, que constituyen límites mínimos que le han sido reconocidos por el ordenamiento jurídico para equilibrar la posición de desigualdad en la que se encuentra. Por tanto, no puede ser privado de ellos como tampoco puede renunciar a ellos.

Al respecto, el Tribunal Constitucional en el EXP. N° 00008-2008-PI/TC del 22 de abril de 2009, ha manifestado respeto al principio de irrenunciabilidad lo siguiente: *“(...*

95. Este principio “se fundamenta en el carácter protector del Derecho Laboral en la medida que presume la nulidad de todo

acto del trabajador que disponga de un derecho reconocido en una norma imperativa”¹⁵. Del mismo modo, el principio de irrenunciabilidad de derechos es justamente el que prohíbe que los actos de disposición del trabajador, como titular de un derecho, recaigan sobre normas taxativas, y sanciona con la invalidez la transgresión de esta pauta basilar¹⁶.96. En el mismo sentido se ha pronunciado este Colegiado en la STC N.º 008-2005-PI/TC, al establecer que “(...) para que sea posible la aplicación del artículo 26º de la Constitución, debe existir una relación laboral y que el trabajador no podrá renunciar, o disponer, cualquiera sea el motivo, de los derechos y libertades que la Constitución y leyes vigentes al momento de la relación laboral le reconocen”.97. El principio de irrenunciabilidad de derechos laborales tiene por objetivo proscribir que el trabajador renuncie a sus derechos laborales reconocidos por la Constitución y leyes vigentes en su propio perjuicio, en aras de resguardar sus intereses en la relación laboral, dado que al trabajador se le considera la “parte débil” de la relación

¹⁵ *La Constitución Comentada*, Tomo I. (2005), Gaceta Jurídica, Lima 2005, p. 550. En Exp. N.º 00008-2008-PI/TC, del 22 de abril de 2009, F.J. 95.

¹⁶ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho laboral* (2003), Fondo Editorial de la PUCP, p. 103, En STC N.º 00008-2008-PI/TC, del 22 de abril de 2009, F.J. 95.

laboral (...)”.

3. El principio de primacía de la realidad

Es uno de los pilares del derecho del trabajo que determina que en caso de discordancia entre los hechos y lo declarado en los documentos o en las formalidades se preferirá siempre lo que ocurra en la realidad. Se trata de un principio que se aplica cuando existen supuestos de desnaturalización de la relación laboral. Plá Rodríguez¹⁷, ha señalado distintas procedencias del desajuste entre lo que sucede en la realidad y lo que se produce en los hechos: una intención deliberada de fingir o simular una situación jurídica distinta a la real, un error, falta de actualización de los datos o falta de cumplimiento de los requisitos formales.

Con relación a este principio, el Tribunal Constitucional ha señalado que *“es un elemento implícito en nuestro ordenamiento jurídico y, concretamente, impuesto por la propia naturaleza tuitiva de nuestra Constitución, este Colegiado ha precisado que en mérito de este principio (...) en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de*

¹⁷ Citado por: TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral* (2004), Gaceta Jurídica, Lima, p. 118.

los documentos, debe darse preferencia a lo primero, es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos”¹⁸.

Podemos decir, que se presume la existencia de un contrato cuando el empleador obliga al trabajador a prestar servicios en beneficio de aquel de manera personal, subordinada y remunerada; y para identificarlo existen ciertos rasgos sintomáticos¹⁹ tales como: la exclusividad en la prestación del servicio, la estabilidad, la permanencia en los pagos mensuales, la continuidad, etc., los que son indicios o características comunes de un contrato de trabajo y ayudan a demostrar la existencia de la relación laboral, pero que no bastan pues, lo que debe estar presente y ser demostrado cabalmente son los elementos de la relación laboral.

4. El principio de continuidad de la relación laboral

Este principio no está en la Constitución ni expresamente en la ley; sin embargo, se infiere de lo establecido en el artículo 4° del Decreto Supremo N° 003-97-TR, que ordena: *“En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados,*

¹⁸ Exp. N° 03710-2005-PA/TC, del 31 de enero de 2006, F.J. 4.

¹⁹ *Ibídem.*

se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado"; el cual se relacione de forma directa con el principio de primacía de la realidad siendo que la continuidad del vínculo se considera ininterrumpida cuando no desaparecen los elementos esenciales o hasta que no se demuestre lo contrario²⁰.

Este principio es de aplicación en muchos casos por ejemplo cuando los contratos a plazo fijo se desnaturalizan se convierten en un contrato de trabajo a plazo indeterminado, también cuando existe un supuesto de fusión de empresas en donde los trabajadores de cada una de las empresas a fusionar continuarán laborando luego de la fusión por lo que se entenderá que el vínculo laboral que inició antes de la fusión no se interrumpe con ella sino que continúa en los mismos términos y condiciones.

²⁰GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. "*¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?*" *Op. Cit.*... 1199.

IV. El contrato de trabajo

1. Definición

Toyama Miyagusuku, define al contrato de trabajo como un acuerdo de voluntades entre el trabajador y el empleador para la prestación de servicios personales y subordinados bajo una relación de aménidad (servicios subordinados prestados para otra persona). El acuerdo podrá ser verbal o escrito, expresa o tácito, reconocido o simulado por las partes²¹.

2. Características

Tiene como características las siguientes:

- a) Es consensual, solo basta la voluntad de las partes para que se perfeccione sin ser necesarias formalidades.
- b) Es conmutativo, toda vez que ambas partes contraen obligaciones ciertas que les benefician o no, hay equivalencia en las prestaciones.
- c) Es oneroso, porque ambas partes se benefician, el empleador se beneficia del trabajo del trabajador y éste último

²¹ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico* (2015), Gaceta Jurídica, Lima, p.65.

recibe a cambio una remuneración.

d) Es bilateral, porque las dos partes contraen obligaciones, el trabajador a prestar los servicios para los que fue contratado y a obedecer las órdenes que se le impartan, y el empleador a pagarle una remuneración.

e) Es personal porque en el contrato de trabajo el trabajador es contratado para que cumpla con su obligación de forma persona, no pudiendo ser reemplazado por otro.

f) Es de tracto sucesivo toda vez que sus efectos de prolongan en el tiempo, se desarrolla por medio de prestaciones repetidas en el tiempo, es un contrato de ejecución continuada.

3. Sujetos

Son dos los sujetos que forman parte de una relación laboral: el trabajador y el empleador. El primero es aquel que presta servicios al empleador en mérito a un contrato de trabajo. Y el segundo es la persona que contrata los servicios de un trabajador dependiente a quien le retribuye a través del pago de una remuneración, y tiene facultades de fiscalización y dirección sobre él.

4. Elementos

Los elementos de un contrato de trabajo son: la prestación personal del servicio, la subordinación y la remuneración; y se desprende de lo establecido en el artículo 4° del Decreto Supremo N 003-97-R, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala: *“En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”*.

A. La prestación personal

El servicio prestado en el marco de un contrato de trabajo debe ser brindado por una persona física. Ello debe leerse en el sentido de que la labor debe ser desempeñada de modo personal y directo por el trabajador, es decir, debe ser este quien preste el servicio sin intermediarios²².

Al respecto, Toyama Miyagusuku señala que *“la prestación de servicios que fluye de un contrato de trabajo es personalísima –intuito personae- y no puede ser delegada a un*

²² ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Op. Cit. p. 81.

*tercero. Los servicios que presta el trabajador son directos y concretos, no existiendo la posibilidad de efectuar delegaciones o ayuda de terceros*²³. Y Neves Mujica indica que el trabajador “*debe ejecutar la prestación comprometida, sin asistirse por dependientes a su cargo, ni –menos aún- transferirla en todo o en parte a una tercero*”²⁴.

De lo expuesto se colige que el trabajador debe prestar servicios de forma personal, sin asistencia alguna; a favor del empleador quien le pagará a cambio una retribución.

B. La subordinación

Es el elemento determinante para establecer la existencia de un vínculo laboral, ya que constituye el matiz distintivo entre un contrato de trabajo y uno de locación de servicios²⁵. En virtud de este principio, el trabajador obedece las órdenes del empleador lo que significa por un lado que la fuerza del

²³ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Op. Cit.*, p.67.

²⁴ NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo* (2012), Fondo Editorial PUCP, p.34.

²⁵ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Op. Cit.*, p.67.

trabajador está a disposición del empleador, y que el trabajador está obligado cumplir con las directrices que se le imparten. El empleador tiene entonces la facultad de dictar lineamientos, instrucciones u órdenes al trabajador quien tiene que cumplir con tales disposiciones; sin embargo, esta facultad se encuentra limitada por las leyes, las convenciones colectivas e incluso por los mismos contratos de trabajo.

Por tanto, la subordinación es la limitación de la autonomía de la voluntad del trabajador en una relación de trabajo en donde el empleador tiene el poder sobre dirigir y fiscalizar al trabajador, que como se ha señalado se encuentra en situación de dependencia.

La subordinación tiene tres manifestaciones: económica, técnica y jurídica. La subordinación económica se manifiesta en tanto el trabajador enajena su trabajo a cambio de una remuneración. La subordinación técnica implica que el empleador atento a sus facultades de dirección y organización empresarial, puede señalarle al empleado cómo debe realizar las tareas. Y la subordinación jurídica está dada porque el empleador está facultado a dar órdenes que el trabajador debe cumplir²⁶.

²⁶ Cfr. ACZEL, María Cristina. *Instituciones del Derecho Individual del Trabajo* (2004), *Ob. Cit.*, pp. 58-59.

Se puede concluir entonces que la subordinación es el elemento característico de un contrato de trabajo que limita la voluntad del trabajador en tanto debe obedecer las órdenes de su empleador quien posee una facultad de dirección entendida como la potestad de dirigir la prestación laboral a los fines de la producción.

C. La remuneración

La remuneración es la retribución que percibe el trabajador por entregar su fuerza en la realización de un servicio a favor del empleador, que no solo es un elemento del contrato de trabajo sino que es un derecho reconocido en el artículo 24° de la Constitución que señala: *“El trabajador tiene derecho a una remuneración equitativa y suficiente, que procure, para él y su familia, el bienestar material y espiritual. El pago de la remuneración y de los beneficios sociales del trabajador tiene prioridad sobre cualquiera otra obligación del empleador. Las remuneraciones mínimas se regulan por el Estado con participación de las organizaciones representativas de los trabajadores y de los empleadores”*.

El Tribunal Constitucional ha manifestado que: “la remuneración, en tanto derecho fundamental, es la retribución que recibe el trabajador en virtud del trabajo o servicio realizado para un empleador, que posee una naturaleza alimentaria al tener una estrecha relación con el derecho a la vida, acorde con el principio-derecho a la igualdad y la dignidad, y que al mismo tiempo adquiere diversas consecuencias o efectos para el desarrollo integral de la persona humana (fundamento 6 de la STC 4922-2007-PA/TC).

(...)16. A criterio de este Tribunal el contenido esencial del derecho fundamental a la remuneración, tal y como está reconocido en el marco constitucional, abarca los tres elementos: - **Acceso**, en tanto nadie está obligado a prestar trabajo sin retribución (artículo 23 de la Constitución). - **No privación arbitraria**, como reflejo del acceso, en tanto ningún empleador puede dejar de otorgar la remuneración sin causa justificada. - **Prioritario**, en tanto su pago es preferente frente a las demás obligaciones del empleador, de cara a su naturaleza alimentaria y su relación con el derecho a la vida y el principio-derecho a la igualdad y la dignidad (segundo párrafo del artículo 24 de la Constitución). - **Equidad**, al no ser posible la discriminación en el pago de la remuneración (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución). - **Suficiencia**, por constituir el quantum mínimo que garantiza al trabajador y a su familia su

bienestar (primer párrafo del artículo 24 de la Constitución)”.

Por tanto, la remuneración es todo lo que percibe el trabajador ya sea en dinero o en especie, a cambio de los servicios que presta al empleador que comprende un beneficio para él y su familia; la misma que debe ser equitativa y suficiente.

V. Modalidades de contratación laboral

1. Contrato de trabajo a plazo indeterminado

El artículo 4° del Decreto Supremo N 003-97-R, TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala: *“En toda prestación de servicios remunerados y subordinados se presume, salvo prueba en contrario, la existencia de un contrato de trabajo por tiempo indeterminado”*; dicho dispositivo legal no solo reconoce la presunción de la existencia de un contrato de trabajo sino de la indeterminación del mismo; por lo que se puede llegar a determinar la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado si es que las partes optan expresamente por ello, o en caso no lo hagan se presumirá dicha condición.

Toyama Miyagusuku²⁷, ha señalado que el contrato de trabajo a plazo indeterminado tiene las siguientes características:

- a) Es el típico contrato de trabajo que contiene todos derechos y obligaciones legales previstos en las normas laborales.
- b) Es el contrato que goza de presunción legal que es la de laboralidad.
- c) Los supuestos de desnaturalización contractual o de sanción legal conllevan la configuración de un contrato de trabajo a plazo indeterminado.
- d) No se exige formalidad, se puede celebrar por escrito o en forma verbal.

²⁷ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*, Op. Cit., pp.77-78.

2. Contrato de trabajo a tiempo parcial

El artículo el Reglamento de la Ley de Fomento del Empleo aprobado por Decreto Supremo N° 001-96-TR señala en sus artículos 11° y 12°, lo siguiente: “*Artículo 11.- Los trabajadores contratados a tiempo parcial tienen derecho a los beneficios laborales, siempre que para su percepción no se exija el cumplimiento del requisito mínimo de cuatro (4) horas diarias de labor*”. “*Artículo 12.- Se considera cumplido el requisito de cuatro (4) horas en los casos en que la jornada semanal del trabajador dividida entre seis (6) o cinco (5) días, según corresponda, resulte en promedio no menor de cuatro (4) horas diarias.*” (subrayado nuestro). Es decir, la prestación de servicios a tiempo parcial debe ser inferior a cuatro horas diarias o en promedio semanal, menor a cuatro horas.

Toyama Miyagusuku, expresa que este tipo de contratos tiene las siguientes características²⁸ :

- a) En cuanto a la jornada parcial, existen dos beneficios que supeditan que la jornada sea igual o superior a cuatro

²⁸TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico*, Op. Cit., pp.78-80.

horas. Así aquellas personas que laboran menos de ese tiempo no tienen estabilidad laboral ni Compensación por

Tiempo de Servicios; asimismo, existen otros beneficios que son percibidos por éstos trabajadores en donde la jornada determina una cuantía inferior.

b) En cuanto a la formalidad y límites, el artículo 13° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que debe ser por escrito y debe presentarse ante el Ministerio de Trabajo dentro de los 15 días de suscrito. Asimismo, no existe un límite de trabajadores contratados bajo esta formalidad.

c) No requieren de una justificación o explicación sobre los motivos de la contratación ni la razonabilidad sobre el número de horas que se prestarán o la distribución del tiempo de tales horas.

3. Contrato de trabajo a plazo fijo

La contratación temporal ha de entenderse excepcional respecto de la contratación por tiempo indefinido, y en atención a la proyección que tiene el derecho al trabajo sobre las relaciones laborales, y dado que la contratación temporal debería

confinarse a actividades transitorias (principio de causalidad)²⁹. Está regulada en nuestro ordenamiento jurídico en los artículos 53° a 83° del Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Tiene como características relevantes las siguientes:

- a) Otorga a dichos trabajadores los derechos y beneficios previstos para los trabajadores contratados a plazo indefinido. No tienen derecho a la indemnización por despido arbitrario al término del plazo pactado pero sí pueden percibirla si el término del contrato se produce luego del periodo de prueba pero antes del vencimiento del contrato conforme lo señala el artículo 79° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral³⁰.
- b) Son contratos atípicos que deben contener de forma expresa la causa temporal de la contratación, sino se

²⁹ ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. Op. Cit. p. 81.

³⁰ Artículo 79.- *"Los trabajadores contratados conforme al presente Título tienen derecho a percibir los mismos beneficios que por Ley, pacto o costumbre tuvieron los trabajadores vinculados a un contrato de duración indeterminado, del respectivo centro de trabajo y a la estabilidad laboral durante el tiempo que dure el contrato, una vez superado el periodo de prueba"*.

consigna la misma entonces nos encontramos ante un supuesto de desnaturalización de dicho contrato.

c) El plazo de duración del contrato depende de la existencia de la causa o del plazo máximo que ha establecido el legislador que es de cinco años establecido en el artículo 74° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral³¹.

d) Los contratos a plazo fijo deben celebrarse por escrito, es un requisito para su validez así lo establece el artículo 72° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral³²; además, deben indicar las causas que originaron la contratación.

e) En un supuesto de despido arbitrario, la indemnización que les corresponde equivale a los meses completos que

³¹ Artículo 74.- *"Dentro de los plazos máximos establecidos en las distintas modalidades contractuales señaladas en los artículos precedentes, podrán celebrarse contratos por periodos menores pero que sumados no excedan dichos límites.*

En los casos que corresponda, podrá celebrarse en forma sucesiva con el mismo trabajador, diversos contratos bajo distintas modalidades en el centro de trabajo, en función de las necesidades empresariales y siempre que en conjunto no superen la duración máxima de cinco (5) años".

³² Artículo 72.- *"Los contratos de trabajo a que se refiere este Título necesariamente deberán constar por escrito y por triplicado, debiendo consignarse en forma expresa su duración, y las causas objetivas determinantes de la contratación, así como las demás condiciones de la relación laboral".*

faltaban para culminar el contrato, como lo establece el artículo 76° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral³³.

Estos contratos se clasifican en contratos a plazo fijo de naturaleza temporal, accidental, de obra o servicio, y otros sujetos a modalidad.

VI. Estabilidad laboral

La estabilidad laboral es un derecho por el cual se busca la conservación del contrato de trabajo ante las vicisitudes que se presentan en la relación laboral, siendo una manifestación del principio de continuidad.³⁴ La estabilidad laboral tiene dos expresiones: la estabilidad de entrada y la de salida.

La estabilidad de entrada se configura al inicio de la

³³ Artículo 76.- *"Si el empleador vencido el periodo de prueba resolviera arbitrariamente el contrato, deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada mes dejado de laborar hasta el vencimiento del contrato, con el límite de doce (12) remuneraciones".*

³⁴ TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico, Op. Cit.*, pp.403.

relación laboral; implica una relación de causalidad entre la naturaleza permanente o temporal de las labores para las cuales fue contratado el trabajador. En tal sentido, si se incurre en alguna de las causales de desnaturalización de la contratación temporal se entenderá que se ha convertido en una de duración indeterminada conforme lo señala el artículo 77° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral —Decreto Supremo N° 003-97-TR³⁵; siendo además que nuestra legislación otorga preferencia a la contratación a plazo indefinido como se aprecia de lo dispuesto en el artículo 4 de la citada Ley de Productividad y Competitividad Laboral, que establece: “*En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado (...)*”.

³⁵ Artículo 77° del DS N° 003-97-TR: “Los contratos de trabajo sujetos a modalidad se considerarán como de duración indeterminada:
a) Si el trabajador continua laborando después de la fecha de vencimiento del plazo estipulado, o después de las prórrogas pactadas, si estas exceden del límite máximo permitido;
b) Cuando se trata de un contrato para obra determinada o de servicio específico, si el trabajador continúa prestando servicios efectivos, luego de concluida la obra materia de contrato, sin haberse operado renovación;
c) Si el titular del puesto sustituido, no se reincorpora vencido el término legal o convencional y el trabajador contratado continuare laborando;
d) Cuando el trabajador demuestre la existencia de simulación o fraude a las normas establecidas en la presente ley”.

La estabilidad laboral de salida se produce al final de la relación laboral, el trabajador tiene el derecho a permanecer en su puesto de labores hasta una vez terminado su contrato o en caso de ser indefinido, se prohíbe el despido por causa injustificada. La estabilidad laboral relativa puede ser a su vez propia o impropia. La primera no supone la obligación del empleador de reincorporar al trabajador despedido de forma irregular sino que trae como consecuencia la declaración de nulidad del cese y el otorgamiento de una indemnización. La impropia solo da lugar al pago de una indemnización.

Nuestro ordenamiento jurídico nacional ha adoptado la manifestación de la estabilidad laboral relativa impropia, en tanto el artículo 27° de la Constitución concordado con el artículo 34° del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establecen que la protección frente a un despido arbitrario es la indemnización. La excepción es el caso del despido nulo que se produce por causas previstas en la ley y en donde se acoge la estabilidad laboral absoluta ya que se ordena la reposición del trabajador. Asimismo, es de precisar que el Tribunal Constitucional ha ampliado los supuestos en donde cabe la estabilidad absoluta, es decir, la reposición; como por ejemplo en los casos de despido arbitrario.

VII. El despido

1. Definición

Es un acto unilateral del empleador que extingue la relación laboral que mantiene con el trabajador; puede presentarse por causas justificadas o injustificadas; sin embargo, ante la posibilidad de que dicha facultad sea ejercida en forma arbitraria e incluso lesiva de derechos fundamentales, la tendencia generalizada de los ordenamientos laborales es limitar esta facultad de despido del empleador, por cual, señalan al despido como una institución causal³⁶, así la Ley de Productividad y Competitividad Laboral en su artículo 22° señala la necesidad de una causa justa de despido. Esto implica que sólo se admite como facultad o potestad del empleador en la medida que se configure una causa justa que habilite el ejercicio de la misma. En ese sentido, el ordenamiento jurídico resta legitimidad a los despidos que no se fundamenten en una causa justa, así como a sus consecuencias jurídicas.

³⁶ ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo* (1989), Universidad Complutense, Madrid, p. 386.

2. Características

Rodríguez García³⁷ ha señalado como sus características las siguientes:

- a) Es un acto unilateral que se produce por la sola voluntad del empleador sin participación del trabajador.
- b) Es un acto recepticio, su eficacia está relacionada con la efectiva comunicación del empleador al trabajador que va a ser despedido.
- c) Es un acto constitutivo, el empleador no tiene que proponer a otra instancia el despido, sino que él es quien extingue la relación jurídica laboral.
- d) Es un acto extintivo, la relación se extingue ad futurum, por el acaecimiento de hechos posteriores a la celebración del contrato de trabajo.

Asimismo, deben observarse los siguientes requisitos:

- a) El trabajador debe laborar cuatro o más horas diarias,

³⁷ RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, *La extinción del contrato de trabajo. Causales, requisitos y consecuencias* (2009), Gaceta Jurídica, Lima, p.64.

conforme al artículo 22° del Decreto Supremo N° 003-97-TR que señala que solo procede el despido de un trabajador sujeto a régimen de la actividad privada que labora cuatro o más horas diarias para un mismo empleador, cuando exista causa justa contemplada en la ley y debidamente comprobada.

b) El trabajador debe haber superado el periodo de prueba, toda vez que antes de superado el mismo puede ser despedido sin mediar razón alguna.

c) La causal de despido debe encontrarse establecida expresamente en la Ley y haber sido comprobada, debe estar relacionada con la conducta o capacidad del trabajador; y que están contenidas en la Ley. Así tenemos que los artículos

23° y 24° del Decreto Supremo N° 003-97-TR:

“Artículo 23°.- Son causas justas de despido relacionadas con la capacidad del trabajador:

a) Las deficiencias físicas, intelectuales, mentales o sensoriales sobrevenidas cuando, realizados los ajustes razonables correspondientes, impiden el desempeño de sus tareas, siempre que no exista un puesto vacante al que el trabajador pueda ser transferido y que no implique riesgos para su seguridad y salud o la de terceros;

b) El rendimiento deficiente en relación con la capacidad del trabajador y con el rendimiento promedio en labores y bajo condiciones similares;

c) La negativa injustificada del trabajador a someterse a examen médico previamente convenido o establecido por Ley, determinantes de la relación laboral, o a cumplir las medidas profilácticas o curativas prescritas por el médico para evitar enfermedades o accidentes.

Artículo 24.- *Son causas justas de despido relacionadas con la conducta del trabajador:*

a) La comisión de falta grave;

b) La condena penal por delito doloso;

c) La inhabilitación del trabajador”.

3. Clases de despido

A.Despido nulo

La causa evidencia discriminación o afectación de derechos y libertades del trabajador reconocidos por la

Constitución y la ley. Es una forma de despido recusada por el ordenamiento jurídico por implicar la vulneración de derechos fundamentales que se reconocen al trabajador como tal, como persona y ciudadano³⁸, significando un desconocimiento o violación de derechos de la persona humana que se reputan intangibles³⁹. Las causales de este tipo de despido se encuentran establecidas en el artículo 29° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral y son los siguientes:

- a) La afiliación a un sindicato o la participación en actividades sindicales.
- b) Ser candidato a representante de los trabajadores o actuar o haber actuado en esa calidad.
- c) Presentar una queja o participar en un proceso contra el empleador ante las autoridades competentes, salvo que configure la falta grave contemplada en el inciso f) del Artículo
- d) La discriminación por razón de sexo, raza, religión, opinión, idioma, discapacidad o de cualquier otra índole.

³⁸ BLANCAS BUSTAMANTE, Carlos, *Op. Cit.* pp. 281-282.

³⁹ PASCO COSMÓPOLIS, Mario, "*Extinción de la Relación Laboral*" (1996), en Primera Jornada de Trabajo, UDEP, Piura, p. 41.

e) El embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el despido se produce en cualquier momento del periodo de gestación o dentro de los 90 (noventa) días posteriores al nacimiento. Se presume que el despido tiene por motivo el embarazo, el nacimiento y sus consecuencias o la lactancia, si el empleador no acredita en estos casos la existencia de causa justa para despedir.

El artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral señala que si se declara fundada la demanda de despido nulo, el trabajador será repuesto en su empleo, salvo que en ejecución de sentencia el propio trabajador opte por la indemnización del despido arbitrario. Además, el empleador deberá cancelarle las remuneraciones que dejó de percibir desde que se produjo el despido.

B. Despido incausado

El artículo 34° de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, establece que el despido es arbitrario por no haberse expresado causa o por no poderse demostrar ésta en juicio, cuya consecuencia será el pago de una indemnización.

Así la arbitrariedad en el despido, según la mencionada

norma se verifica en: a) el despido de hecho, es decir, sin expresión de causa y sin comunicación al trabajador (sin procedimiento previo ni carta de despido), b) el despido debidamente notificado al trabajador, pero sin expresión de causa (sin procedimiento previo, pero con carta de despido que solo señala fecha de cese), c) despido con procedimiento previo, imputación de causa y carta de despido, pero que la causa no se haya podido demostrar en juicio, o no era de tal magnitud que permitiera la configuración de una falta grave.

La protección frente a este tipo de despido consiste en una reparación, la cual de acuerdo a la LPCL, es una indemnización. Siendo así, dicha reparación vendría a constituirse también en una sanción para el empleador por resuelto el contrato de trabajo de manera unilateral e injustificada.

La indemnización es equivalente a una remuneración y media ordinaria mensual por cada año de servicios con un tope máximo de doce remuneraciones, siendo que las fracciones se abonan en dozavos y treintavos según corresponda a los meses y/o días adicionales.

En el caso de los trabajadores sujetos a contratos

modales (plazo fijo), la indemnización se calcula sobre los meses que faltan para el término del contrato laboral, en razón de una remuneración y media mensual por cada uno de tales meses, con un tope de doce remuneraciones.

C. Despido fraudulento

El despido fraudulento se produce cuando se despide al trabajador con ánimo perverso y auspiciado por el engaño, consecuentemente, de forma contraria a la verdad y rectitud de las relaciones laborales; aunque se haya cumplido con la imputación de una causal y el procedimiento respectivo, tal como ocurre cuando se imputa al trabajador hechos notoriamente inexistentes, falsos o imaginarios o, también, se le atribuye una falta no prevista legalmente, vulnerando el principio de tipicidad, o se extingue la relación laboral con vicio de voluntad o mediante la "fabricación de pruebas". En diversos pronunciamientos, el Tribunal Constitucional ha otorgado la calificación de despido fraudulento a aquellos despidos cuya causa imputada por el empleador no ha sido demostrada en juicio, no obstante que en otros fallos ha sido enfático en puntualizar que en la vía de amparo no se realiza una calificación del despido. En efecto, el Tribunal Constitucional procede a evaluar si los hechos imputados por los empleadores

se subsumen en las faltas graves tipificadas en el artículo 25 de la Ley de Productividad Competitividad Laboral, para que, en caso contrario, estime que ha existido una infracción al principio de tipicidad y, por ende, que el despido califica como fraudulento.

CAPITULO SEGUNDO

Las plataformas virtuales: Una nueva forma de prestación de servicios y el derecho laboral

I. La tecnología y su repercusión en el derecho del trabajo

En la actualidad han surgido nuevas formas de trabajo las cuales están ligadas a la tecnología, lo cual está transformando la forma de organización de las empresas de tal modo que el trabajador subordinado es cada vez menos necesario. Es así que está apareciendo un nuevo tipo de empresas dedicada a poner en contacto clientes directamente con prestadores de servicios individuales⁴⁰.

Este nuevo contexto ha planteado nuevos desafíos para el derecho al trabajo como rama del derecho dedicada a proteger

⁴⁰ TODOLI SIGNES, Adrián. “El impacto de la “Uber Economy” en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”. p. 3. En <https://www.upf.edu/iuslabor/pdf/2015-3/Todoli.pdf>

las relaciones laborales que surgen dentro de un contexto que se condice con el modelo industrial en donde los rasgos característicos de la relación laboral se podían identificar sin mayor esfuerzo. Sin embargo, en estos tiempos que responden a un nuevo modelo económico es más difícil identificar si nos encontramos frente a un contrato de trabajo toda vez que el nuevo paradigma laboral promueve la movilidad en el trabajo, los horarios flexibles, nuevas categorías, el trabajo externalizado; todo lo cual nos lleva a afirmar que no solo existe un cambio en las organizaciones de las empresas sino que también han surgido cambios en la noción clásica del trabajador. Raso Delgue con relación a este contexto afirma que *“El Derecho al Trabajo -sólida rama jurídico del pasado- está en riesgo de volverse una vieja caja de herramientas sin capacidad para poder reparar las nuevas realidades laborales”*.⁴¹

II. Concepto de plataformas virtuales

Las transformaciones de trabajo a las que hemos hecho referencia líneas arriba surgen en las denominadas plataformas

⁴¹ RASO DELGUE, Juan. “El derecho al trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras”. p. 40. En <http://www.revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/viewFile/42443/44517>.

virtuales, que es posible definirla como una base de datos simbólico, con una serie de herramientas de comunicación propia (foros, chats, correos electrónicos, etc.) que tienen distintas funciones, por ejemplo pueden ser un espacio de aprendizaje o de actividades comerciales o de producción de servicios⁴².

En otras palabras, se define como un sistema que permite la ejecución de diversas aplicaciones bajo un mismo entorno, permitiendo que los usuarios accedan a ellas a través de internet y hacer uso de sus servicios. Asimismo, conviene indicar que para que un software se considere como una plataforma virtual debe tener flexibilidad y capacidad para adaptarse al cambio y a las necesidades y posibilidades de cada organización.

Ahora bien, Raso Delgue hace alusión a dos tipos básicos de plataformas virtuales a partir de las formas de organización y prestación de las tareas: Sharing economy o economía participativa; y, On demand economy o no sharing economy⁴³; las cuales serán analizadas y permitirán tener una

⁴² RASO DELGUE, Juan. Op. Cit. p. 34.

⁴³ *Ibidem*

visión general respecto a los tipos de organizaciones que existen en el contexto digital actual.

a) Sharing economy o economía participativa

El consumo colaborativo se refiere a la manera tradicional de compartir, intercambiar, prestar, alquilar y regalar, a través de la tecnología moderna; y las nuevas maneras de medir la reputación de las personas. El movimiento del consumo colaborativo supone un cambio cultural y económico en los hábitos de consumo marcado por la migración de un escenario de consumismo individualizado hacia nuevos modelos potenciados por los medios sociales y las plataformas de tipo peer-to-peer (red-entre-pares o red-entre-iguales) ⁴⁴.

También se puede definir como una interacción entre dos o más sujetos, a través de medios digitalizados o no, que satisface una necesidad real o potencial, a una o más personas. Las plataformas digitales establecen un marco, donde los usuarios pueden interactuar entre ellos y/o con la misma plataforma. Los usuarios seleccionan el rol que desean en cada momento, o varios roles simultáneamente (por ejemplo:

⁴⁴ *Vid.* en <http://theyumers.com/blog/que-es-consumo-colaborativo-sharing-economy/>

vendedor y comprador) es un sistema abierto y dinámico. Normalmente, existe un sistema de evaluación entre usuarios, mediante el cual, adquieren una reputación, y con ella, la confianza necesaria para seguir llevando a cabo la actividad que deseen. Cuanto mayor sea el número de usuarios, que exista en la plataforma digital, más valor tendrá la misma, los usuarios tendrán más posibilidades de elección y/o desarrollo, serán mejor evaluados, y la confianza estará más contrastada⁴⁵.

En la economía colaborativa es posible identificar tres sistemas de acuerdo a las actividades que se buscan realizar a través de las plataformas virtuales. Así tenemos al Sistema basado en el acceso a productos; a los mercados de redistribución; y a los estilos de vida colaborativo⁴⁶.

- **Sistema basado en el acceso a productos:** Este sistema se basa en pagar por aquello que se va a utilizar sin tener la necesidad de comprarlo contrarrestando el efecto de la sociedad híper consumista. Tenemos por ejemplo al carsharing que consiste en alquilar automóviles por

⁴⁵ Vid. en https://es.wikipedia.org/wiki/Consumo_colaborativo

⁴⁶ REGUERA FERNÁNDEZ, D. Javier. Op. Cit. pp. 24-25.

cortos periodos de tiempo en donde el usuario solamente tiene que pagar el tiempo que utiliza el carro, en el que no se incluye la gasolina y otros gastos accesorios; este sistema ofrece evidentemente ventajas económicas porque no se paga por la gasolina, mantenimiento ni repuestos del carro; ayuda a descongestionar el tráfico porque son menos los carros transitando, además de fomentar nuevas oportunidades de negocio para empresas establecidas en sectores relacionados. Otro ejemplo lo encontramos en el ride sharing que es un sistema para la prestación de un servicio de transporte entre particulares previo pago pactado; y que ofrece ventajas económicas porque los gastos se dividen entre el conductor y los demás usuarios del servicio; ventajas sociales porque al compartir el carro con personas desconocidas permite que puedan entablarse nuevas relaciones amicales; y ventajas ambientales ya que al igual que en ride sharing se reduce el número de vehículos en tránsito. También está el caso del P2P Alquiler entre particulares que consiste en el alquiler de persona a persona; ofreciendo ventajas económicas a los propietarios de los vehículos porque permite que los alquilen por horas, días o semanas. Tenemos también al alojamiento compartido gratuito en donde personas sin

interés lucrativo ofrecen sus casas como alojamiento a turistas, siendo una alternativa económica de hacer turismo y realizar un intercambio cultural. Otro ejemplo lo encontramos en los alojamiento compartidos con pago, es decir, personas ponen a disposición sus casas a cambio del pago de un monto de dinero mucho menor a los que se ofrecen fuera de dichas plataformas virtuales. Como es de verse, estas plataformas virtuales ofrecen ventajas económicas, sociales y medioambientales que favorece la disminución de la sociedad consumista; sin embargo, también existen desventajas como que no existen las suficientes garantías de los derechos de las personas que son consumidores de estos productos

- **Mercados de redistribución:** se encuentran las actividades que buscan redistribuir los bienes usados de donde ya no se necesitan hacia algún colectivo donde sí lo necesitan, cooperando para optimizar mejor su vida útil. En este caso, los bienes se pueden redistribuir por medio de donaciones, trueques o con una contraprestación económica
- **Estilos de vida colaborativo:** en este grupo se encuentran todas las actividades que buscan compartir o poner en común el espacio, el tiempo, las habilidades o conocimientos, o el dinero; por ejemplo los grupos de

apoyo para la superación de algún problema, los grupos en donde se reúnen para intercambiar inquietudes comunes.

De acuerdo al tipo de relaciones las cuales varían en función a las necesidades y productos ofrecidos, es posible identificar⁴⁷:

- **Consumo colaborativo:** los usuarios se ponen en contacto para intercambiar bienes o artículos, casi todos de forma gratuita y altruista.
- **Conocimiento abierto:** se busca promover la difusión del conocimiento sin barreras legales o administrativas. Pueden presentarse en el día a día o a través de plataformas informáticas a las que acuden usuarios con necesidades.
- **Producción colaborativa:** se promueve la difusión de proyectos o servicios de todo tipo en el que participan dos o más personas para llevar a cabo un proyecto en común.
- **Finanzas colaborativas:** los usuarios buscan este tipo de plataformas para obtener microcréditos, préstamos,

⁴⁷ En <http://retos-directivos.eae.es/que-es-la-economia-colaborativa-y-cuales-son-sus-beneficios/>

ahorros, donaciones y vías de financiación. Un ejemplo es el crowdfunding, modelo de financiación para aquellos que deseen aportar capital a ciertas iniciativas de forma desinteresada.

Asimismo, se pueden identificar como principales beneficios de la economía colaborativa, los siguientes⁴⁸ :

- **El ahorro.** La mayoría de productos o servicios que se ofrecen a través de este sistema tiene precios módicos o, incluso, simbólicos.
- **Desarrollo sostenible.** La economía colaborativa estimula el segundo uso de los productos. Lo que alguien ya no necesita, puede tener un nuevo destinatario en alguna red de contactos. Se aboga por un consumo moderado.
- **Gestión de recursos.** Otro principio de la economía colaborativa es que si a alguien sirve una cosa, lo más probable es que a otra persona también. ¿Por qué no compartirlo? El mejor ejemplo son los coches de carretera, que pueden servir para llevar a varios pasajeros con destinos próximos.

⁴⁸ *Ibidem*

- **Mayor oferta.** Los productos con un segundo uso y los servicios compartidos amplían la oferta de los mercados tradicionales. Sin la economía colaborativa, es posible que éstos nunca vieran la luz.
- **Beneficio medioambiental.** La reutilización y los servicios compartidos son una buena manera de contribuir al cuidado y la sostenibilidad de los entornos.

b) On demand economy o no sharing economy

Es una nueva forma de organización del trabajo a través de plataformas digitales que permiten conectar a un usuario de la plataforma con un trabajador que presta un servicio⁴⁹.

Gálvez Duran señala que la clave del éxito de las plataformas virtuales reside en la subdivisión del trabajo y en disponer de un gran número de trabajadores autónomos prestadores de servicios para garantizar, en todo momento, una oferta suficiente para la cobertura de la demanda. Así dichas empresas más allá de la propia web o App, no disponen de trabajadores por cuenta ajena ni de infraestructura productiva necesaria para la prestación del servicio en un momento previo a

⁴⁹ RASO DELGUE, Juan. Op. Cit. p. 35.

la contratación, sino que contratan en el momento en que se produce la demanda o solicitud de servicio⁵⁰.

A través de estas plataformas virtuales se descentraliza un servicio toda vez que se va a convocar a todas aquellas personas que deseen prestar dicho servicio de forma autónoma, es decir, sin la existencia de alguna clase de subordinación. Como sí sucede con los trabajadores habituales que prestan servicio fuera de una plataforma habitual.

Este modelo productivo ofrece ventajas como⁵¹:

- La mejora en la intermediación entre oferta y demanda de bienes y servicios.
- Reduce las asimetrías informativas y los costes de transacción que afectan a dichas actividades.
- Permite la explotación de economías de red y reduce los niveles de infrautilización de recursos

⁵⁰ GINES i FABRELLAS, Anna y Gálvez Duran, Sergi. "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital". p. 6. En https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2737857

⁵¹ GINES i FABRELLAS, Anna y Gálvez Duran, Sergi. Op. Cit. p. 10.

Dentro de esta clase de plataformas virtuales encontramos a Uber y Lift en el sector de transporte de pasajeros, Myflixpert en el sector de la reparación de aparatos electrónicos, GetYourHero de la limpieza del hogar, Zarli de tareas del hogar, Sharing Academy de clases particulares, Taskrabbitt dedicada a todo tipo de tareas.

Es una empresa internacional que proporciona a sus clientes una red de transporte privado, a través de su software de aplicación móvil (App), que conecta los pasajeros con los conductores de vehículos registrados en su servicio, los cuales ofrecen un servicio de transporte a particulares. La empresa organiza recogidas en decenas de ciudades de todo el mundo y tiene su sede en San Francisco, California⁵².

⁵²Vid. en <http://www.monografias.com/docs111/estudio-mercado-uber/estudio-mercado-uber.shtml>.

CAPITULO TERCERO

Análisis Caso Uber Economy

I. Aspectos generales de Uber Economy

1.1 ¿Quién es Uber Economy?

Uber es una empresa propietaria de una plataforma virtual donde se pueden obtener servicios de transporte de pasajeros en la ciudad; a través de su software de aplicación móvil que conecta a los pasajeros con los conductores de vehículos que se encuentran registrados en su servicio; solo es necesario que el usuario cuente con la aplicación móvil de Uber que le permitirá acceder por GPS al conductor más cercano de Uber para solicitar un servicio de taxi.

Uber no contrata a los conductores de los vehículos ni mucho menos es propietario de los carros. Si una persona desea ser conductor de Uber debe enviar una solicitud y pasar satisfactoriamente la evaluación a la cual los somete Uber como es que sea propietaria de un vehículo con una antigüedad no

mayor a 10 años, la presentación de la licencia de conductor, el registro del coche y el seguro; así también es posible que sean sometidos a un examen de conocimiento geográfico de la ciudad donde van a laborar, y una entrevista con algún representante de Uber.

Si el conductor pasara el examen al cual es sometido, recibe algunas recomendaciones por parte de Uber para la prestación del servicio como que vistan adecuadamente, que la radio esté apagada o con música suave de Jazz; que sean atentos y educados con sus clientes por lo que se les sugiere que les abran la puerta para que entren en el vehículo y que se tenga preparado un paraguas en caso de lluvia para que el cliente no se moje al entrar o salir del vehículo.

El costo del servicio que presta un conductor de Uber no es posible ser negociado entre el conductor y el pasajero, sino que éste se determina en función a los kilómetros recogidos y al tiempo de duración del viaje; fórmula predeterminada por Uber, por lo que no es aceptable que el conductor reciba propinas. Sobre el costo total del servicio, Uber cobra entre el 10 al 20% aproximadamente.

Una vez culminado el viaje los clientes pueden evaluar al conductor del vehículo en la misma aplicación, calificación que evidentemente es pública y que es referencial para Uber a fin de calificar si dicho conductor ha prestado o no un servicio de calidad; y determinar si merece o no continuar formando parte de la flota; de lo contrario, Uber puede deshabilitar el acceso a la aplicación del conductor impidiéndole trabajar más con ellos.

Asimismo, es de verse que el conductor del vehículo no está obligado a cumplir un horario determinado por Uber sino que elige libremente cuándo y cuánto tiempo quiere trabajar; es más pueden rechazar servicios. Sin embargo, Uber se encuentra facultado para deshabilitar al conductor si éste no trabaja durante un periodo de tiempo considerable o si es que rechaza demasiados servicios; no obstante ello, el conductor puede petitionar posteriormente su habilitación para continuar prestando servicios.

Las condiciones que Uber ha implantado para sus conductores son las siguientes: los conductores que hagan menos de 20 viajes al mes obtendrán el 70% de la tarifa, un 75% en el caso de que hagan entre 20 y 40, y un 80%, que es lo habitual, para los que rebasen los 40 servicios. Los conductores por tiempo completo –que hacen más de 40 horas semanales de

conducción– no parecen estar satisfechos con las condiciones impuestas por la “empleadora” Uber. Ésta tiene un sistema de valoración de la actividad realizada por los clientes que mediante estrellas condicionan los ingresos de los conductores dado que Uber les pide que tengan entre 4.6 y 4.8 puntos sobre cinco. Por debajo de esta valoración les dejan de enviar clientes. Los gastos ocasionados por la realización del servicio, como por ejemplo combustible o reparaciones, son sufragados por los conductores⁵³.

1.2. Características

La característica principal de la empresa Uber es la conexión virtual que genera entre el conductor y el usuario que ha pedido el servicio de transporte a través de una aplicación; que se ha convertido en una forma diferente de la prestación clásica de transporte.

Adrián Todolí describe algunas de las características de este modelo de negocio⁵⁴:

⁵³ SIERRA BENITEZ, Esperanza. "Los conductores de vehículos privados de Uberpop: Una nueva situación de anomía laboral". Vid. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5327106>.

⁵⁴ TODOLI SIGNES, Adrián. Op. Cit. pp. 6-7.

➤ **Menor dependencia.** La principal característica, y la que conlleva a que se realice el presente estudio, es que este nuevo tipo de empresas no van a necesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Las empresas, a través de la tecnología, van a confiar en las evaluaciones realizadas por sus clientes de los resultados del trabajo para tomar decisiones en materia de selección de futuros prestadores de servicios y de ceses (control ex ante y control ex post). Ni siquiera las empresas tendrán razones para formar a aquellos que prestan servicios pues estos, si desean trabajar, tendrán que estar formados y listos para el trabajo. El trabajo moderno, a través de redes virtuales, se configura con una menor subordinación y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. A pesar de ello, se observa que la plataforma virtual retiene gran parte del control sobre la forma en la que se presta el servicio. En efecto, en las plataformas que se dedican a un negocio concreto, la empresa propietaria de la plataforma, y la marca, tiene interés en que el servicio se preste correctamente, dado que su marca distintiva depende de ello.

➤ **Economías de escala o necesidad de una masa crítica.**

El negocio se basa principalmente en acumular una gran cantidad de prestadores de servicios y de usuarios. Precisamente, el hecho de que se cuente con una gran cantidad de ellos es lo que hará innecesario a la empresa contratar trabajadores propios y señalarles un determinado horario de trabajo o una jornada. La empresa cuenta con que el gran número de "colaboradores" asociados haga que los clientes siempre encuentren un prestador de servicios disponible. Derivado de esta necesaria masa crítica de usuarios y prestadores de servicios, el mercado va a tender a convertirse en un monopolio no pudiendo existir más de dos o tres empresas que se dediquen al mismo sector. En cualquier caso, alcanzar la masa crítica necesaria implicará unos costes de entrada elevadísimos que reducirá la competencia.

➤ **Negocio global.** Una vez creada la plataforma, expandirla por todo el mundo tiene relativamente poco coste, por lo que también estas empresas tenderán a ser globales y prestar servicios en todas partes del mundo. Además, la expansión de la marca por todo el mundo permitirá aprovechar claras economías de escala permitiendo obtener la confianza de los clientes en todas

partes del mundo, haciendo más sencillo alcanzar la masa crítica necesaria, pero a su vez aumentando los costes de entrada para nuevas plataformas.

- **Algo más que una base de datos.** Una de las cuestiones clave, todavía abiertas a debate, es la propia naturaleza de las nuevas empresas. En este sentido, se discute si son empresas de índole tecnológica, esto es, una mera base de datos o, por el contrario, son empresas dedicadas a la prestación de servicios en el sector en el que actúan. En el primer caso, si se considera que la empresa propietaria de la plataforma virtual se limita a la confección de una base de datos donde los actores –clientes y prestadores de servicios– pueden encontrarse, la propia empresa no podría ser declarada responsable por la mala calidad de la ejecución del servicio, ni por daños causados durante la prestación del servicio. De la misma forma, no tendría obligación de cumplir con la normativa vigente aplicable a las empresas del sector. Además, a efectos laborales, sería difícil considerar que aquellas personas que prestan servicios a través de sus plataformas virtuales sean trabajadores de estas empresas.

Asimismo, la prestación del servicio de transporte a través de UBER, tiene ventajas y desventajas.

Entre las ventajas podemos mencionar las siguientes:

- La forma de pedir un taxi es rápida y sencilla toda vez que se accede de forma gratuita desde celulares smartphones con solo hacer click en la aplicación UBER, en donde se podrá observar cuales son los vehículos que están disponibles y su ubicación a fin de identificar al más cercano a fin que el servicio llegue más rápido.
- La forma de pago es a través de la aplicación Uber en donde se ingresan los datos de la tarjeta de crédito o débito con la que se desee cancelar el servicio, por lo que no es necesario contar con dinero en efectivo.
- La tarifa que se establece es de acuerdo a los kilómetros recorridos y al tiempo que duró el servicio, por lo que ya no hay que preocuparse porque nos cobren más por pagar con tarjeta de crédito, por el lugar en donde nos van a recoger y a donde nos van a llevar, por las maletas que llevamos, etc.
- Se exige a los conductores el cumplimiento de requisitos mínimos como exámenes psicológicos, toxicológicos, antecedentes penales, conocimientos de las calles de la ciudad, y entrevista personal.

- El cliente puede evaluar el servicio que ha recibido a través de la aplicación de Uber, lo cual será determinante para la permanencia del conductor en la empresa.

Entre las desventajas podemos encontrar:

- Existe riesgo que el conductor subcontrate a otro conductor para que preste el servicio.
- El seguro solo cubre al taxista y no a los pasajeros.
- Existe la posibilidad que los usuarios cancelen el servicio y si sobrepasa el tiempo determinado deben pagar una tarifa por cancelación lo cual sería justo; pero puede darse el caso que sea el conductor quien rechace el servicio y si se pasa el tiempo establecido de espera igual el cliente tiene que pagar.
- Promueve la competencia desleal ya que los costos de los servicios son mucho menores que los taxistas independientes quienes tiene que pagar su licencia, seguros, entre otros gastos en lo que no incurren los conductores de Uber.

II. ¿Existe o no una relación laboral entre Uber Economy y sus conductores?

En el primer capítulo he estudiado el contexto histórico y jurídico en el que se ha desarrollado el derecho laboral, cuáles son sus principios rectores, y lo concerniente al contrato de trabajo y sus vicisitudes; conocimientos que aplicaré en este apartado en donde analizaré si es que entre Uber Economy y sus conductores existió en un contrato de trabajo o si solo se trata de una relación de carácter civil.

A efectos de responder a la pregunta planteada aplicaré como principio rector el de primacía de la realidad según el cual ante la confrontación de los hechos reales con los hechos formales, se deben preferir los hechos tal y como son en la práctica. Por tanto, se examinará si es que en la prestación del servicio de los conductores a Uber se verifica la presencia de los tres elementos de un contrato de trabajo que son: la prestación personal del servicio, la remuneración, y principalmente, la subordinación.

Ahora bien, como ya lo he indicado a inicios de este capítulo, Uber es una empresa propietaria de una plataforma virtual que a través de su software de aplicación móvil conecta a

los pasajeros con los conductores de vehículos que se encuentran registrados en su servicio; formalmente Uber no contrata a los conductores de los vehículos ni mucho menos es propietario de los carros; sino que quienes deseen ser conductores de Uber deben enviar una solicitud y someterse a una evaluación previa. Las personas que son seleccionadas son consideradas para Uber como un "clientes" que se dedican a prestar servicios de transporte que contratan a Uber para que les provea de un medio tecnológico que les permita recibir peticiones de servicios de transporte por parte de usuarios que descarguen en su teléfono móvil la aplicación de Uber y requieren un servicio de transporte.

Entonces Uber suscribe con sus "clientes" un contrato de servicios⁵⁵, que será materia de análisis, y en el que se indica que UBER es una sociedad de responsabilidad limitada que ofrece los Servicios Uber con el fin de proporcionar los últimos avances a los proveedores de servicios de transporte; permite el transporte autorizado para localizar, recibir y dar cumplimiento a peticiones de servicios de transporte por parte de un usuario

⁵⁵Vid. en <https://s3.amazonaws.com/uber-regulatory-documents/country/mexico/UBER+BV+CONTRATO+DE+SERVICIOS+3+de+setiembre+de+2015.pdf> Versión 03 de setiembre de 2015.

autorizado de la aplicación móvil de Uber. Asimismo, se señala que el “cliente” es una empresa independiente en la actividad comercial de prestar servicios de transporte con quien celebra el contrato con la finalidad de acceder y utilizar los servicios Uber para mejorar su actividad comercial de transporte, y reconoce 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.

Como se observa en el contrato se enfatiza que Uber no se dedica al transporte sino que su giro empresarial es suministrar servicios de tecnología para la realización de servicios de transporte; ello es importante dejarlo en claro para tenerlo en cuenta al momento de determinar si en realidad el giro principal de Uber es solo la tecnología o si también lo es el servicio de transporte.

En el apartado 2. del contrato en referencia se hace alusión al "uso de los servicios Uber" de la siguientes manera:

"2. Uso de los Servicios Uber

2.1. ID del Conductor. *Uber enviará al Cliente una ID del conductor para cada Conductor que ofrece Servicios de transporte para permitir al Cliente y a cada Conductor acceder a la Driver App y utilizarla en un Dispositivo conforme al Anexo del conductor y al presente*

Contrato. El cliente acepta que se asegurará de que sus Conductores mantendrán las ID del conductor en confidencialidad y no las compartirán con ningún tercero distinto del conductor asociado a dicha ID del conductor con el propósito de proporcionar servicio de transporte (...)"

En esta cláusula se aprecia que Uber le proporciona al conductor del vehículo una ID para que pueda acceder a la aplicación y utilizarla, dicha ID es confidencial y no podrá ser usada por otro conductor diferente. Ahora bien, la ID es una clave de identificación y contraseña que Uber le asigna al conductor y que le permite utilizar y acceder a la driver app. Uber es enfático al indicar que la ID no puede ser utilizada por otro conductor, lo que denota que el **carácter personalísimo de los servicios** que presta el conductor ya que no se puede vale de un tercero para ello en tanto no puede compartir con otro conductor su ID. Además es de anotar que si bien es cierto esta empresa es propietaria de los datos relacionados con la provisión de servicios de transporte a través de los servicios Uber y la drive app además de la ID del conductor, y como tal puede imponer ciertas cláusulas que salvaguarden la imagen de la calidad de su producto; también lo es que, al recibir una contraprestación por parte del cliente éste tendría derecho a hacer uso de la forma que crea conveniente del servicio que está adquiriendo claro está salvaguardando que los productos de Uber sean utilizados adecuadamente. Desde ya es posible

vislumbrar la conexión necesaria entre los servicios de tecnología que ofrece Uber con el servicio de transporte que prestan los conductores; por lo que se puede señalar que Uber es en realidad no solo una aplicación sino también una empresa de transporte ya que ese también resulta ser su objeto principal del negocio.

En cuanto a la provisión del servicio de transporte, se indica:

2.2. Provisión de servicios de transporte. *Cuando la Driver App está activada, las peticiones de Servicios de transporte por el Usuario pueden mostrarse a un conductor a través de la Driver App si el conductor está disponible y cerca del Usuario. Si un Conductor acepta la petición de Servicios de transporte de un Usuario, los Servicios Uber proporcionarán determinada Información de usuario a dicho Conductor a través de la Driver App, incluido el nombre de pila del Usuario y la ubicación de recogida. Para aumentar la satisfacción del Usuario con la aplicación móvil de Uber y los Servicios de transporte del Cliente y del Conductor o Conductores, se recomienda que el Conductor espere al menos diez (10) minutos para que un Usuario se presente en la ubicación de recogida solicitada. El Conductor obtendrá el destino del Usuario, ya sea en persona en el momento de la recogida o desde la Driver App si el Usuario opta por introducir dicho destino a través de la aplicación móvil de Uber. El Cliente reconoce y acepta que una vez un Conductor ha aceptado la petición de Servicios de transporte del Usuario, la aplicación móvil de Uber puede proporcionar determinada información sobre el Conductor al Usuario, incluido el nombre de pila del Conductor, información de contacto, nombre de la entidad del Cliente, fotografía y ubicación, y la marca y número de matrícula del Vehículo del conductor. El Cliente no deberá ponerse en contacto con ningún Usuario ni utilizar la información personal del Usuario para un propósito distinto de la prestación de los Servicios de transporte y se*

asegurará de que los Conductores cumplan esta norma. En cuanto al acuerdo celebrado entre Uber y el Cliente, el Cliente reconoce y acepta que: (a) el Cliente y sus Conductores son los únicos responsables de determinar la forma más eficaz, eficiente y segura de llevar a cabo cada Servicio de transporte; y (b) excepto en cuanto a los Servicios Uber o cualquier Dispositivo Uber (si procede), el Cliente deberá proporcionar todo el equipamiento necesario, herramientas y otros materiales, asumiendo los gastos correspondientes, conforme precise para prestar los Servicios de transporte.

En ésta cláusula se establece la forma de funcionamiento de la aplicación de Uber; además se le impone al conductor la prohibición de no utilizar la información personal del usuario para fines diferentes a los de transporte; como vemos Uber perfila de cierto modo la forma de prestación del servicio. Lo que es contrario a lo que se señala seguidamente respecto a que el cliente y los conductores son los únicos responsables de determinar la forma más eficaz, eficiente y segura de llevar a cabo el servicio de transporte, ya que como se ha indicado Uber indirectamente establece las directrices para la prestación del servicio como se apreciará también en las siguientes cláusulas.

Por otro lado se señala que el cliente será quien proporcionará todo el equipamiento necesario, las herramientas y materiales para prestar el servicio de transporte. En cuanto a esta cláusula es de precisar que uno de los rasgos sintomáticos clásicos de un contrato de trabajo es que el empleador quien suministra a sus trabajadores las herramientas necesarias para la

prestación del servicio; por lo que si seguimos dicho razonamiento nos encontraríamos ante una característica de un contrato civil y no laboral toda vez que Uber no proporciona al conductor el vehículo que va a manejar; sin embargo, ello no es determinante ya que se debe tener en cuenta que los verdaderos medios de producción de esta plataforma virtual son los tecnológicos en comparación con el vehículo que hoy en día puede ser adquirido a un menor costo.

Con relación a este tema, conviene hacer alusión a lo señalado en el apartado 2.7 del contrato bajo análisis, en el que se indica:

“2.7. Dispositivos.

2.7.1. Uber anima al Cliente a utilizar los Dispositivos proporcionados al conductor para ofrecer los Servicios de transporte. De otro modo, Uber proporcionará al Cliente a previa petición del mismo los Dispositivos Uber a cada Conductor autorizado, así como el plan de datos necesario para el operador de servicios inalámbricos para dichos Dispositivos, teniendo en cuenta que Uber requerirá que el Cliente reembolse los gastos asociados con el plan de datos para el operador de servicios inalámbricos de cada Dispositivo Uber y/o solicite una fianza por cada Dispositivo Uber. El Cliente reconoce y acepta que: (a) Los Dispositivos Uber solo pueden ser utilizados con el fin de permitir el acceso del Conductor a los Servicios Uber; y (b) los Dispositivos Uber no pueden transferirse, prestarse, venderse ni proporcionarse de otro modo a ninguna otra parte distinta del Conductor asignado a utilizar dicho Dispositivo Uber. Los Dispositivos Uber serán en todo momento propiedad de Uber y, al finalizar el presente Contrato o al cancelar o desactivar un

Conductor, el Cliente se compromete a devolver a Uber los Dispositivos Uber correspondientes en un plazo de diez (10) días. El Cliente reconoce y acepta que si no devuelve a tiempo cualquiera de los Dispositivos Uber, o causa daños en ellos fuera del “desgaste normal de uso”, ello tendrá como consecuencia la pérdida de las fianzas relacionadas.

2.7.2. Si el Cliente opta por utilizar cualquiera de los Dispositivos proporcionados al Conductor: (i) el Cliente y/o sus Conductores son responsables de la adquisición, el costo y el mantenimiento de dichos Dispositivos proporcionados al conductor, así como de cualquier plan de datos necesario a través de un operador de servicios inalámbricos; y (ii) Uber proporcionará la Driver App para su instalación en dichos Dispositivos proporcionados al conductor. Uber otorga por el presente al usuario autorizado de cualquier Dispositivo proporcionado al conductor una licencia de uso no exclusiva y no transferible para instalar y utilizar la Driver App en un Dispositivo proporcionado al conductor únicamente con el propósito de ofrecer Servicios de transporte. El Cliente se compromete a no ofrecer, distribuir o compartir, ni permitir la provisión, distribución o uso compartido de la Driver App (o los datos asociados a la misma) con terceros y se hará responsable de que cada uno de los Conductores correspondientes se atenga a esta norma. Lo antedicho se traducirá en la inmediata rescisión y el Conductor borrará y eliminará completamente la Driver App del Dispositivo proporcionado al conductor si el Cliente y/o el Conductor correspondiente dejan de proporcionar Servicios de transporte utilizando el Dispositivo proporcionado al conductor. El Cliente acepta, y deberá informar de ello al Conductor correspondiente, que: (i) el uso de la Driver App en un Dispositivo proporcionado al conductor requiere un plan de datos activo con un proveedor de servicios inalámbricos asociado al Dispositivo proporcionado al conductor, cuyo plan de datos será proporcionado por el Cliente o el Conductor correspondiente que asumirán los gastos correspondientes; y (ii) el uso de la Driver App en un Dispositivo proporcionado al conductor como interfaz con los Servicios Uber podría consumir grandes cantidades de datos a través del plan de datos. Uber aconseja que los Dispositivos proporcionados al conductor solo deben ser utilizados bajo un plan de datos con límites de uso de datos muy altos o ilimitados, y Uber no será

responsable de ningún cargo, gasto o tasa por gastos por excedente de datos en ningún plan de datos.”

Como es de verse, en esta cláusula se indica que Uber es quien proporcionará al cliente los dispositivos Uber para cada conductor así como el plan de datos necesario para el operador del servicio inalámbrico; los cuales deben ser solo utilizados para que el conductor acceda a la aplicación Uber y no podrán ser utilizados ni transferidos a otras personas y para otras finalidades. Además se indica que los dispositivos Uber serán de propiedad de Uber y que al finalizar el contrato deberán ser devueltos. Podemos entonces observar que si bien es cierto en un apartado del contrato se hace alusión a que el cliente es el responsable de proporcionarle al conductor todos los elementos para la prestación del servicio, posteriormente se indica que Uber será quien los proporcionará, aunque el costo deberá ser asumido por el cliente; es decir, como ya lo había señalado, Uber es quien proporciona los medios tecnológicos que es la parte costosa de los medios de producción.

Además se indica que los conductores no podrán distribuir ni compartir dicho dispositivo ni utilizarlo para otros fines que no sea el ofrecer servicios de transporte, y que su incumplimiento ocasionará la rescisión del contrato; cláusula que denota el carácter personalísimo de la relación laboral ya

que el dispositivo proporcionado por Uber y la driver app asignada al conductor no podrá ser utilizada por otra persona ajena ni para otros fines.

Continuando con el análisis de las cláusulas contractuales, tenemos la siguiente:

2.3. Relación del Cliente con los Usuarios. *El Cliente reconoce y acepta que la prestación de Servicios de transporte por el Cliente a los Usuarios crea una relación comercial legal y directa entre el Cliente y el Usuario, con respecto a la que Uber no forma parte alguna. Uber no se hace responsable de ningún acto u omisión de un Usuario en relación con las actividades del Cliente, de un Conductor o de ningún Vehículo. Los clientes asumirán responsabilidad exclusiva por cualquier obligación o responsabilidad ante los Usuarios o terceras partes que puedan surgir de su prestación de Servicios de transporte. El Cliente reconoce y acepta que él y cada Conductor son los únicos responsables de tomar dichas precauciones según sea razonable y adecuado (incluida la contratación y mantenimiento de un seguro adecuado que cumpla los requisitos de toda la legislación aplicable) en relación con cualquier acto u omisión de un Usuario o cualquier tercero. El Cliente reconoce y acepta que Uber podrá proporcionar la información de contacto y/o la información de seguros del Cliente y/o del Conductor a un Usuario a petición razonable del mismo. El Cliente reconoce y acepta que, a menos que un Usuario lo acepte expresamente, ni un Cliente ni un Conductor pueden transportar o admitir a un Vehículo a ninguna persona distinta del Usuario o cualquier persona autorizada por dicho Usuario durante la prestación de los Servicios de transporte para dicho Usuario. El Cliente reconoce y acepta que todos los Usuarios deberán ser transportados directamente a su destino específico, según establezca el Usuario correspondiente, sin interrupciones ni paradas no autorizadas.*

Unas de las disposiciones que se señala en este apartado y que conviene resaltar es que se indica que el cliente y el conductor son los únicos responsables ante los usuarios y terceras partes de cualquier obligación o responsabilidad que pudiera surgir en la prestación de servicios de transporte. En ese contexto, uno de los problemas que podría suscitarse es un accidente de tránsito ocasionado por el conductor Uber. Ante ello, cabría preguntarnos ¿quién o quiénes deberían asumir la responsabilidad de los daños ocasionados? Uber señala que el conductor deberá contratar y mantener un seguro adecuado; es decir, que ante un accidente quienes deberán hacerse cargo de los daños son el conductor y la aseguradora contratada; y de ninguna manera Uber.

Con relación al tema del seguro, en el apartado 8 del contrato de servicios, se indica:

8. Seguros

8.1. El Cliente se compromete a mantener durante el período de vigencia del presente Contrato en todos los Vehículos operados por el Cliente y sus Conductores un seguro de responsabilidad para vehículo comercial que ofrezca protección frente a las lesiones físicas y daños a la propiedad de terceras partes a unos niveles de cobertura que cumplan todas las leyes aplicables en el Territorio. Esta cobertura también debe incluir cualquier cobertura contra todo riesgo requerida por la ley en el Territorio a la que un asegurado no pueda renunciar.

8.2. El Cliente se compromete a mantener durante el período de vigencia del presente Contrato un seguro de responsabilidad general que ofrezca protección frente a lesiones personales, daños por publicidad negativa y daños a la propiedad ante terceras partes a los niveles de cobertura requeridos por la legislación vigente en el Territorio.

8.3. El Cliente se compromete a mantener durante el período de vigencia del presente Contrato el seguro de compensación para los trabajadores según lo requerido por todas las legislaciones aplicables en el Territorio. Si así lo permite la legislación aplicable, el Cliente puede optar por asegurarse frente a daños contra la propiedad industrial manteniendo un seguro de accidentes laborales en lugar de un seguro para compensación de trabajadores. Los subcontratistas también podrán mantener, hasta el máximo permitido por la legislación aplicable, un seguro de accidentes laborales en lugar del seguro para compensación de trabajadores.

8.4. El Cliente deberá agregar a Uber (o a cualquier Afiliado que pueda ser designado por Uber de cuando en cuando) a las pólizas de seguros del Cliente requeridas en los Apartados 8.1 y 8.2 anteriores como tomador adicional y deberá, a petición de Uber, proporcionar a Uber una copia de dicho(s) certificado(s) de seguros en un plazo de siete (7) días a contar desde dicha petición.

Como es de verse, estas cláusulas son a todas luces abusivas ya que como hemos venido analizando Uber no solo tiene como giro del negocio la prestación de servicios tecnológicos a través de su driver app sino que indirectamente también se dedica a los servicios de transporte; por lo que sería necesario que se positivice la responsabilidad solidaria que debería tener Uber en casos de accidentes, ya que si el usuario contrató un servicio de Uber y ésta empresa se beneficia

económicamente con ello, entonces es lógico que no solo asuma la ganancia sino también los riesgos⁵⁶.

Por otro lado, con relación a las cláusulas del apartado 2.3. referidas a que el conductor no puede transportar o admitir un vehículo a una persona distinta al usuario durante la prestación del servicio; y que los usuarios deberá ser transportados directamente a su destino específico sin interrupciones ni paradas no autorizadas; no son más que directrices que imparte Uber a los conductores de cómo deben prestar el servicio de transporte, lo que denota un vez más que éste también es su giro del negocio.

2.4. *Relación del Cliente con Uber.* *El Cliente reconoce y acepta que la provisión de la Driver App y los Servicios Uber al Cliente por Uber crea una relación comercial legal y directa entre Uber y el Cliente. Uber no dirige ni dirigirá ni controlará al Cliente o a sus Conductores de forma general ni se considerará que deba hacerlo*

⁵⁶ En el artículo Uber vs. Aseguradoras: ¿quien se hacer cargo si el auto choca? Escrito el 11 de mayo de 2016 por Ezequiel Chabay, se hace referencia a un caso en el que un chofer de Uber atropelló a cuatro personas en San Francisco y provocó la muerte de una de ellas. El caso fue a juicio y la familiar de la persona fallecida recibió una importante suma de dinero de Uber pese a que la compañía quiso endilgar la culpa sobre el chofer. *Vid.* <http://www.apertura.com/negocios/Uber-vs.-aseguradoras-quien-se-hace-cargo-si-el-auto-choca-20160511-0007.html>

para la prestación de sus servicios con arreglo a este Contrato, incluido en relación con el desempeño de la actividad comercial del Cliente, la prestación de Servicios de transporte, los actos u omisiones de los Conductores o el uso y mantenimiento de cualquier Vehículo. Los Clientes y sus Conductores conservan el derecho exclusivo de determinar cuándo y por cuánto tiempo cada uno de ellos utilizará la Driver App o los Servicios Uber. El Cliente y sus Conductores se reservan la opción, a través de la Driver App, de intentar aceptar o rechazar o ignorar la petición de Servicios de transporte por un Usuario a través de los Servicios Uber o cancelar una petición de Servicios de transporte aceptada a través de la Driver App, con sujeción a las políticas de cancelación de Uber actuales en ese momento. El Cliente no hará lo siguiente, y se asegurará de que sus Conductores tampoco lo hagan: (a) mostrar los nombres, logotipos o colores de Uber o de cualquiera de sus Afiliados en ningún Vehículo; ni (b) llevará uniforme ni ninguna otra prenda que muestre los nombres, logotipos o colores de Uber o de cualquiera de sus Afiliados. Lo antedicho no es aplicable si el Cliente y Uber lo han convenido de otro modo o si así lo exige la ley. El Cliente reconoce y acepta que podrá operar su actividad comercial independiente y dirigir a sus Conductores a su exclusiva y total discreción, incluida la capacidad de prestar servicios en cualquier momento a cualquier tercero de forma separada e independiente de los Servicios de transporte. Para mayor claridad, el Cliente entiende que el Cliente conserva el derecho íntegro a prestar servicios de transporte a sus clientes ya existentes, así como a utilizar otros servicios de aplicación de software además de los Servicios Uber. Uber conserva el derecho, en cualquier momento a exclusiva discreción de Uber, a desactivar o restringir de otro modo el acceso o el uso de la Driver App o de los Servicios Uber al Cliente o a cualquier Conductor en caso de incumplimiento del presente Contrato, un incumplimiento del Anexo del conductor, el descrédito por el Cliente o cualquier Conductor de Uber o cualquiera de sus Afiliados, cualquier acto u omisión del Cliente o de cualquier Conductor que cause daños a la marca, reputación o actividad comercial de Uber o de sus Afiliados según determine Uber a su única discreción. Uber se reserva asimismo el derecho de desactivar o restringir de otro modo el acceso o uso del Cliente o de cualquier Conductor de la Driver App o los Servicios

Uber por cualquier otro motivo a la única y razonable discreción de Uber.

El apartado 2.4. comienza estableciendo enfáticamente que la relación existente entre Uber y sus clientes es de carácter comercial, por lo que no controlará ni al cliente ni a sus conductores respecto a la forma como prestarán el servicio de transporte; afirmación que conforme al análisis que he venido realizando está siendo desvirtuada. Además se señala que los conductores se reservan la opción, a través de la driver app, de aceptar o rechazar o ignorar la petición de servicios de transporte por un usuario o cancelar una petición de servicios de transporte que ya aceptó. Sin embargo, como se verá en el análisis de la cláusula 2.6.2 si el conductor rechaza considerables peticiones de servicios podría conllevar a que se desactive el acceso del conductor a la drive app; lo que denota otro indicio de laboralidad ya que si bien el conductor puede elegir cuando trabaja y cuando no, ello no implica que no exista laboralidad y que cuando está prestando el servicio de transporte debe aceptar los viajes porque podría ser desactivado, tal es así que el apartado 2.6.2 del contrato de servicios que se analizará más adelante se señala que el fallo repetido de un conductor en aceptar las peticiones del usuario mientras dicho conductor este registrado en la driver app generará una experiencia negativa para los usuarios por lo que por un periodo de tiempo deberá

cerrar cesión en la driver app. Además se debe tener en cuenta que el conductor no tiene información esencial respecto al servicio ya que no se le informa cual es el lugar de destino del pasajero por lo que no es posible afirmar que el conductor en la realidad elige cuales son los servicios que va a aceptar y cuáles no.

Por otro lado se indica que el cliente podrá prestar servicios de transporte a otros clientes diferentes a Uber; lo que denota que el cliente y sus conductores no tienen exclusividad frente a Uber, es decir, no se les exige laborar solo para ella. Este tema es importante resaltar porque uno de los rasgos clásicos de laboralidad es que los trabajadores laboren solo para una determinada empresa; lo que no indica que en mérito a los indicios encontrados en el resto de cláusulas no se trate de una relación laboral la cual evidentemente tendría características peculiares que responde a las nuevas formas de prestación de servicios.

Otro apartado importante del contrato de servicios es el que regula las “valoraciones”, en los siguientes términos:

2.6. Valoraciones

2.6.1. El Cliente reconoce y acepta que:

(a) después de recibir los Servicios de transporte, la aplicación móvil de Uber solicitará al Usuario que valore los Servicios de transporte y del Conductor y, opcionalmente, que escriba sus observaciones u opinión sobre dichos Servicios de transporte y Conductor; y (b) después de proporcionar Servicios de transporte, la Driver App solicitará que el Conductor proporcione una valoración del Usuario y, opcionalmente, que escriba sus observaciones u opinión sobre el Usuario. El Cliente deberá indicar a todos los Conductores que proporcionen sus valoraciones y opinión de buena fe.

2.6.2. El Cliente reconoce que Uber desea que los Usuarios tengan acceso a unos servicios de alta calidad a través de la aplicación móvil de Uber.

Para seguir teniendo acceso a la Driver App y los Servicios Uber, cada Conductor debe mantener una valoración media por los Usuarios que exceda la valoración media mínima aceptable establecida por Uber para ese Territorio, que podrá ser actualizada de cuando en cuando por Uber a su exclusiva discreción (“Valoración media mínima”). Si una valoración media del Conductor desciende por debajo de la Valoración media mínima, Uber se pondrá en contacto con el Cliente para informarle al respecto y podrá darle al Conductor, a discreción de Uber, un plazo límite de tiempo para aumentar su valoración media por encima de la Valoración media mínima. Si dicho Conductor no aumenta su valoración media por encima de la Valoración media mínima dentro del plazo establecido (si procede), Uber se reserva el derecho a desactivar el acceso de dicho Conductor a la Driver App y los Servicios Uber. Además, el Cliente reconoce y acepta que el fallo repetido de un Conductor en aceptar las peticiones del Usuario de Servicios de transporte mientras dicho Conductor esté registrado en la Driver App generará una experiencia negativa para los Usuarios de la aplicación móvil de Uber. Por tanto, el Cliente acepta y se asegurará de que si el Conductor no desea aceptar peticiones de

Usuarios de los Servicios de transporte durante un período de tiempo, dicho Conductor cerrará sesión en la Driver App.

2.6.3. Uber y sus Afiliados se reservan el derecho a utilizar, compartir y mostrar valoraciones y comentarios del Conductor y Usuario relacionados de cualquier modo a la actividad comercial de Uber y sus Afiliados sin la atribución o autorización del Cliente o del Conductor correspondiente.

El Cliente reconoce que Uber y sus Afiliados son distribuidores (sin ninguna obligación de verificación) y no publicadores de las valoraciones y observaciones del Conductor y el Usuario, siempre que Uber y sus Afiliados se reserven el derecho a editar o borrar comentarios en caso de que dichos comentarios sean obscenos u objetables de otro modo, incluyan el nombre de un particular u otra información personal o violen cualquier ley de privacidad, otras leyes aplicables o políticas de contenidos de Uber o sus Afiliados.

En esta cláusula claramente se evidencia el elemento de subordinación propio de una relación laboral, que si bien es cierto no es el concebido clásicamente ya que no se trata de un control directo que ejerce el empleador sobre el trabajador, en este caso, Uber respecto de los conductores; sino que es indirecto ya que el servicio que presta el conductor es evaluado por los usuarios a través de la driver app lo cual es importante para Uber ya que con ello se asegurará de los estándares de la prestación del servicio y en vez de dictar instrucciones de forma directa y de esa manera controlar el proceso de ejecución, transfieren dichas funciones a los usuarios del servicio. Al respecto, Todolí Signes ha señalado que *“la inexistencia o reducción de instrucciones por parte del empresario, en conjunción con la evaluación del trabajo resultado por parte del*

cliente, parece que como mucho implicará que el trabajador estará sometido a obligaciones de resultado y no de medios”⁵⁷.

De igual manera, Sierra Benitez, señala que: *"La dependencia tecnológica hace referencia a la sustitución de la presencia física del trabajador y del empleador por la presencia virtual, gracias a la utilización de la tecnología digital en la prestación de servicios que se presenta como una manifestación más del poder de control del empleador"*⁵⁸

Ahora bien, lo que en realidad denota importancia para afirmar que nos encontramos ante un indicio de laboralidad no es el hecho que el usuario califique el servicio en la driver app, sino el hecho que se establezcan determinados niveles mínimos de rendimiento, así como la decisión de la empresa de desactivar la driver app del conductor si es que no alcanzan un nivel de evaluación favorable por parte de los usuarios; es así que se señala que si el conductor no mejora la valoración media con la que ha sido calificado por el usuario dentro de un plazo establecido Uber podrá desactivar el acceso de dicho conductor a la driver app y de los servicios Uber.

⁵⁷ TODOLI SIGNES, Adrián. Op. Cit. pp. 10.

⁵⁸ SIERRA BENITEZ, Esperanza. Op. Cit.

2.8. Servicios basados en la ubicación. *El Cliente reconoce y acepta que la información de geolocalización de cada Conductor debe ser proporcionada a los Servicios Uber a través de un Dispositivo a fin de proporcionar Servicios de transporte. El Cliente reconoce y acepta, y debe informar y obtener el consentimiento de cada Conductor con respecto a lo siguiente: (a) la información de geolocalización del Conductor será controlada y localizada por los Servicios Uber cuando el Conductor esté registrado en la Driver App y disponible para recibir solicitudes de Servicios de transporte, o cuando el Conductor ofrezca Servicios de transporte; y (b) la ubicación aproximada del Vehículo del Conductor se mostrará al Usuario antes y durante la prestación de Servicios de transporte a dicho Usuario. Además, Uber podrá controlar, localizar y compartir la información de geolocalización de un Conductor obtenida a través de la Driver App y del Dispositivo para salvaguardar la seguridad, para fines técnicos, de marketing y comerciales, incluidas la provisión y mejora de los productos y servicios de Uber*

Aquí nos encontramos frente a una cláusula en la que se advierte nuevamente el control “indirecto” que Uber ejerce sobre los conductores a través de la geolocalización, siendo que a través de ella podrá controlar el lugar en que se encuentra el conductor a fin de determinar los servicios de transporte que puede prestar según ubicación, y de acuerdo a la aceptación o rechazo del servicio valorar de forma positiva o negativa su desempeño. Además, de verificar si es que el conductor lleva al usuario a su destino a través de la ruta “sugerida” por Uber.

En la siguiente cláusula se establecen una serie de requisitos que deben de reunir los conductores, el vehículo con

el cual prestarán el servicio de transporte, y la documentación necesaria para ello:

3. Conductores y vehículos

3.1. Requisitos del Conductor.

El Cliente reconoce y acepta que cada Conductor deberá en todo momento: (a) ser titular y mantener (i) un carnet de conducir vigente con el nivel de certificación válido para utilizar el Vehículo asignado a dicho Conductor, y (ii) todas las licencias, permisos, autorizaciones y autoridad aplicable al Cliente y/o Conductor que sean necesarios para prestar Servicios de transporte de pasajeros a terceras partes en el Territorio; (b) poseer el nivel de formación, pericia y experiencia adecuados para prestar Servicios de transporte de forma profesional con la debida habilidad, atención y diligencia; y (c) mantener alto nivel de profesionalidad, servicio y cortesía. El Cliente reconoce y acepta que cada Conductor puede estar sujeto a determinadas revisiones de antecedentes y registros de conducción de cuando en cuando para que dicho Conductor esté autorizado a prestar Servicios de transporte y seguir siendo apto para ello. Además, si el Cliente y/o el Conductor utilizan la Uber App para prestar Servicios de transporte en combinación con su actividad de servicio de taxi (“Servicios de taxi”), dicho Cliente y/o Conductor deberán cumplir la legislación vigente al respecto. El Cliente reconoce y acepta que Uber se reserva el derecho, en cualquier momento y a su exclusiva discreción, a desactivar o restringir el acceso o uso de la Driver App o los Servicios Uber a un Conductor si un Cliente o dicho Conductor incumple los requisitos establecidos en el presente Contrato o en el Anexo de Conductor.

3.2. Requisitos del vehículo.

El Cliente reconoce y acepta que cada Vehículo deberá en todo momento: (a) estar correctamente registrado y disponer de la licencia correspondiente para operar como vehículo de transporte de pasajeros en el Territorio; (b) ser propiedad o estar arrendado por el Cliente o de otro modo en posesión legal del Cliente; (c) ser apto para llevar a cabo los Servicios de transporte de pasajeros contemplados en el presente Contrato; y (d) ser mantenido en buen estado de funcionamiento, conforme a las normas de seguridad y mantenimiento del sector para un Vehículo de su tipo y cualquier

norma o requisito adicional en el Territorio correspondiente, así como estar en un estado limpio e higiénico.

3.3. Documentación.

A fin de asegurar el cumplimiento del Cliente y de cada uno de sus Conductores con todos los requisitos de los Apartados 3.1 y 3.2 anteriores, el Cliente debe proporcionar a Uber copias por escrito de todas estas licencias, permisos, autorizaciones, autoridad, registros y certificaciones previamente a la prestación de cualquier Servicio de transporte por el Conductor al Cliente. Después, el Cliente debe enviar a Uber un justificante por escrito de todas estas licencias, permisos, autorizaciones, autoridad, registros y certificaciones, así como sus renovaciones en el momento correspondiente. Uber tendrá derecho, previo envío de la petición correspondiente, a examinar estas licencias, permisos, autorizaciones, autoridad, registros y certificaciones de cuando en cuando, y si el Cliente no proporciona o renueva cualquiera de los documentos antedichos, ello constituirá un incumplimiento sustancial del presente Contrato. Uber se reserva el derecho de verificar de manera independiente la Documentación del Conductor y/o del Cliente ocasionalmente tal como Uber lo considere pertinente a su entera discreción.

En dichas cláusulas se evidencia el elemento personal de la prestación del servicio ya que los conductores deben reunir determinados requisitos para que puedan prestar el servicio de transporte para Uber es por ello que en una de las cláusulas ya comentadas se prohibía que la aplicación driver app y los dispositivos Uber sean utilizados por otras personas diferentes al conductor, ya que no sería posible evaluar si dichas personas cumplen o no con los requisitos exigidos para ser conductor de Uber.

En la siguiente cláusula se hace alusión a la tarifa que cobra uber por los servicios de tecnología que presta a favor del “cliente”:

4. Términos financieros

4.1. Cálculo de tarifa y pago del Cliente.

El Cliente tiene derecho a cobrar una tarifa por cada Servicio de transporte realizado y prestado a un Usuario que haya sido obtenido a través de los Servicios Uber (“Tarifa”), donde dicha Tarifa se calculará basándose en una tarifa base más la distancia recorrida (según lo determine Uber utilizando los servicios basados en la ubicación activados a través del Dispositivo) y/o los importes por tiempo, según se detalla en www.uber.com/cities para el Territorio correspondiente (“Cálculo de tarifa”). El Cliente tiene derecho, asimismo, a cobrar al Usuario cualquier peaje, impuesto o tasa incurridos durante la prestación de los Servicios de transporte, si procede. El Cliente: (i) designa a Uber como agente de cobro de pagos limitado para el Cliente únicamente para el propósito de aceptar la Tarifa, los peajes aplicables y, según la región y/o si el Cliente así lo solicita, los impuestos y tasas aplicables del Usuario en nombre del Cliente a través de la función de tramitación de pagos facilitada por los Servicios Uber; y (ii) acepta que el pago realizado por el Usuario a Uber sea considerado como el mismo que el pago realizado directamente por el Usuario al Cliente. Además, las partes reconocen y aceptan que igual que sucede entre el Cliente y Uber, la Tarifa es un importe recomendado, y el propósito principal de la Tarifa acordada de antemano es actuar como el importe por defecto en caso de que el Cliente no negocie un importe distinto. El Cliente siempre tendrá derecho a: (i) cobrar una tarifa inferior a la Tarifa acordada de antemano; o bien, (ii) negociar, a petición del Cliente, una Tarifa inferior a la tarifa acordada de antemano (cada uno de los apartados (i) y (ii) del presente documento, denominados “Tarifa negociada”). Uber considerará todas estas peticiones del Cliente de buena fe. Uber se compromete a remitir al Cliente al menos semanalmente: (a) la Tarifa menos la Tasa de servicio aplicable; (b) los peajes; y (c) según la región, ciertos impuestos y tasas complementarios. Si el Cliente lo acuerda por separado, podrán

deducirse otros importes de la Tarifa antes de enviarla al Cliente (p. ej., pagos de financiación del vehículo, pagos de arrendamiento, tasas por uso del dispositivo móvil, etc.), donde el orden de dichas deducciones de la Tarifa será exclusivamente determinado por Uber. Sin perjuicio de ningún aspecto en contra de este Apartado 4.1., si el Cliente proporciona Servicios de taxi, serán aplicables las siguientes disposiciones: (x) la Tarifa se calcula conforme a las normativas locales en materia de servicios de taxi en el Territorio; (y) el Cliente y el Conductor se comprometen a introducir el importe exacto de la Tarifa (según lo indicado por el taxímetro del vehículo) en la Driver App al finalizar un Servicio de transporte; y (z) en algunas jurisdicciones los Usuarios pagan al Cliente o Conductor directamente en lugar de a través de la aplicación de Uber (Uber notificará al Cliente si (z) es aplicable en su Territorio).

4.2. Cambios en el Cálculo de tarifa. Uber se reserva el derecho a modificar el Cálculo de tarifa en cualquier momento a su propia discreción basándose en factores del mercado local, y Uber notificará al Cliente en caso de que dicha modificación tuviera como resultado un cambio en la Tarifa recomendada. El uso continuado de los Servicios Uber después de cualquiera de dichos cambios en el Cálculo de tarifa implica el consentimiento del Cliente para que se realicen dichos cambios.

4.3. Ajuste de tarifa. Uber se reserva el derecho de: (i) ajustar la Tarifa a un caso determinado de Servicios de transporte (p. ej., el Conductor tomó una ruta poco eficiente, el Conductor no finalizó un servicio determinado de Servicios de transporte en la Driver App, se produjo un fallo técnico en los Servicios Uber, etc.); o bien, (ii) cancelar la Tarifa para un caso determinado de Servicios de transporte (p. ej., se ha cobrado a un Usuario por Servicios de transporte que no se le prestaron, en caso de reclamación del Usuario, fraude, etc.). La decisión de Uber de reducir o cancelar la Tarifa en cualquier modo deberá llevarse a cabo de forma razonable.

4.4. Tasa de servicio. Como retribución de la prestación de los Servicios Uber por Uber, el Cliente se compromete a pagar a Uber una tasa de servicio por transacción de Servicios de transporte calculada en forma de porcentaje de la Tarifa (independientemente de cualquier Tarifa negociada), según se establece para el Cliente por e-mail o electrónicamente de otro modo por Uber de cuando en cuando para el Territorio correspondiente (“Tasa de servicio”). A menos que

las normativas vigentes en el Territorio del Cliente lo requieran de otro modo, los impuestos se calcularán y cobrarán sobre la Tarifa, y Uber calculará la Tasa de servicio basándose en la Tarifa más dichos impuestos. Uber se reserva el derecho a modificar la Tasa de servicio en cualquier momento a su propia discreción basándose en factores del mercado local, y Uber notificará al Cliente en caso de que dicha modificación tuviera lugar. El uso continuado de los Servicios Uber después de cualquiera de dichos cambios en la Tasa de servicio implica el consentimiento del Cliente para que se realicen dichos cambios. Además, en relación con los Servicios de taxi en el Territorio correspondiente, el Cliente se compromete a pagar a Uber una tasa de reserva en retribución de la provisión por Uber de la Driver App y de los Servicios Uber.

4.5. Costos de cancelación. *El Cliente reconoce y acepta que los Usuarios pueden optar por cancelar peticiones de Servicios de transporte que hayan sido aceptados por un Conductor a través de la Driver App en cualquier momento antes de la llegada del Conductor. Si dicho Usuario cancela una petición de Servicios de transporte aceptada, Uber podrá cobrar al Usuario una tasa de cancelación en nombre del Cliente. Si se cobra, esta tasa de cancelación se considerará la Tarifa del Servicio de transporte cancelado con el propósito de enviársela al Cliente aquí establecido (“Tasa de cancelación”). Las partes reconocen y aceptan que como sucede entre el Cliente y la Empresa, esta Tasa de cancelación es un importe recomendado, y el propósito principal de dicha Tasa de cancelación es actuar como el importe por defecto en caso de que el Cliente no negocie un importe distinto. El Cliente siempre tendrá derecho a: (i) cobrar una tasa de cancelación inferior a la Tasa de cancelación; o bien, (ii) negociar, a petición del Cliente, una tasa de cancelación inferior a la Tasa de cancelación (cada uno de los apartados (i) y (ii) del presente documento, una “Tasa de cancelación negociada”). Si se cobra, la Tasa de cancelación (independientemente de cualquier Tasa de cancelación negociada) se considerará la Tarifa del Servicio de transporte cancelado con el propósito de enviársela al Cliente aquí establecido.*

4.6. Recibos. *Como parte de los Servicios Uber, Uber ofrece al Cliente un sistema para la entrega de recibos a Usuarios por los Servicios de transporte prestados. Cuando un Conductor finaliza los Servicios de transporte para un Usuario, Uber elabora el recibo correspondiente y emite dicho recibo al Usuario por e-mail en*

nombre del Cliente y Conductor correspondiente. Estos recibos también se proporcionan a través de e-mail o del portal de Internet disponible para el cliente en los Servicios Uber. Los recibos incluyen el desglose de los importes cobrados al Usuario por los Servicios de transporte y pueden incluir información específica sobre el Cliente y el Conductor correspondiente, incluido el nombre de entidad y la información de contacto del Cliente y el nombre y la foto del Conductor, así como un mapa de la ruta tomada por el Conductor. El Cliente deberá informar a los Conductores de que cualquier corrección en el recibo de un Usuario por los Servicios de transporte prestados deberá enviarse a Uber por escrito en un plazo de tres (3) días hábiles a contar desde la fecha de finalización de dicho Servicio de transporte. Si no se realiza dicha notificación, Uber no se hará responsable de ningún error en el recibo ni de las correcciones realizadas en el recibo o por el nuevo cálculo o desembolso de la Tarifa (...)”

De la lectura de dichas cláusulas se advierte que existe un sistema de retribución que es fijada por Uber producto del servicio de transporte que prestan los conductores. Así tenemos que los usuarios son quienes abonan el importe del servicio directamente a Uber a través de la driver app mediante el pago por tarjeta de crédito. Después Uber les paga a los conductores por dicho servicio una cantidad de la cual se tiene que deducir un porcentaje por el uso de la plataforma virtual. Esta tarifa se determina de acuerdo a la distancia recorrida y al tiempo; además puede ser variada por Uber según señala a su propia discreción en base a factores de mercado local, y de ser reajustada en caso el conductor no haya seguido las instrucciones de Uber como seguir una ruta diferente y que

resultó poco eficiente, o si es que no se concluyó con el servicio por razones técnicas ya sea del vehículo como en los servicios Uber. No obstante ello, Uber continuará cobrando el porcentaje que le corresponde pese a que la causa de las vicisitudes que se pudieran presentar le sean atribuibles; tal es así que en apartado 9.3. se indica, entre otros, que Uber no se hace responsable de ninguna demora, fallos de entrega u otros daños, responsabilidades o pérdidas resultantes de dichos problemas.

Como vemos está claro que los conductores reciben una contraprestación por parte de Uber por los servicios de transporte que realizan, remuneración que de acuerdo a las características descritas en el párrafo anterior es de carácter variable, y se asimila a la que perciben los comisionistas quienes pueden tener un remuneración basada sola en las comisiones que obtienen o una remuneración mixta (remuneración básica más comisiones).

De lo expuesto se concluye que sí se ha configurado el elemento de la relación laboral que es el pago de una remuneración; y no se podría decir que dicho pago es producto de la propia actividad económica del conductor porque ello supondría que éste asuma riesgos como son los verdaderos costes del servicio; y no es así ya que Uber es la propietaria de

la plataforma virtual, facilita los dispositivos y las ID a los conductores. Asimismo, es quien ofrece a través de la driver app el servicio de transporte, fija el importe del servicio, lo cobra directamente para luego pagarle lo que le corresponde al conductor, por lo que no es un simple agente de cobro de pagos limitado como señala en el contrato.

En el apartado 5 se hace alusión a los derechos de propiedad de Uber, de la siguiente manera:

5. Derechos de propiedad

5.1. Otorgamiento de licencia. *Con sujeción a los términos y condiciones del presente Contrato, Uber otorga por el presente al Cliente una licencia no exclusiva, libre de derechos de autor, no transferible, no sublicenciable, intransferible, durante el período de vigencia del presente Contrato, para utilizar (y permitir a sus Conductores utilizar) la Driver App en relación con la disposición establecida por Uber de los Servicios Uber únicamente para el propósito de ofrecer Servicios de transporte a Usuarios y localizar las Tarifas y Tasas resultantes. Uber, sus Afiliados y sus respectivos licenciatarios se reservan todos los derechos no expresamente otorgados al Cliente.*

5.2. Restricciones. *El Cliente no deberá, ni deberá permitir a ninguna otra parte: (a) licenciar, sublicenciar, vender, revender, transferir, ceder, distribuir o entregar u ofrecer de otro modo a ninguna otra parte los Servicios Uber, la Driver App o cualquier otro Dispositivo de Uber en ningún modo; (b) modificar o realizar tareas derivativas basadas en los Servicios Uber o la Driver App; (c) utilizar indebidamente los Servicios Uber o la Driver App, incluida la creación de “enlaces” de Internet a cualquier parte de los Servicios Uber o la Driver App, realizar integración “a través de marcos” o “mirroring” de cualquier parte de los Servicios Uber o*

la Driver App o cualquier otra página web o sistema; o realizar “copias de contenidos” u obtener indebidamente de otro modo datos de los Servicios Uber o la Driver App; (d) realizar ingeniería de inversión, descompilar, modificar o desensamblar los Servicios Uber o la Driver App, excepto en la medida permitida por la legislación aplicable; o bien, (e) enviar mensajes de spam o de otro modo duplicativos o no solicitados. Además, el Cliente no deberá ni permitirá a ninguna otra parte, acceder o utilizar los Servicios Uber o la Driver App para: (i) diseñar o crear un producto o servicio competitivo o sustancialmente similar; (ii) copiar o extraer funciones, funcionalidad o contenido de los mismos; (iii) lanzar o facilitar el lanzamiento en o en relación con los Servicios Uber un programa automatizado o script, incluidos web spiders, crawlers, robots, indexadores, bots, virus o gusanos, así como cualquier otro programa que pudiera realizar varias peticiones de servidor por segundo o perturbar o impedir indebidamente el funcionamiento y/o la ejecución de los Servicios Uber; o bien (iv) intentar obtener acceso no autorizado a los Servicios Uber o a sus sistemas o redes relacionados, todo excepto en la medida en que dichas acciones deban ser permitidas por la legislación holandesa.

5.3. Titularidad. Los Servicios Uber, la Driver App y los Datos Uber, incluidos todos los derechos de propiedad intelectual en los mismos y los Dispositivos Uber son y seguirán siendo propiedad de Uber, sus Afiliados o sus licenciatarios respectivos. Ni el presente Contrato ni el uso que el Cliente hace de los Servicios Uber, la Driver App o los Datos Uber ofrece u otorga ningún derecho: (a) sobre o en relación con los Servicios Uber, la Driver App o los Datos Uber, excepto en cuanto a la licencia limitada otorgada anteriormente; o bien (b) a utilizar o mencionar en cualquier modo a Uber, sus Afiliados o los nombres de empresa de sus respectivos licenciatarios, logotipos, nombres de producto y servicio, marcas comerciales, marcas de servicio u otros indicios de titularidad. Además, el Cliente reconoce los derechos de Uber en su familia de marcas comerciales y nombres UBER, incluido UBER, solos y en combinación con otras letras, puntuación, palabras, símbolos y/o diseños, el logotipo de UBER y EVERYONE’S PRIVATE DRIVER (“Marcas y nombres comerciales de UBER”). El Cliente acepta que no intentará y se asegurará de que sus Conductores no intenten registrarse o reclamar la titularidad de otro modo sobre cualquiera

de las Marcas y nombres comerciales de UBER, solos o en combinación con otras letras, puntuación, palabras, símbolos y/o diseños, o en cualquier marca o nombre similar que pudiera generar confusión”.

En este apartado nuevamente se hace alusión a que Uber es la propietaria de los servicios tecnológicos que presta y como tal prohíbe que sus productos sean utilizados para fines distintos a la de prestación de servicios de transportes; dejando en claro además que los clientes y conductores no tienen derecho a reclamar la titularidad de la marca y nombres comerciales de Uber; es decir, los conductores solo trabajan para la marca Uber y no se vinculan respecto a la propiedad de los activos y pasivos de la empresa; y ello es así porque nos encontramos ante una relación laboral que es de carácter vertical entre empleador y trabajador; y no en una relación empresarial comercial de carácter horizontal, como lo pretende hacer creer Uber, en donde existe coordinación entre empresas, en este caso, entre Uber y los conductores.

En el siguiente apartado del contrato se hace referencia a las cláusulas de confidencialidad que son comunes en los contratos de prestación de servicios; así se señala:

6. Confidencialidad

6.1. Cada una de las partes reconoce y acepta que en el ejercicio del presente Contrato podría tener acceso o estar expuesta, ya sea de forma directa o indirecta, a información confidencial de la otra parte (“Información confidencial”). La Información confidencial incluye Datos de Uber, ID del conductor, Información de usuario y el volumen de transacciones, planes de marketing y actividad comercial, información de actividad comercial, técnica, operativa y otra información no pública distinta de cada parte (ya se revele por escrito u oralmente) que dicha parte designe como información privada o confidencial o información que la otra parte conozca razonablemente que deba tratarse en confidencialidad.

6.2. Cada una de las partes reconoce y acepta que: (a) toda la Información confidencial deberá permanecer en propiedad exclusiva de la parte reveladora; (b) no debe utilizar la Información confidencial de la otra parte para ningún otro propósito excepto para el cumplimiento del presente Contrato; (c) no debe revelar Información confidencial de la otra parte a ninguna tercera parte, excepto a sus empleados, representantes, contratistas, agentes y proveedores de servicios (“Personas autorizadas”) según sea necesario para operar conforme al presente Contrato, siempre que las Personas autorizadas estén vinculadas por escrito a las obligaciones de confidencialidad y no utilización de la Información confidencial de forma menos cuidadosa que la establecida en los términos del presente documento; y (d) deberá devolver o destruir toda la Información confidencial de la parte reveladora a la extinción del presente Contrato o a petición de la otra parte (con sujeción a la legislación aplicable y en relación con Uber, sus requisitos internos de conservación de registros).

6.3. Sin perjuicio de lo antedicho, la Información confidencial no incluirá ninguna información en la medida en que: (a) sea o se convierta en dominio público a través de ningún acto u omisión por parte de la parte receptora; (b) sea poseída por la parte receptora antes de la fecha de este Contrato sin ninguna obligación de confidencialidad; (c) sea revelada a la parte receptora por una tercera parte que no esté sujeta a ninguna obligación de confidencialidad en relación a la misma; o bien, (d) deba ser revelada conforme a la legislación vigente, por orden de un tribunal, medida cautelar u orden de una autoridad gubernamental, siempre que la

parte receptora notifique a la parte reveladora de ello y conceda a la parte reveladora una oportunidad razonable para contestar o limitar dicha revelación requerida.

Con esta cláusula se busca proteger la información relevante de ambas partes como son los datos de Uber, la ID del conductor, Información de usuario y el volumen de transacciones, planes de marketing y actividad comercial, información de actividad comercial, técnica, operativa y otra información no pública distinta de cada parte; advirtiéndose que se pone especial énfasis en la protección de la información propia de Uber, y ello es así porque en la realidad tiene la condición de empleadora y maneja el funcionamiento de la empresa y la forma de prestación del servicio de transporte; en este contexto, cabría preguntarnos ¿qué datos buscaría proteger el conductor? La respuesta es ninguno ya que éste solo se somete a las “recomendaciones” e “instrucciones” que de cierta forma le impone Uber para la prestación del servicio.

Por otro lado, tenemos las cláusulas que regulan la privacidad de la información de las partes que suscriben el contrato:

7. Privacidad. *Con sujeción a todas las legislaciones aplicables, Uber puede proporcionar a una tercera parte cualquier información (incluidos datos personales y cualquier Dato Uber) sobre los*

Conductores establecida aquí si: (a) se produce una reclamación, disputa o conflicto, incluido un accidente, entre un Conductor y un Usuario; (b) es necesario hacer valer los términos del Contrato; (c) es obligatorio, a exclusiva discreción de Uber o de cualquier Afiliado, por la legislación o reglamento aplicable; (d) es necesario, a exclusiva discreción de Uber o de cualquier Afiliado para (1) velar por la seguridad, los derechos, la propiedad o protección de la Empresa, de los Servicios Uber o de cualquier tercera parte, (2) detectar, prevenir o abordar de otro modo el fraude, la seguridad o los problemas técnicos, y/o (3) impedir o detener la actividad que Uber o cualquiera de sus Afiliados, a su única discreción, considere que eso pudiera constituir un riesgo de ser ilegal, no ética o enjuiciable desde un punto de vista legal; o bien (e) se establece o requiere, a entera discreción de Uber o cualquier Afiliado, para conformar un seguro o para cualquier otro fin en relación a la capacidad del Cliente y/o el Conductor de cualificar, o continuar cumpliendo los requisitos, para hacer uso de los Servicios de Uber. El Cliente entiende que Uber podrá retener los datos personales del Cliente y/o del Conductor o Conductores con fines de cumplimiento legal, reglamentario, de seguridad y con otros fines necesarios con posterioridad a la extinción del presente Contrato. Uber procesa datos personales (incluidos los mencionados en el Apartado 2.8 anterior) de conformidad con su política de privacidad ubicada en www.uber.com/legal.

Lo dispuesto en dicha cláusula es importante toda vez que en el transcurso de la prestación del servicio pueden suscitarse problemas, y para coadyuvar a la solución de los mismos o para prevenir alguno, se deben otorgar las facilidades al acceso de la información confidencial de las partes suscribientes.

En las siguientes cláusulas se regulan las facultades que debe tener el cliente para celebrar el contrato de servicios, así como las garantías que ofrece Uber respecto a los servicios tecnológicos que presta:

9. Declaraciones y garantías; Casos de exclusión

9.1. Por el Cliente.

Por el presente, el Cliente declara y garantiza que: (a) tiene todo el poder y autoridad para celebrar el presente Contrato y cumplir sus obligaciones aquí establecidas; (b) está debidamente organizado, válidamente constituido y en cumplimiento de las legislaciones de su jurisdicción de origen; (c) no ha celebrado, y durante el período de vigencia no celebrará, ningún contrato que le impida cumplir el presente Contrato; (d) cumplirá todas las legislaciones vigentes en su ejecución del presente Contrato, incluida la titularidad y el cumplimiento de todos los permisos, licencias, registros y otras autorizaciones gubernamentales necesarios para la prestación de (i) Servicios de transporte utilizando los Conductores y Vehículos de conformidad con el presente Contrato, y (ii) Servicios de transporte de pasajeros a terceras partes en el Territorio en general; y (e) requerirá a todos los Conductores cumplir el Anexo del conductor, los términos y condiciones aplicables establecidos en el presente Contrato y todas las legislaciones aplicables.

9.2. Exención de garantías.

Uber ofrece y el Cliente acepta los Servicios Uber, la Driver App y los Dispositivos Uber en un estado “tal cual” y “según disponibilidad”. Uber no declara ni garantiza que el acceso del Cliente o de cualquier Conductor a los Servicios Uber, la Driver App o los Dispositivos Uber, así como el uso que ellos hacen de los mismos: (a) se producirá de forma ininterrumpida o sin errores; o bien, (b) resulte en cualquier petición de Servicios de transporte. Uber funciona como un servicio de captación de clientes sobre demanda y exclusivamente como servicio relacionado y no realiza ninguna declaración ni otorga garantía con respecto a los actos u omisiones de los Usuarios quienes puedan solicitar o recibir Servicios de transporte del Cliente o de cualquier Conductor conforme a los términos aquí establecidos, y Uber no necesita controlar o evaluar de otro modo a los Usuarios.

Mediante el uso de los Servicios Uber y la Driver App, el Cliente reconoce y acepta que el Cliente o un Conductor puede ser presentado a una tercera parte (incluidos Usuarios) que pueda constituir un peligro o riesgo para el Cliente, un Conductor u otra tercera parte. Se recomienda a los Clientes y los Conductores que tomen las medidas de precaución razonables con respecto a las interacciones con terceras partes conocidas en relación con el uso de los Servicios Uber o la Driver App. Sin perjuicio de la designación de Uber como agente de cobros limitado del Cliente con la finalidad de aceptar pagos de Usuarios en nombre del Cliente según lo establecido en el Apartado 4 anterior, Uber renuncia expresamente toda responsabilidad por cualquier acto u omisión del Cliente, cualquier Conductor, cualquier Usuario u otra tercera parte.

9.3. Ninguna garantía de servicio.

Uber no garantiza la disponibilidad o el tiempo de actividad de los Servicios Uber o la Driver App. El Cliente reconoce y acepta que los Servicios Uber o la Driver App podrían estar fuera de servicio en cualquier momento y por cualquier motivo (p. ej., debido a un mantenimiento programado o fallo de red). Además, los Servicios Uber o la Driver App pueden estar sujetos a limitaciones, retrasos u otros problemas inherentes al uso de Internet y la comunicación electrónica, y Uber no se hace responsable de ninguna demora, fallos de entrega u otros daños, responsabilidades o pérdidas resultantes de dichos problemas.

Como se aprecia en las cláusulas descritas, Uber exige el cumplimiento de ciertas condiciones al cliente que si bien es cierto algunas de ellas son necesarias para que el contrato surta efectos, como es que esté válidamente constituida; también exige algunos requerimientos complementarios como que no haya celebrado otro tipo de contrato que impida el cumplimiento del presente, y que posea todas las licencias y requisitos necesarios para prestar el servicio de transporte. Asimismo, se

observa que Uber se exime de toda responsabilidad respecto a si ocurre algún inconveniente en la prestación del servicio de transporte, incluso si es que ello se debe a fallas propios de los servicios tecnológicos que presta; lo que demuestra el desequilibrio contractual de las partes ya que evidentemente Uber, como en otras cláusulas, busca proteger a todas luces sus intereses; y ello es así porque el empleador como es la parte dominante de la relación laboral tiene ventaja en la elaboración e imposición de las cláusulas contractuales, mientras que el trabajador al ser la parte más débil muchas veces acepta las disposiciones que se le imponen en el contrato que suscribe; por lo que ante cláusulas perjudiciales al trabajador se deben aplicar los principios laborales, entre otros, el principio protector y el de irrenunciabilidad de los derechos laborales, los cuales han sido estudiados en el primer capítulo.

En este apartado del contrato Uber obliga al cliente a no responsabilizarlo respecto a las obligaciones y responsabilidades que este tiene:

10. Indemnización

10.1. El Cliente debe indemnizar, defender (a discreción de Uber) y eximir de responsabilidad a Uber y sus Afiliados y responsables, directores, empleados, agentes, sucesores y cesionarios respectivos de y frente a cualquier y todas las responsabilidades, gastos (incluidas tasas legales), daños,

penalizaciones, multas, aportaciones a la seguridad social e impuestos derivados de o relacionados con: (a) el incumplimiento del Cliente de sus declaraciones, garantías u obligaciones de conformidad con el presente Contrato; o bien, (b) una reclamación por una tercera parte (incluidos los Usuarios, los organismos reguladores y las autoridades gubernamentales) directa o indirectamente relacionados con la disposición del Cliente de los Servicios de transporte o el uso de los Servicios Uber.

10.2. Al igual que sucede entre el Cliente y Uber, el Cliente es y deberá ser el único responsable de la prestación de los Servicios de transporte por sus Conductores. Como tal, el Cliente debe indemnizar, defender (a discreción de Uber) y eximir de responsabilidad a Uber y sus Afiliados y responsables, directores, empleados, agentes, sucesores y cesionarios respectivos de y frente a cualquier y todas las responsabilidades, gastos (incluidas tasas legales), daños, penalizaciones, multas, aportaciones a la seguridad social e impuestos derivados de (directa o indirectamente) o relacionados con la prestación de los Servicios de transporte o el uso de los Servicios Uber por parte de sus Conductores.

Ésta cláusula es importante analizar porque en ella Uber señala que no asumirá responsabilidades ni pagará indemnizaciones que se deriven de la prestación del servicio de transporte. Uno de los supuestos en los cuales se podría aplicar esta cláusula es respecto de los reclamos laborales de los conductores; sin embargo, como ya ha quedado claro en el análisis que he realizado en los considerandos precedentes, Uber en la realidad es el empleador de los conductores que prestan el servicio de transporte y como tal debe ser también responsable

solidario en el pago de los derecho laborales de los conductores; por lo que esta cláusula es una más que encubre la verdadera relación laboral que existe entre Uber y los conductores.

En la siguiente cláusula se limita la responsabilidad de Uber respecto a los daños materiales o de otra índole, que en la prestación del servicio se podrían ocasionar al cliente o a los conductores:

11. Límites de responsabilidad. *Ni Uber ni sus Afiliados serán responsables conforme al presente Contrato o en relación a él por cualquiera de los siguientes aspectos, ya sea basándose en el Contrato, agravio u otro fundamento legal, incluso si una parte ha sido avisada de la posibilidad de dichos daños: (i) cualquier daño incidental, punitivo, especial, ejemplar, resultante o cualquier otro tipo de daño indirecto; o bien (ii) daños a la propiedad del Cliente, el Conductor o cualquier tercera parte o pérdida o inexactitud de datos, o bien, pérdida de actividades comerciales, beneficios, uso u otra ventaja económica. Excepto en cuanto a las obligaciones de Uber de pagar importes adeudados al Cliente de conformidad con el Apartado 4 anterior, aunque con sujeción a las limitaciones u otras disposiciones contenidas en el presente Contrato que sean aplicables aquí, en ningún caso la responsabilidad de Uber o sus Afiliados con arreglo al presente Contrato excederá el importe de las Tasas de servicio realmente abonadas o adeudadas a Uber por las presentes disposiciones en el período de seis (6) meses inmediatamente precedentes al acontecimiento que haya dado lugar a dicha reclamación. El Cliente reconoce y acepta que cualquier reclamación que tenga el Cliente o que pretenda tener ante Uber o sus Afiliados deberá notificarse a Uber y/o a sus Afiliados en un plazo de un (1) año a contar desde el acontecimiento o acontecimientos que hayan dado lugar a dicha reclamación y que el Cliente renuncia a todos los derechos con respecto a dicha reclamación y el Cliente no actúa de*

ese modo. Estas limitaciones no suponen ninguna limitación de responsabilidad que no pueda excluirse por la legislación aplicable.

Esta cláusula establece el plazo de duración del contrato, el de resolución y rescisión, en los siguientes términos:

12. Plazo y resolución o rescisión

12.1. Plazo. El presente Contrato comenzará en la fecha en la que el Contrato se ha ejecutado por el Cliente (electrónicamente o de otro modo) y seguirá teniendo vigencia hasta su fecha de extinción conforme a lo establecido en el presente Contrato.

12.2. Rescisión. Cada una de las partes podrá rescindir este Contrato: (a) sin necesidad de presentar ningún motivo con siete (7) días de preaviso a la otra parte; (b) inmediatamente, sin preaviso, por incumplimiento sustancial del presente Contrato por la otra parte; o bien (c) de inmediato, sin preaviso, en caso de concurso de acreedores o declaración de insolvencia de la otra parte, o cuando la otra parte envíe o presente una solicitud de suspensión de pagos (o cualquier otra actuación o acontecimiento similar) ante la parte rescindidora. Además, Uber podrá rescindir el presente Contrato o desactivar al Cliente o a un Conductor determinado de inmediato, sin preaviso, en relación al Cliente y/o a cualquier Conductor si el Cliente y/o cualquier Conductor, según sea aplicable, deje de estar capacitado conforme a la legislación vigente o las normas y políticas de Uber para prestar Servicios de transporte o para operar el Vehículo, o como se establezca de otro modo en el presente Contrato. Efecto de la rescisión. Al rescindirse el Contrato, el Cliente y todos los Conductores, según sea aplicable, deberán: (a) devolver sin demora a Uber todos los Dispositivos Uber; y (b) borrar y eliminar completamente la Driver App de cualquier Dispositivo proporcionado al conductor. Las obligaciones de pago pendientes y los Apartados 1, 2.3, 2.5, 2.6.3, 4.7, 4.8, 5.3, 6, 7, 9, 10, 11, 12.3, 13, 14 y 15 seguirán teniendo vigencia posteriormente a la rescisión del presente Contrato.

En la siguiente cláusula se establece de forma clara y enfática cuál es la relación que existe entre Uber con el cliente, y con los conductores:

13. Relación de las Partes

13.1. Excepto en lo expresamente dispuesto en el presente documento en relación a Uber actuando como agente de cobros de pago limitado exclusivamente para el propósito de cobrar los adeudos de Usuarios en nombre del Cliente, la relación entre las partes conforme al presente Contrato es exclusivamente la de contratistas independientes. Las partes acuerdan expresamente que: (a) este Contrato no es un contrato laboral, ni genera ninguna relación de empleador-empleado (incluido desde la perspectiva del derecho laboral, derecho fiscal o derecho de la seguridad social) entre Uber y el Cliente o Uber y cualquier Conductor; y (b) no existirá ninguna relación de empresa conjunta, asociación comercial o relación de agente entre Uber y el Cliente o entre Uber y cualquier Conductor.

13.2. El Cliente no tiene ninguna autoridad para vincular a Uber y se compromete a no considerarse y asegurarse de que cada Conductor no se considere empleado agente o representante autorizado de Uber o de sus Afiliados. Cuando, por implicación de la legislación vigente o de otro modo, el Cliente o cualquier Conductor sea considerado como empleado, agente o representante de Uber, el Cliente asume y se compromete a eximir, defender (a discreción de Uber) y exonerar de toda responsabilidad a Uber y a sus Afiliados ante cualquier reclamación presentada por cualquier persona, entidad, organismo regulador o autoridad gubernamental basándose en dicha implicación de empleo, agencia o relación de representación.

13.3. El Cliente reconoce y acepta expresamente que al aceptar los términos y condiciones del presente Contrato, el Cliente pretende prestar Servicios de transporte de forma no incidental y, como tal, Uber considerará al Cliente y a sus Conductores personas con obligación de tributar de conformidad con toda la legislación fiscal aplicable con respecto al IVA e impuestos indirectos.

En las cláusulas descritas se resalta que entre Uber y los conductores no existe ninguna relación de naturaleza laboral por lo que no se deberán considerar empleados. Sin embargo, y como ya se ha venido enfatizando; se debe aplicar el principio

de primacía de la realidad y preferir lo que sucede en el terreno de los hechos a lo que se señala en los documentos; como en este caso, que se ha consignado una cláusula exclusivamente destinada a determinar que no existe una relación de trabajo entre Uber y sus conductores; resultando paradójico que de las mismas cláusulas contractuales se pueda inferir los rasgos de laboralidad existentes.

De acuerdo al análisis que he realizado de las cláusulas contenidas en el contrato de servicios, se concluye que existen suficientes rasgos de laboralidad que me permite afirmar que en la relación contractual entre Uber y sus conductores se han configurado los tres elementos de un contrato de trabajo: prestación personal del servicio, subordinación y remuneración.

En resumidas cuentas, se tiene que la **prestación personal del servicio** se identifica en tanto Uber es quien selecciona a los conductores, les otorga una identificación (ID), y un dispositivo para que puedan acceder a la driver app, y que no puede ser utilizado por otra persona ajena al conductor, quien ha sido sometido a un proceso de selección por parte de Uber en donde se determinó que es personal idóneo para prestar el servicio de transporte a través de la aplicación de Uber, ya que cuenta con licencia de conducir, tiene un vehículo con las

características mínimas establecidas, tiene un seguro contratado, entre otros. Al respecto, Anna Ginés y Sergi Gálvez señalan que: *"La sujeción de los conductores de Uber a las direcciones, instrucciones y control de la empresa encuentra una primera manifestación en el proceso de selección al que son sometidos los conductores; importante indicio de laboralidad tanto en la jurisprudencia española como norteamericana⁰ Así, los partners deben superar un proceso de selección consistente en acreditar disponer de permiso de conducir válido durante mínimo 3 años, un vehículo con menos de 10 años de antigüedad y seguro del mismo, además de un test de conocimiento geográfico de la ciudad y una entrevista con un empleado de Uber. La necesidad de superar con éxito este proceso de selección para formar parte de la flota de conductores de Uber convierte la prestación de servicios en una prestación personalísima, propia de la relación de trabajo asalariado. Así, Uber prohíbe expresamente a sus conductores permitir a alguien acceder al software o al servicio sin previa autorización por escrito de la empresa o utilizar a un conductor que no haya sido autorizado por la empresa para conducir realizar el trabajo ofrecido a través del servicio".*

La **subordinación** se desprende esencialmente de:



Las “recomendaciones” que realiza Uber respecto a la forma en que se debe prestar el servicio de transporte

como por ejemplo: “*CONSEJOS: 1. Llega a la dirección indicada rápidamente espera ahí al usuario. Al recibir una solicitud de servicio dirígete de forma rápida y directa a recoger al usuario. Al llegar, detén el vehículo lo más cerca posible de la dirección indicada. Si no se puede aparcar, sitúate lo más cerca posible de la dirección en un sitio donde se pueda detener el vehículo (es importante DETENER el vehículo para que el usuario pueda acercarse andando en el caso de que fuese necesario). Si el usuario no está, espera 6 minutos antes de llamarle. Si no se presenta y no responde al teléfono puedes cancelar el trayecto indicando: “el cliente no se ha presentado”. 2. Actitud agradable y distendida. Los usuarios uberPOP se distinguen, en general, por ser gente amable y simpática. Puedes ofrecerle conversación pero ten en cuenta que hay veces que no quieren ser molestados. Puedes preguntar si desean escuchar algo en particular o si quieren reducir el volumen de la radio. 3. Coche limpio y en buenas condiciones. Intenta mantener siempre tu vehículo en condiciones de limpieza excelente, tanto por dentro como por fuera. Ten en cuenta qué desperfectos en el vehículo pueden ser motivo de malas valoraciones por el usuario.”*

59

⁵⁹ Documentación a la que tuvo acceso la Inspección de Treball Catalunya contenida en su informe del 09 de marzo de 2015, citado por Anna Ginés Fabrellas y Sergi Gálvez Duran. Op. Cit. p. 22.

- Uber dicta instrucciones directas a los conductores como por ejemplo: le indica a través de la driver app cuál es la ruta que debe seguir
- La evaluación de la prestación del servicio que si bien es cierto Uber no lo realiza directamente, lo hace de forma indirecta a través de los usuarios quienes califican por medio de la driver app el desempeño del conductor, quien podrían ser despedido si es que su rendimiento es menor a los estándares de calificación medios establecidos.
- De cierta manera los conductores Uber están obligados a aceptar la mayoría de los servicios que se les asigna a través de la app, toda vez que si rechaza una cantidad determinada de servicios, corre el riesgo que su driver app sea desactivada, es decir, que sea despedido.
- Uber es quien determina la tarifa que se va a cobrar por el servicio de transporte, así como la tasa por el uso de la plataforma virtual; y se reserva la posibilidad de variarla de acuerdo a los factores de mercado e incluso de modo discrecional.

La **remuneración** se evidencia en el pago que Uber realiza a los conductores por los servicios de transporte que ha realizado, el cual se determina en función de la duración del viaje y los kilómetros recorridos, y que puede aumentar si Uber otorga incentivos que responden a los días, horas y zonas de conexión; dicha retribución es de libre disponibilidad del conductor. Con relación a este elemento, Anna Ginés y Sergi Gálvez señalan que: *"La retribución en sí misma es también un claro indicio de laboralidad por no suponer la asunción del riesgo y ventura de la actividad económica por parte del conductor. Según se expone en el informe de la Inspección de Treball de Catalunya, la retribución de los conductores de Uber consiste en una cuantía fija entre 10-15€ por viaje –aunque Uber cambia el importe según desee aumentar la disponibilidad de sus conductores en determinadas épocas o días– y otra variable establecida por unidad de servicio, en función de la duración y el número de kilómetros del trayecto. A esta cuantía deben añadirse los importes en concepto de incentivos semanales y de fin de semana que se paga siempre que el conductor cumpla con los requisitos señalados por Uber de días, horas y zonas de conexión. Incluso, uno de dichos incentivos retribuye tiempo de trabajo, al consistir en 100€ por 15 horas de conexión semanal independientemente del número de servicios. Ciertamente los conductores de Uber reciben una retribución variable en atención al número de servicios realizado. Sin embargo, la fijación de la cuantía*

*de la retribución por decisión de la empresa es un claro indicio de laboralidad (...)*⁶⁰

III. ¿Es necesario que se regule jurídicamente la relación laboral de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales?

Las nuevas tecnologías como las plataformas virtuales han producido que cambie la concepción tradicional de los elementos de una relación laboral, sobre todo respecto a la subordinación toda vez que se ha flexibilizado las formas subordinadas de prestar servicios, así tenemos por ejemplo que existe libertad en los horarios de trabajo, y la fiscalización por parte del empleador no es directa sino indirecta a través de otros medios como los tecnológicos.

Con relación a ello, Juan Raso Delgue señala que: *"En la empresa virtual siguen existiendo expresiones de la subordinación tradicional, entendida como la posibilidad de controlar la actividad del trabajador e ir transmitiendo*

⁶⁰GINES i FABRELLAS, Anna; y Gálvez Duran, Sergi. *Op. Cit.* p. 26.

*indicaciones sobre la forma de realizar las tareas. No es el empleador que vigila directamente al trabajador, sino que el control se realiza a través de las respuestas y evaluaciones de los clientes a los review enviados por la empresa al usuario del servicio"*⁶¹.

De igual manera Todolí Signes expresa que: *"Las formas tradicionales de vigilancia y control de la calidad de la prestación de servicios por parte de los trabajadores consistían en dar formación específica de la empresa al trabajar y dictar instrucciones concretas sobre cómo realizar el trabajo, unido a un sistema de vigilancia que aseguraba el cumplimiento de dichas instrucciones. En las nuevas empresas nada de esto existe, no obstante, se defiende que ello no significa que las formas de control de la prestación del servicio hayan desaparecido sino que simplemente se han transformado. Las empresas confían en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios. De esta forma, las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando*

⁶¹ RASO DELGUE, Juan. *Op. Cit.* p. 38.

*posteriormente dicha información para tomar decisiones sobre despidos"*⁶².

Entonces, si bien es cierto se han flexibilizado los rasgos que denotan la concepción clásica de subordinación, ello no implica que los derechos de los trabajadores no merezcan ser protegidos, debiendo tenerse en cuenta que si bien en la prestación del servicio tienen rasgos de independencia y de dependencia; también lo es que, siguen permaneciendo ligados de forma vertical a sus empleadores.

Por tanto, atendiendo a que el contexto social, cultural y tecnológico ha cambiado; el derecho laboral no puede ser ajeno a ello; por lo que se deben tomar las medidas legislativas correspondientes para proteger al trabajador, quien a pesar de los cambios contextuales, seguirá siendo la parte más débil de la relación laboral que merece una protección tuitiva.

⁶² TODOLI SIGNES, Adrián. *Op. Cit.* p. 38.

CAPITULO CUARTO

Propuesta legislativa

Como se ha señalado en el apartado anterior, sí es necesario que se establezcan nuevas disposiciones jurídicas que regulen las relaciones laborales que nazcan en el interior de la organización de las plataformas virtuales que tienen como objeto la prestación de algún servicio. Es por ello que me he permitido realizar un proyecto de Ley en la cual se recogen las peculiaridades de esta nueva forma de prestación de servicios, los derechos laborales mínimos que debe tener todo trabajador, y las obligaciones del empleador.

PROYECTO DE LEY

EL PRESIDENTE DE LA REPÚBLICA

POR CUANTO:

El Congreso de la República

Ha dado la Ley siguiente:

EL CONGRESO DE LA REPÚBLICA;

Ha dado la Ley siguiente:

LEY QUE REGULA LA RELACIÓN LABORAL EN UNA PLATAFORMA VIRTUAL

CONSIDERANDO:

En la actualidad han surgido nuevas formas de prestaciones de servicios como las que se proveen a través de plataformas virtuales, en donde han surgido vicisitudes respecto a si existe o no una relación de naturaleza laboral entre el propietario de dicha empresa y quienes desarrollan el servicio; habiéndose constatado que debido al nuevo contexto social, cultural, económico y tecnológico, ha existido un cambio en la concepción clásica sobre todo de los elementos de prestación

personal del servicio y subordinación que configuran la relación laboral; que no es motivo para desproteger a dichos trabajadores sino por el contrario, es la causa para establecer una regulación legal que se ajuste al nuevo panorama.

Artículo 1.- Objeto de la Ley

La presente Ley tiene por objeto regular la relación laboral que surge en una plataforma virtual, como una modalidad especial de prestación de servicios caracterizada por la utilización de medios tecnológicos en las entidades públicas y privadas, y promover políticas públicas para garantizar su desarrollo.

Artículo 2.- De las plataformas virtuales

La plataforma virtual es una base de datos que contiene herramientas informáticas de comunicación como son foros, chats, correos electrónicos, etc. a las cuales se puede acceder para solicitar la prestación de un servicio a través de las aplicaciones descargadas en dispositivos móviles

Artículo 3.- Principios rectores

Los principios generales del derecho laboral serán de aplicación preferente ante las vicisitudes que puedan surgir antes, durante y después de la relación laboral.

Artículo 4.- Del empleador

Entiéndase como empleador para efectos de esta Ley a la persona natural o jurídica que es propietaria y administradora de una plataforma virtual que provee de servicios de tecnología a quienes lo requieran través de aplicaciones descargadas en dispositivos móviles.

Artículo 5.- Del trabajador

Entiéndase como trabajador para efectos de esta Ley a la persona natural que trabaja de manera personal, subordinada y remunerada en la prestación del servicio que provee los propietarios de una plataforma virtual.

Artículo 6.- Del usuario

Entiéndase como usuario para efectos de esta Ley a la persona que descarga en sus dispositivos móviles aplicaciones a través de las cuales solicitan la prestación de un servicio.

Artículo 7.- De las características especiales de la relación laboral

El servicio que presta el trabajador a favor de su empleador es de carácter personal en tanto no podrá valerse de terceros para la ejecución del mismo.

Es de carácter subordinado porque el trabajador recibirá instrucciones directa o indirectamente por parte de su empleador sobre la forma de prestación del servicio; será controlado y fiscalizado directa o indirectamente, siendo que en este último caso el empleador podrá valerse de otros medios como los tecnológicos o a través de las calificaciones que realicen los usuarios del servicio a través de la aplicación descargada en sus dispositivos móviles. El trabajador tendrá flexibilidad en cuanto a su horario de trabajo, debiendo a la semana laborar un mínimo de 20 horas; además no es necesario que labore de forma exclusiva para una sola empresa siempre y cuando no perjudique el desempeño de sus labores y respete los términos contractuales del contrato de trabajo suscrito.

Es remunerado en tanto el trabajador recibirá por parte de su empleador de manera semanal o mensual, según se pacte, una contraprestación por el servicio prestado que será de su libre disposición. La remuneración es variable ya que dependerá de los servicios que preste el trabajador durante la semana o mes, debiendo precisar que si labora por 200 o más horas al mes ó por 40 o más horas a la semana, el trabajador tendrá derecho a percibir como mínimo en el primero de los casos una remuneración mínima vital; mientras que en el segundo, la mitad de la remuneración mínima vital; por lo que en caso la fórmula utilizada por el empleador para determinar la remuneración que le corresponde al trabajador no alcance al monto establecido de acuerdo a las horas semanales o mensuales señaladas, deberá reajustarla hasta que lleve a dicho monto mínimo.

Si se configuran los tres elementos antes citados nos encontramos ante una relación de naturaleza laboral, presumiéndose su carácter indeterminado.

Artículo 8.- De la forma de contratación

El empleador suscribirá con el trabajador un contrato sujeto a modalidad, el cual debe contener cláusulas que sean acordes con lo dispuesto en la presente Ley, además de ser puesto a conocimiento de la Autoridad Administrativa de Trabajo; siendo de aplicación supletoria lo establecido en el Título II del TUO de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral aprobado por Decreto Supremo N° 003-97-TR.

Artículo 9.- De los derechos del trabajador

El trabajador tiene los mismos derechos laborales establecidos para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada como es el pago de vacaciones, gratificaciones, CTS; así como

los derechos colectivos y de seguridad social. Asimismo, estos trabajadores están protegidos contra el despido nulo o arbitrario teniendo derecho al pago de una indemnización. Para los efectos de este artículo nos remitimos a las leyes pertinentes.

Artículo 10.- De las obligaciones del trabajador

El trabajador tiene las mismas obligaciones establecidas para los trabajadores del régimen laboral de la actividad privada, y que se encuentran contenidas de forma taxativa en el Decreto Legislativo N° 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral; a la cual nos remitimos.

Artículo 11.- De la obligación de registro del empleador

El empleador deberá registrarse en el Ministerio de Trabajo como prestadora de servicios de tecnología a través de una plataforma virtual, para lo cual se deberán tomar las acciones legislativas pertinentes para la creación de dicho registro. Su incumplimiento no solo acarreará la imposición de medidas administrativas sino también la desnaturalización de la contratación modal del trabajador.

Artículo 12.- De la responsabilidad solidaria del empleador y trabajador

El empleador y el trabajador serán responsables solidarios respecto a los daños materiales o de otra índole que pudieran ocasionarse a terceros durante la prestación del servicio.

DISPOSICIONES TRANSITORIAS Y FINALES

PRIMERA: Aplicación supletoria

En lo que fuera pertinente se debe concordar lo dispuesto en la presente Ley con la legislación laboral de los trabajadores sujetos al régimen laboral de la actividad privada; la cual es de aplicación supletoria.

SEGUNDA: Reglamentación

El Ministerio de Trabajo y Promoción del Empleo, mediante decreto supremo, reglamentará la presente Ley en un plazo máximo de noventa (90) días hábiles desde el inicio de su vigencia.

TERCERA: Del registro en el Ministerio de Trabajo

Mediante Decreto Supremo se dictarán las disposiciones legales pertinentes para la aplicación de lo dispuesto en el artículo 11 de la presente Ley.

Comuníquese al señor Presidente Constitucional de la República para su promulgación.

En Lima, el 17 de abril de 2017.

CONCLUSIONES

PRIMERO.- El derecho del trabajo es una rama del derecho que contiene normas y principios que regulan las relaciones jurídicas entre el empleador y el trabajador que nacen de un acuerdo de voluntades, en donde el trabajador se obliga a prestar sus servicios de forma personal y subordinada mientras que el empleador se obliga a pagarle una remuneración a cambio.

SEGUNDO.- El derecho al trabajo es cambiante ya que se encuentra en continua adecuación al contexto social, económico y tecnológico que se presente en cada época; lo cual la diferencia de las demás ramas del derecho.

TERCERO.- En la actualidad han surgido nuevas formas de trabajo las cuales están ligadas a la tecnología, específicamente al uso de las plataformas virtuales; y que han generado una discusión respecto a si existe o no una relación de trabajo entre los propietarios de estas nuevas empresas y los trabajadores que prestan servicios en las mismas.

CUARTO.- La plataforma virtual es una base de datos que contiene herramientas informáticas de comunicación como son

foros, chats, correos electrónicos, etc. a las cuales se puede acceder para solicitar la prestación de un servicio a través de las aplicaciones descargadas en dispositivos móviles

QUINTO.- Existen dos tipos básicos de plataformas virtuales a partir de las formas de organización y prestación de las tareas: Sharing economy o economía participativa; y, On demand economy o no sharing economy. La primera de ellas es un modelo que se centra en la colaboración y ayuda mutua entre personas naturales; es una manera tradicional de compartir, intercambiar, alquilar o regalar. Y en la segunda se ofrecen servicios que tienen una finalidad lucrativa; y únicamente se activa cuando el servicio es solicitado por un cliente quién pagará por ello; es decir, el producto o servicio se realiza con posterioridad a que el cliente lo haya encargado.

SEXTO.- Uber Economy es una manifestación de la plataforma virtual on demand economy; se trata de una empresa propietaria de una plataforma virtual donde se obtienen servicios de transporte de pasajeros en la ciudad; a través de su software de aplicación móvil que conecta a los pasajeros con los conductores de vehículos que se encuentran registrados en su servicio; solo es necesario que el usuario cuente con la aplicación móvil de

Uber que le permitirá acceder por GPS al conductor más cercano de Uber para solicitar un servicio de taxi.

SÉTIMO.- Existe polémica respecto a si existe o no una relación de naturaleza laboral entre Uber Economy y los conductores. Después analizar las cláusulas estipuladas en el contrato de prestación de servicio que los clientes suscriben con Uber para que éste último le provea de servicios tecnológicos y a través de los mismos, prestar servicios de transporte; se concluye en aplicación del principio de primacía de la realidad, principio protector, y el de irrenunciabilidad de los derechos labores; que existen indicios de laboralidad que configuran la prestación personal del servicio, subordinación y remuneración; advirtiéndose el cambio de algunos rasgos clásicos del elemento de subordinación que no impide la protección tuitiva de los derechos laborales de éstos trabajadores.

OCTAVO.- Es necesario que el derecho laboral se adecúe a las nuevas formas de prestaciones de servicios como las contenidas en las plataformas virtuales; por lo que se deben emitir las disposiciones legales correspondientes que recojan las peculiaridades de esta nueva forma de prestación de servicios, los derechos laborales mínimos que debe tener todo trabajador, y las obligaciones del empleador.

BIBLIOGRAFÍA

- ARCE ORTIZ, Elmer. *Derecho Individual del Trabajo en el Perú*. (2013), Palestra Editores, Lima,
- ALONSO OLEA, Manuel y CASAS BAAMONDE, María Emilia, *Derecho del Trabajo* (1989), Universidad Complutense, Madrid
- CASTILLO LUTÍN, Marco Tulio. *Derecho al trabajo guatemalteco*.
- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *¿Cómo se aplican los principios laborales en el Perú?* (2010), Gaceta Jurídica, Lima.
- GARCÍA MANRIQUE, Álvaro. *"¿Cómo se están aplicando los principios laborales en el Perú?"*.
- GRISOLIA, Julio Armando. *Manual de Derecho Laboral* (2011), Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina, p. 15.
- KROTOSHIN, Ernesto. *Tratado practico de derecho del trabajo* (1995), Tomo I, Editorial Depalma, Buenos Aires, Argentina.
- NEVES MUJICA, Javier. *Introducción al derecho del trabajo* (2012), Fondo Editorial PUCP
- PASCO COSMÓPOLIS, Mario, *"Extinción de la Relación Laboral"* (1996), en Primera Jornada de Trabajo, UDEP, Piura, p. 41.
- PLA RODRÍGUEZ, Américo, *Los principios del Derecho del Trabajo* (1998), Depalama, Buenos Aires
- RENDÓN, Jorge. *Derecho al trabajo Teoría General I* (2007), Grijley, Lima.
- RODRÍGUEZ GARCÍA, Fernando, *La extinción del contrato de trabajo. Causales, requisitos y consecuencias* (2009), Gaceta

Jurídica, Lima.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *Instituciones del Derecho Laboral* (2004), Gaceta Jurídica, Lima, p. 118.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El derecho individual del trabajo en el Perú. Un enfoque teórico – práctico* (2015), Gaceta Jurídica, Lima.

TOYAMA MIYAGUSUKU, Jorge. *El Derecho Individual del Trabajo en el Perú. Un enfoque teórico-práctico.*

LINKOGRAFÍA

GINES i FABRELLAS, Anna y Gálvez Duran, Sergi. "Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital". p. 6. En https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=2737857

RASO DELGUE, Juan. "El derecho al trabajo como rama del derecho y sus nuevas fronteras". En <http://www.revistatrabajo.uchile.cl/index.php/RDTSS/article/viewFile/42443/44517>

SIERRA BENITEZ, Esperanza. "Los conductores de vehículos privados de Uberpop: Una nueva situación de anomía laboral". Vid. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=5327106>.

TODOLI SIGNES, Adrián. "El impacto de la "Uber Economy" en las relaciones laborales: Los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo". En https://www.upf.edu/iuslabor/_pdf/2015-3/Todoli.pdf

- <http://theyumers.com/blog/que-es-consumo-colaborativo-sharing-economy/>
- https://es.wikipedia.org/wiki/Consumo_colaborativo
- <http://retos-directivos.eae.es/que-es-la-economia-colaborativa-y-cuales-son-sus-beneficios/>
- <http://www.monografias.com/docs111/estudio-mercado-uber/estudio-mercado-uber.shtml>.

- <https://s3.amazonaws.com/uber-regulatory-documents/country/mexico/UBER+BV+CONTRATO+DE+SERVICIOS+3+de+setiembre+de+2015.pdf> Versión 03 de setiembre de 2015.
- <http://www.apertura.com/negocios/Uber-vs.-aseguradoras-quien-se-hace-cargo-si-el-auto-choca-20160511-0007.html>
- http://teoriaymasteoria.wikia.com/wiki/Producci%C3%B3n_Flexible

JURISPRUDENCIA

- Exp. N° 0008-2005-PI/TC, del 12 de agosto de 2005.
- Exp. N° 03710-2005-PA/TC, del 31 de enero de 2006.
- Exp. N° 00008-2008-PI/TC, del 22 de abril de 2009.