

LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LA PARTICULARIDAD DE SU PAPEL EN EL MERCADO: SU ACTIVIDAD ECONÓMICA Y LAS IMPLICANCIAS LABORALES QUE SE GENERAN COMO CONSECUENCIA DE SU INCORRECTA IMPLEMENTACIÓN

DIGITAL PLATFORMS AND THE PARTICULARITY OF THEIR ROLE IN THE MARKET: THEIR ECONOMIC ACTIVITY AND THE LABOR IMPLICATIONS THAT ARE GENERATED AS A CONSEQUENCE OF THEIR INCORRECT IMPLEMENTATION

Cecilia Calderón Paredes*
Cornejo & Santiváñez Laboralistas

In the context of Bill 4243/2018-CR, the Law of Decent Employment that regulates workers on Digital Platforms, the existence of a new business reality dominated by the phenomenon of digital platforms is undeniable. This new dynamic challenges the classic parameters of labor law and puts into debate the existence or not of an employment relationship between the agents participating in it.

In this article, and from a commercial-labor perspective, the author outlines the existence of a new 'platform economy', identifies the actors involved in it and the dynamics that it incorporates in the market. In the same way, she examines the new signs of employment that could arise in this scenario, as they have been recognized by the Spanish Supreme Court in one of its last decisions regarding the matter: the Glovo case.

KEYWORDS: *Collaborative economy; platform economy; digital platforms; uberization; signs of employment; labor relationship distortion.*

En el contexto del Proyecto de Ley 4243/2018-CR, Ley del Empleo Digno que regula a los trabajadores de Plataformas Digitales, es innegable la existencia de una nueva realidad empresarial dominada por el fenómeno de las plataformas digitales. Esta nueva dinámica reta los parámetros clásicos del derecho laboral y coloca en debate la existencia o no de un vínculo de naturaleza laboral entre los agentes partícipes de ella.

En el presente artículo, y bajo una visión mercantil-laboral, la autora destaca la existencia de una novedosa economía de plataformas, identifica a los actores intervinientes en ella y la dinámica que esta incorpora en el mercado. De igual manera, examina los nuevos indicios de laboralidad que podrían surgir en este escenario, conforme han sido reconocidos por el Tribunal Supremo español en un último pronunciamiento referido al tema: el caso Glovo.

PALABRAS CLAVE: *Economía colaborativa; economía de plataformas; plataformas digitales; uberización; indicios de laboralidad; desnaturalización laboral.*

* Abogada. Máster en Derecho de las Transacciones Internacionales por el Centro de Estudios Garrigues y la Universidad Antonio de Nebrija, España. Candidata a Magíster en la Maestría de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social en la Pontificia Universidad Católica del Perú. Asociada senior de Cornejo & Santiváñez Laboralistas (Lima, Perú). Contacto: cecilia.calderonp@gmail.com

Nota del Editor: El presente artículo fue recibido por el Consejo Ejecutivo de THÉMIS-Revista de Derecho el 10 de enero de 2021, y aceptado por el mismo el 18 de marzo de 2021.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando en nuestro medio abordamos la problemática vinculada a las plataformas digitales, lo primero que salta a la vista es la facilidad con que el común de las personas —e, inclusive, los legisladores— simplifica o restringe el objeto social presente en estos negocios, equiparándolo con la actividad ofrecida a través de ellas. Sucede así, por ejemplo, en el proyecto de ley denominado Ley del Empleo Digno que regula a los trabajadores de Plataformas Digitales, el que denomina a los “trabajadores” de las plataformas digitales como “repartidores, conductores” (Proyecto de Ley 4243/2018-CR, 2019, art. 1). Realidad curiosa si recordamos que, en el mercado peruano, las más conocidas y difundidas plataformas digitales son empresas en las que se ofrecen servicios de transporte y reparto.

Desde nuestra experiencia, las empresas que tienen a las plataformas digitales como principal activo no se dedican a la prestación del servicio que se ofrece a través de ellas. Su objeto social es, en realidad, el desarrollo de la plataforma y, como tal, su actividad empresarial gira en torno al diseño, creación, puesta en marcha, soporte técnico, mejoramiento, publicidad y administración de esta.

La plataforma o *app* es un medio que permite la interconexión digital y facilita a sus usuarios perfeccionar transacciones entre ellos. A través de esta, usuarios proveedores (ajenos a la empresa que desarrolla el aplicativo) ofrecen al mercado distintos tipos de bienes y servicios y, en uso de la misma, otros usuarios, clientes, concretan negocios con ellos.

El presente artículo aborda, bajo una visión mercantil-laboral, el fenómeno de las plataformas digitales, distinguiendo los distintos servicios involucrados y el papel que adoptan sus actores. Bajo este contexto, y tras reconocer que los vínculos jurídicos que debieran ser ejecutados de forma independiente pueden verse afectados por una distorsión en la práctica, finalizamos nuestra aproximación examinando los indicios de laboralidad que podrían surgir en esta nueva economía,

conforme han sido reconocidos en una de las más recientes sentencias expedidas por el Tribunal Supremo español para el caso Glovo.

II. LAS PLATAFORMAS DIGITALES COMO ACTORAS EN EL MERCADO

A. Un nuevo concepto: la economía de plataformas

La evolución en la tecnología ha permitido la paulatina aparición de nuevas formas de organización empresarial, abriendo las puertas a modelos de negocio que permiten la comercialización de bienes y servicios a través de medios digitales.

La denominación utilizada para este fenómeno varía en función de cuál es la dinámica que se produce a partir de la oferta¹. No obstante, en términos generales y para efectos del presente artículo, nos referiremos de forma genérica a la ‘economía de plataformas’, que es aquella que aprovecha la utilización de una plataforma digital para el perfeccionamiento de una transacción (comúnmente, la venta de bienes o la contratación de un servicio).

En la economía de plataformas, distintos usuarios se registran en ella —ya sea como usuarios que proveen bienes o servicios o como usuarios que requieren de los mismos— con el fin de que, a través de esta, logren enlazar una oferta abierta a un requerimiento específico.

En consecuencia, el éxito en este tipo de negocios reside en la dimensión de la oferta que alberga la plataforma y, desde luego, en qué tan masivo es el uso de ella. Efectivamente, se trata de un círculo que se retroalimenta; así, mientras más oferta de bienes o servicios se encuentre en una plataforma, más probable es que una mayor cantidad de usuarios se registre en ella. Es la cantidad y variedad de ofertantes lo que aumenta considerablemente la posibilidad de satisfacer prontamente una necesidad. Y sucede lo mismo en sentido inverso; es decir, mientras más grande sea la preferencia de los consumidores por determinada plataforma, más atractiva resultará esta para quienes ofertan

¹ Conceptualmente, se habla de *gig economy*, **economía a demanda**, **economía colaborativa**, entre otros. Brevemente, podemos señalar que el término *gig economy* representa el **género**, pues alude a una forma de organización del mercado de trabajo que se caracteriza por la prevalencia de labores autónomas de corta duración; por su parte, la **economía a demanda** y la **economía colaborativa** son dos manifestaciones de esta, es decir, las **especies** del género *gig economy*. Para más información sobre el tema, véase la página web Gig Economy Data Hub, desarrollada en asociación por Cornell University y el Aspen Institute (<https://www.gigeconomydata.org/basics>).

Así, como lo sintetiza Valerio De Stefano en su artículo titulado *La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social*, mientras en la economía colaborativa las micro tareas se llevan a cabo a distancia y, por ello, las partes no se encuentran ni ejecutan actividades de forma “presencial” (toda la interacción se realiza de forma virtual), en la economía a demanda el internet sirve para “poner en común la oferta y la demanda de actividades [...] para que estas puedan ejecutarse **a nivel local**” (2016, p. 152) [el énfasis es nuestro], es decir, de forma presencial.

bienes o servicios, pues, al existir un mayor número de usuarios, más probable será que ellos –como ofertantes– concreten negocios al conseguir público consumidor.

En este contexto y conforme al modelo de negocio, el servicio que presta la empresa titular de la plataforma digital consiste en ser una intermediaria entre la oferta y la demanda que se encuentra libre en el mercado, permitiendo la conexión entre quien provee el bien o servicio y quien lo requiere (comúnmente conocido como ‘usuario final’). Nos encontramos, pues, frente a una empresa que opera como intermediaria entre necesidades, la cual gestiona la oferta y demanda de determinado servicio a través de una plataforma digital.

Ahora bien, es importante considerar que las empresas de la economía de plataformas tienen una infraestructura digital que les permite la posibilidad de facilitar la celebración de acuerdos referidos a los servicios que se ofrecen a través de ellas, ello pensando en el beneficio de los usuarios finales. En efecto, las plataformas o *apps*, al conectar distintos tipos de usuarios y funcionar como lugar de encuentro entre los agentes del mercado, se nutren de la información de estos, lo que resulta un elemento clave para facilitar la celebración de las transacciones.

Así, el servicio prestado por la plataforma consiste no solo en agrupar ofertas para ser expuestas, sino también en ser un canal que almacena y centraliza los datos que sirven para perfeccionar acuerdos con la inmediatez de un *click*, sin necesidad de que ninguna de las partes tenga que trasladarse físicamente, encontrarse en un mismo ambiente, reiterar información proporcionada previamente para su suscripción como usuario de la plataforma, o negociar condiciones económicas asociadas al servicio que se prestará.

Efectivamente, gracias a la infraestructura digital, quienes participan de una transacción pueden conocer la identidad de su contraparte, contactarlo telefónicamente, ubicarlo físicamente e, inclusive, no requerirán invertir tiempo en negociar los términos y condiciones de una operación –entre ellos, el precio de lo que se comercializa–, pues estos se encontrarán predeterminados en la plataforma. Las posibles ventajas son tales que, de requerirse, la tecnología asociada a las plataformas logra evitar el uso de dinero físico, debido a que permite el pago por canales digitales.

Como se observa, bajo el amplio paraguas de estas facilidades, las empresas de la economía de plataformas pueden continuar transformándose y ser no solo un ente que intermedia entre servicios

y necesidades, sino también uno que, hasta cierto punto, apoya a los usuarios estructurándolos. Sobre este particular, conviene destacar lo señalado por la Comisión Europea, la que reconoce que las empresas titulares de las plataformas pueden ejecutar actividades auxiliares al servicio que se ofrece a través de ellas (*e.g.* modalidades de pago, cobertura de seguro, servicio posventa) y que esto “no constituye por sí mismo una prueba de influencia y control por lo que respecta al servicio subyacente” (2016, p. 7).

Para cerrar este apartado, no quisiéramos dejar de mencionar el siguiente aspecto relevante: de la mano de los avances tecnológicos y la proliferación del uso del internet, el mercado de consumo de bienes y servicios ha evolucionado, respondiendo a un modelo de sociedad en la que el ahorro de tiempo y esfuerzo son vitales y representan bienes deseados.

Así, la inmediatez que permiten las plataformas digitales satisface la creciente necesidad de disfrutar de experiencias de consumo rápido, simple y eficiente, características que, por tanto, serán el eje y la meta de las empresas que participan en este modelo de negocio.

B. Antecedentes administrativos expedidos por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual que reconocen que las empresas de la economía de plataformas tienen como objeto social el servicio de intermediación entre personas

En el Perú, la casuística por la que se conoce a la economía de plataformas se encuentra vinculada a cuestionamientos sobre la supuesta prestación directa del servicio de transporte público de pasajeros por parte de las empresas que comercializan aplicaciones como los mundialmente conocidos Uber y Cabify (Resolución 074-2015/CD1-INDECOPI, 2015), o empresas más locales como Taxi Satelital (Resolución 100-2015/CD1-INDECOPI, 2015) o Solo para Ellas (Resolución 075-2015/CD1-INDECOPI, 2015).

Al respecto, es importante señalar que, a la fecha, los pronunciamientos referidos a la economía de plataformas han sido emitidos en vía administrativa por el Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual (en adelante, Indecopi), existiendo, además, algunos informes emitidos por el Ministerio de Transporte y Comunicaciones, entidad competente para la regulación del sector transporte (que es la actividad más cuestionada por vía legal en esta industria). Estos pronunciamientos

destacan que en el Perú existe un vacío legal respecto de la actividad de las empresas de la economía de plataformas, la que finalmente califican de “prestación de un servicio de intermediación” (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, numeral 108).

Ciertamente, desde aproximadamente el año 2015, la Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal Número 1 del Indecopi se ha pronunciado de forma reiterada y sostenida ante supuestos actos de competencia desleal y publicidad engañosa, señalando que las empresas que comercializan los aplicativos donde se ofertan servicios de transporte privado no ejecutan ese servicio, sino que ofrecen la “colocación” del transporte que es provisto por un tercero ajeno a ellas (Resolución 099-2015/CD1-INDECOPI, 2015; Resolución 100-2015/CD1-INDECOPI, 2015).

Así, por ejemplo, tras analizar la información contenida en el sitio web y redes sociales de la empresa Easy Taxi, el Indecopi concluyó que

[...] Del referido sitio web y redes sociales, podemos verificar información suficiente sobre la **naturaleza del servicio que brinda la imputada**, el cual, conforme se ha señalado anteriormente, **permite, mediante el uso de una aplicación móvil, la colocación de servicio de taxi al usuario que lo solicite, de manera rápida y automática y, no la prestación del servicio de transporte [...]** (Resolución 099-2015/CD1-INDECOPI, 2015, numeral 4.2.3) [el énfasis es nuestro].

De igual manera, señaló que la empresa conocida como Taxi Satelital se publicitaba de manera clara y expresa como una plataforma que permite una conexión “automática y rápida” entre usuarios, que son quienes –por una parte– requieren y –por la otra– prestan el servicio de transporte (Resolución 100-2015/CD1-INDECOPI, 2015, numeral 4.2.3).

Más recientemente, la Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Indecopi (en adelante, la SDC) se pronunció respecto de una denuncia interpuesta por la Asociación de Consumidores Indignados Perú contra Uber Perú S.A. y Uber B.V., en la que se alegaba un supuesto incumplimiento de las normas que prohíben la competencia desleal (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, sección Antecedentes). De acuerdo con la asociación, estas empresas estarían prestando el servicio de taxi (transporte público de pasajeros) sin haber obtenido las autorizaciones, licencias o títulos necesarios, así como en inobservancia de las normas laborales y fiscales, lo que les generaría una gran ventaja competitiva.

Sobre el particular, tras un detallado análisis, la SDC procedió a confirmar la resolución de primera instancia, en la que, entre otros, se reconocía que la empresa Uber B.V. se dedica exclusivamente a conectar usuarios taxistas con usuarios solicitantes del servicio de transporte, lo cual no constituye la prestación directa del servicio. Este pronunciamiento acogió la defensa de la denunciada, la que alegaba que su modelo de negocio consistía en facilitar el intercambio de bienes y servicios entre particulares a través del uso de tecnologías o medios digitales, enlazando la oferta y demanda de las personas.

Para tales efectos, la SDC desarrolló un apartado denominado economía de plataformas y, entre los numerales 66 y 78, conceptualizó el modelo de negocio al que nos venimos refiriendo, verificando y validando la forma cómo se estructura y describiéndolo, tal y como ha sido expuesto en el apartado precedente.

Así, la SDC denomina “plataforma de dos lados” a los aplicativos de la economía de plataformas, señalando que son un espacio virtual provisto por un agente económico –en estos casos, la empresa que las desarrolla–, que es el que facilita la interacción entre distintos grupos de personas, permitiéndoles no solo contactarse sino también realizar a través de ella sus transacciones (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, numeral 66).

Además, este pronunciamiento tiene la particularidad de que resalta las ventajas o beneficios económicos que genera la economía de plataformas para el mercado, los que sintetiza en dos:

- a) El ahorro en los costos de transacción, los que incluyen el costo de búsqueda, negociación del contrato y coordinación para su cumplimiento; y
- b) Las “externalidades de red indirectas”, que no es otra cosa que el incremento del valor de la plataforma producido como consecuencia del incremento en el número de usuarios contraparte (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020).

Este último ítem, aludido en el apartado precedente, significa que los usuarios valorarán más una plataforma mientras más usuarios contraparte puedan encontrar en ella: es la retroalimentación de oferta y demanda.

Es importante señalar que, para efectos de definir la economía de plataformas y delimitar el servicio que prestan las empresas en ella, la SDC se nutre también de lo señalado por la Comisión Europea

en el documento denominado Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, numeral 72). Este reconoce que en la economía de plataformas intervienen tres tipos de actores, quienes son:

- a) El administrador o intermediador, es decir, la empresa que desarrolla la plataforma;
- b) Los proveedores de productos o prestadores de servicios, quienes hacen uso de la plataforma para ofertarlos; y
- c) Los usuarios finales de los productos o servicios, quienes demandan los mismos y buscan satisfacer su necesidad encontrando ofertas a través de la plataforma (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, numeral 72).

Es sobre la base de estos antecedentes teóricos y de un análisis detallado tanto de los términos y condiciones del aplicativo Uber, como de la información disponible en la página web y en el contrato privado suscrito entre Uber Perú S.A. y Uber B.V.², que la SDC concluye que el aplicativo Uber “[...] es una plataforma digital de transporte de dos lados que permite conectar a socios conductores (taxistas) con usuarios solicitantes (pasajeros)” (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, numeral 102), ofreciendo dos productos diferentes a dos demandas distintas.

La SDC es enfática en señalar, pues, que los usuarios de la plataforma son de dos tipos: unos que ofertan y otros que demandan un servicio. Reconoce expresamente en el mismo apartado que:

[...] De un lado, se ubican los conductores [quienes] demandan que potenciales pasajeros se pongan en contacto con ellos —a través del aplicativo— a fin de poder realizar un servicio de transporte [...] del otro lado, se ubican los **usuarios**, quienes, por medio del aplicativo, demandan **contactar** con los **socios conductores**, a fin de que estos les brinden un servicio de transporte a cambio de una **contraprestación** [...] (Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, 2020, numeral 102) [el énfasis es nuestro].

Ahora bien, aunque para efectos del análisis que nos congrega nos encontramos ante pronunciamientos administrativos que no tienen como fin

determinar si existe o no naturaleza laboral en la forma cómo se provee el servicio, queremos destacar el reconocimiento que hacen respecto de la nueva realidad empresarial sobre la que venimos refiriéndonos.

Esta no genera por sí misma una vulneración a las bases del derecho laboral ni precariedad laboral en los vínculos jurídicos de los que se nutre. Se trata, desde nuestro entendimiento, de un modelo de negocio relativamente novedoso, cuyo desarrollo es aún muy incipiente en el mercado peruano y que, como sucede en muchos otros casos, con ocasión de su puesta en marcha, puede haberse visto afectado por distorsiones.

C. La expansión de los negocios que se concretan gracias a la economía de plataformas como evidencia del *core business* de las empresas que actúan en el marco de esta

Conforme anticipamos en la introducción del presente artículo, la economía de plataformas es un modelo de negocio que aprovecha la implementación de una infraestructura digital que permite la conexión de distintos tipos de necesidades. En nuestro país, de momento, las empresas que participan en ella se concentran en permitir la prestación de servicios vinculados al transporte privado de personas y al transporte o reparto de bienes, lo que ha generado que muchos equiparen su objeto social a la ejecución de dichos servicios.

No obstante, es importante considerar que existen algunas empresas de la economía de plataformas que ya ‘piensan fuera de la caja’ y actúan en el mercado bajo un concepto más comprehensivo. Se trata, principalmente, de empresas como Glovo y Rappi que, en la práctica, vienen demostrando al mercado cuál es la real naturaleza de esta novedosa forma de organización y de hacer negocios. Aunque se les suele identificar con la interconexión para el reparto de bienes (*delivery*), ambas vienen empleando sus plataformas para que, a través de ellas, bancos pertenecientes a dos de los grupos económicos más importantes del país ofrezcan productos propios del sistema financiero.

Efectivamente, tal y como fue anunciado a fines del 2020, el Banco de Crédito del Perú (en adelante, BCP) y el banco Interbank han celebrado alianzas con Glovo y Rappi para que, en aprovechamiento de sus plataformas digitales, se facilite servicios

² Contrato suscrito para que la primera brinde servicios de soporte y publicidad a la segunda, la que es en realidad la titular del aplicativo y quien, de acuerdo con esta realidad empresarial particular, presta el servicio de intermediación entre usuarios.

financieros a los usuarios de estos aplicativos (Gestión, 2020; Perú21, 2020).

De acuerdo con las notas de prensa, el BCP ha desarrollado un plan piloto que tiene como objetivo concretar préstamos económicos a restaurantes y empresas afiliadas a Glovo. Lo que lleva a cabo es una evaluación de la situación crediticia de aquellas a partir de información económica referida a los ingresos y/o facturación generada por las ventas concretadas a través del *app*. Esto lo realiza fácilmente aprovechando que esta información se encuentra almacenada por la compañía como consecuencia del uso de su plataforma.

Se trata, pues, de una forma novedosa de ejecutar la evaluación crediticia en un sistema financiero acostumbrado a operar por canales clásicos (agencia) y se logra a partir de una sinergia entre empresas. Por un lado, la plataforma digital que tiene como principal activo el manejo de información clave de empresas usuarias que ofrecen sus servicios a través de ella; y, por otro lado, la entidad financiera que ahorra en costos de transacción, agilizando la forma cómo accede a información relevante sin invertir recursos humanos, tiempo y esfuerzo en que los potenciales clientes se acerquen a una sede propia o utilicen diferentes medios virtuales para entregarle documentación que respalde su solicitud de crédito.

La alianza de Rappi con Interbank es muy similar, con la precisión de que su objetivo sería mucho más ambicioso, pues pretendería ‘bancarizar’ el mercado peruano en diferentes niveles y productos, permitiendo que a través de la plataforma digital se pueda, además de otorgar créditos, crear cuentas de ahorro.

Esta nueva forma de hacer negocios representa la materialización de la vocación de las empresas que desarrollan plataformas digitales: el aprovechamiento de una infraestructura digital ‘neutra’ para conectar necesidades en diferentes sectores económicos. En particular, nos parece interesante el uso que se ha dado de las plataformas o *apps* para beneficiar mercados tan tradicionales como la banca, que ninguna relación tiene con el servicio de reparto o *delivery* con el que se ha pretendido identificar a las empresas de la economía de plataformas que operan en nuestro país.

Estas nuevas alianzas, a nuestro parecer, demuestran que la actividad económica de las empresas de la economía de plataformas **no** consiste en la prestación del servicio que se ofrece a través de ellas (en este caso, se trata de un servicio de naturaleza financiera, actividad estrictamente regulada en nuestro país y que, por tanto, de ninguna manera podría ser ejecutada por Rappi o Glovo en tanto no se trata de empresas autorizadas), sino que es, en realidad, la prestación de un servicio de sola interconexión. En los ejemplos expuestos, por un lado, existen personas naturales o jurídicas con la necesidad de integrarse al sistema financiero o de obtener un crédito y, por otro lado, se encuentran los bancos, cuyo objetivo es cubrir la mayor cantidad del mercado con sus productos y que aprovechan la data derivada del uso de las plataformas digitales para acercarse a un público objetivo al que, quizás, no hubieran podido contactar tan fácilmente sin el uso de los aplicativos Glovo y Rappi.

Finalmente, es sumamente relevante considerar el contexto social en el que la diversificación del uso de las plataformas digitales está sucediendo: la propagación de la pandemia del COVID-19, la que durante el año 2020 y previsiblemente, durante el 2021, generará que el Gobierno peruano mantenga un conjunto de medidas destinadas a garantizar el distanciamiento social entre las personas. Así, pues, se limitaron las libertades de tránsito, de reunión e, inclusive, de empresa, prohibiéndose la circulación de personas, estableciéndose distintos horarios de inmovilización en domicilio y limitándose no solo los aforos, sino también las actividades económicas autorizadas a operar presencialmente.

Esta situación, sin lugar a duda, contribuye a la valorización de las empresas de la economía de plataformas pues, dado su principal activo, podrían servir para conectar distintos tipos de necesidades no vinculadas al transporte de personal o de bienes³ en un contexto en el que diversos sectores económicos requieren urgentemente de interconexión digital.

Recordemos que, como bien lo ha resaltado la Comisión Europea, la economía de plataformas crea nuevas oportunidades y “[...] puede, por lo tanto, contribuir de manera importante al empleo y el

³ En este ámbito, la propia Rappi se encuentra ya un paso adelante, pues desde hace algún tiempo permite que a través de su plataforma se a) concreten pedidos en distintos establecimientos comerciales, bajo la modalidad ‘Recojo’, lo que significa que el usuario canaliza su necesidad a través de Rappi pero no hace uso del servicio de interconexión para reparto; o b) se realicen donaciones –en este caso, a Aldeas Infantiles Perú–, servicio que, evidentemente, únicamente sirve para fines filántropos mas no para que el usuario obtenga un bien o servicio de aprovechamiento propio.

crecimiento [...] si se fomenta y desarrolla de manera responsable” (2016, p. 1).

III. LA DESNATURALIZACIÓN DE LOS VÍNCULOS INDEPENDIENTES PROPIOS DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

A. Dos realidades distintas: la empresa de la economía de plataformas como agente intermediador y como empleador y la posibilidad de una distorsión

Habíamos señalado que, de acuerdo con el modelo de negocio de la economía de plataformas, las empresas que se desenvuelven en este mercado tienen como finalidad la creación de una plataforma digital o *app* que conecta la oferta y la demanda relacionadas a determinado bien o servicio, los que pueden ser diversos.

Bajo este entendido, estas empresas actuarán en dos dimensiones: una, como empleador frente a sus trabajadores —es decir, a quienes contratan para el desarrollo y gestión de la plataforma digital—; y otra, como actor en el mercado, ofreciendo el servicio de interconexión a los distintos tipos de usuario interesados en su producto, con los que celebrarán acuerdos de naturaleza mercantil.

Los contratos de trabajo que celebren se dirigirán, entonces, a posiciones clave del negocio o, inclusive, a puestos de orden administrativo, que cubren necesidades del día a día de toda empresa. Así, se podrán suscribir contratos laborales con, por ejemplo, los ingenieros de *software* que diseñan el algoritmo y el interfaz de la plataforma y solucionan cualquier defecto o falla que pudiera ocurrirle; o con personal de las áreas de administración, contabilidad, recursos humanos, entre otros. No obstante, para relacionarse con los usuarios que prestan servicios ofertándolos en la plataforma, la naturaleza de los contratos será diferente, totalmente ajena a la laboral. ¿Por qué? Porque estas personas ejecutan —en principio— servicios por cuenta propia y utilizan el aplicativo únicamente como un medio para ofrecerlos.

Lo relevante en este apartado es tener presente que las empresas de la economía de plataformas no son empresas que deban calificarse, automáticamente, como informales para la óptica laboral, pues detrás de ellas existe personal que, bajo contratos de trabajo, presta servicios a su favor en actividades propias de su giro de negocio.

Ahora bien, los principales problemas que se presentan cuando analizamos a las empresas de la economía de plataformas son, por un lado, la ya

mencionada identificación del objeto social de la compañía con el servicio que los terceros ofertan a través de ellas; y, por otro lado, la tendencia a trasladar la distorsión propia de determinadas experiencias a la totalidad de los posibles participantes en este modelo de organización. Sobre este último aspecto es que nos queremos referir a continuación.

Efectivamente, tal y como sucedió en los inicios de la regulación de tercerización laboral —e inclusive, previamente, con la intermediación de servicios—, el mercado suele recibir con sospecha a las empresas que se desenvuelven de forma distinta al modelo imperante.

Hoy en día estamos acostumbrados a que quien presta un servicio lo ofrezca directamente; pese a ello, la economía de plataformas trabaja de manera distinta: quien presenta la oferta a los posibles consumidores no es, en realidad, quien ejecutará el servicio y, por ello, esta nueva forma de operar genera suspicacias.

Sumado a ello, se trata de una estructura de negocio que, en la práctica, puede conllevar a una desnaturalización de los vínculos independientes que la alimentan, ello como consecuencia de una inadecuada ejecución de las atribuciones de las partes: es una realidad que algunas de las empresas —pese a alegar que no proporcionan el servicio requerido por los consumidores— se reservan algunas facultades que resultan muy intrusivas y exceden de los simples ‘arreglos’ de aspectos accesorios en beneficio del usuario final (lo que la Comisión Europea ha llamado ‘servicios auxiliares’, como se ha mencionado antes), lo que genera una gran distorsión en el modelo.

En este contexto, ya sea porque no se conoce la dinámica de su funcionamiento o porque, lamentablemente, se ha tenido una mala experiencia con alguna empresa específica, se tiende a atribuir una carga negativa al modelo de negocio desarrollado en la economía de plataformas.

Desde nuestra experiencia, es importante recordar que la existencia o no de un vínculo de naturaleza laboral dependerá de las circunstancias y características que lo rodean. Por ello, al ser la economía de plataformas una estructura de negocios válida y diferente a la común no debiera generalizarse señalándose que alguna distorsión identificada en la casuística descalifica todo el sistema, máxime si es sabido que no todas las empresas de la economía de plataformas celebran acuerdos con los proveedores bajo las mismas reglas y condiciones.

B. De la posibilidad de encontrarnos frente a relaciones regidas por el derecho del trabajo entre las empresas de la economía de plataformas y los usuarios proveedores: la desnaturalización de sus relaciones y la subordinación como elemento diferenciador de un vínculo de naturaleza laboral

Habíamos señalado que las empresas de la economía de plataformas son entidades que se dedican a desarrollar *apps* o plataformas digitales que sirven de intermediarias para la concreción de transacciones entre usuarios proveedores y usuarios finales. En este contexto, las empresas no solo implementan las plataformas, sino que también las administran, lo que identificamos como su papel **gestor**.

Como se ha expresado previamente, como parte de su gestión, las empresas establecen ciertas condiciones uniformes que ayudan a configurar las transacciones que los usuarios concretan a través de la plataforma, lo que denominaremos papel **estructurador**.

Esta distinción es relevante porque, según vemos, es en este último ámbito que podría analizarse la posibilidad de que se presente una distorsión que convierta en laboral un vínculo que nació con vocación de ser autónomo o independiente. ¿Por qué podría suceder ello? Porque la empresa titular de la plataforma determina ciertas condiciones del servicio a ejecutarse y, muchas veces, se reserva ciertas facultades o derechos, lo que podría llegar a evidenciar la existencia de subordinación entre ella y el proveedor.

Así, conforme a lo indicado en el apartado previo, a nivel de doctrina y jurisprudencia comparada se ha podido identificar que no solo por las facultades y derechos que la empresa titular de una plataforma se reserva, sino también por la forma cómo se comporta en relación con el proveedor, algunas jurisdicciones se han pronunciado ya reconociendo la desnaturalización que se produce en los vínculos que suscriben los usuarios proveedores y aquellas. La desnaturalización, desde luego, implicará que estos vínculos, supuestamente independientes, deban reconocerse como trabajo por cuenta ajena.

A partir de un análisis jurisprudencial⁴, verificamos que el examen de las diferentes Cortes ha generado como resultado algunos elementos en

común, que no son más que un conjunto de indicios que ayudarían a determinar cuándo el vínculo jurídico entre un prestador de servicios y una empresa de la economía de plataformas se encuentra desnaturalizado.

Desde nuestra perspectiva, todos ellos parten de un mismo núcleo, es decir, son manifestaciones de la **subordinación** como elemento diferenciador del contrato de trabajo.

Al respecto, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 del Decreto Supremo 003-97-TR, Texto Único Ordenado de la Ley de Productividad y Competitividad Laboral, en toda relación laboral se pueden identificar tres elementos esenciales, a saber: a) la prestación personal de servicios; b) la remuneración; y, c) la subordinación (1997). Por el contrario, las relaciones independientes o autónomas son aquellas en las que quienes prestan el servicio trabajan sin encontrarse bajo poder de dirección alguno (Arce Ortiz, 2008, p. 84).

Vemos, pues, cómo el elemento diferenciador entre un contrato de trabajo y un contrato de prestación de servicios independientes (contrato de locación de servicios) es la **subordinación**. En palabras del maestro Neves Mujica, aquella representa

[...] un vínculo jurídico entre el deudor y el acreedor de trabajo, en virtud del cual el primero le ofrece su actividad al segundo y le confiere el poder de conducirla. Sujeción de un lado y dirección del otro, son los dos aspectos centrales del concepto [...]. (2012, p. 36).

Sobre este particular, la doctrina ha señalado que el concepto de subordinación se construye a partir del elemento de **dependencia**. De acuerdo con lo señalado por el profesor Alfredo Montoya Melgar, ello significa identificarla con el “[...] sometimiento a las órdenes e instrucciones del empresario” (1999, p. 60).

En este mismo sentido, para el Tribunal Constitucional peruano, la diferencia entre una relación de naturaleza laboral y una civil consiste en que en esta última no se presenta el elemento de dependencia o sujeción *i.e.* no existe subordinación. Así, ha señalado que

[...] el contrato de locación de servicios ha sido definido en el artículo 1764º del Código Civil como aquél acuerdo de voluntades por el cual

⁴ Para mayor referencia, véase Calderón Paredes (2019), en el que hemos desarrollado un breve resumen, acompañado de algunos comentarios, respecto de jurisprudencia emitida previamente en relación a las empresas Uber, Glovo y Deliveroo por tribunales españoles y anglosajones, así como por el propio Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Corte de Luxemburgo).

‘el locador se obliga, sin estar subordinado al comitente, a prestarle sus servicios por cierto tiempo o para un trabajo determinado, a cambio de una retribución’ [por lo que] es evidente que, de la definición dada por el Código Civil, se desprende que lo que caracteriza a este contrato es la **independencia del locador frente al comitente en la prestación de sus servicios, siendo este el elemento diferenciador entre ambos contratos** (Expediente 9197-2006-AA-TC, 2007, fundamento 5) [el énfasis es nuestro].

Luego, al ser la subordinación el elemento central que define la existencia de un vínculo laboral, conviene preguntarnos por sus particularidades. Para ello, es preciso recordar que, de acuerdo con las definiciones brindadas, la subordinación implica sujeción, sometimiento, obediencia y, por ello, se encuentra estrechamente vinculada a la existencia de facultades de dirección, fiscalización y sanción por parte del empleador, las que le permiten organizar activamente la prestación del servicio y corregirla en caso la misma se apartase de las instrucciones impartidas.

Así, en palabras de los profesores Palomeque y Álvarez:

El contrato de trabajo está inmerso en un ámbito donde una de las partes, el empresario, **tiene la facultad de organizar el sistema de producción de bienes y servicios** que libremente ha decidido instalar; esta **capacidad organizativa se concreta en la ordenación de las singulares prestaciones laborales**.

La **potestad para organizar y ordenar el trabajo**, inicialmente y durante toda la ejecución del contrato, **recibe el nombre de poder de dirección** (dirección y control de la actividad laboral) (2008, p. 530) [el énfasis es nuestro].

Conforme a lo señalado, el elemento de subordinación que diferencia a un contrato de trabajo o una relación laboral de otras de naturaleza civil abarcará todas aquellas actitudes y facultades que permiten que quien contrata el servicio pueda organizarlo y dirigirlo, manifestándose tradicionalmente, entre otros, en la posibilidad de determinar el lugar y horario de prestación del servicio, el método a seguir, el control y corrección del trabajo realizado.

Ahora bien, es relevante tener presente que, como lo señala el maestro Neves Mujica, la subordinación conlleva un poder jurídico cuyo ejercicio no es obligatorio para quien lo ostenta, por lo que el empleador “[...] puede decidir si lo ejerce o no y en qué grado, según las necesidades de la empresa y la diversidad de trabajadores [...]” (2012, p. 38). En igual sentido, el profesor Sanguinetti Raymond

ha indicado que “[...] la forma de operar [un vínculo de jerarquía y subordinación] puede asumir en la práctica una gran variedad de matices y grados, debido a la presencia de una serie de factores externos que inciden sobre ella, contribuyendo a modularla” (1997, p. 50).

Al respecto, es necesario tener presente que, conforme a este último autor, al ser el empleador el titular del poder de dirección, este “[...] puede optar por hacer uso de él en mayor o menor intensidad, en función de lo que considere más adecuado para la satisfacción de su interés” (Sanguinetti Raymond, 1997, p. 50), lo que además de ser una manifestación de sus facultades, regulará en mayor o menor medida la posibilidad de que la subordinación se manifieste.

Esta característica, sin embargo, de ninguna manera limitará la configuración de un vínculo de naturaleza laboral pues, en realidad, el elemento de subordinación debe ser analizado **desde el solo hecho de ser latente**: si la subordinación y el poder de dirección del empleador **pueden** presentarse en una relación, así sea de forma **potencial**, configurarán un vínculo de trabajo.

Esto es sumamente relevante, pues en muchos casos, con el fin de descartar la existencia de un vínculo de naturaleza laboral, se alega que, en la práctica, las facultades aludidas no se ejercen y que, por ello, en supuesta aplicación del principio de primacía de la realidad, debiera descartarse un vínculo de naturaleza laboral.

No obstante, en atención a lo indicado, lo relevante será siempre analizar todas y cada una de las facultades que las empresas se reservan respecto de determinada prestación de servicios, pues aunque las mismas no se ejecuten, el simple hecho de existir como una potestad representa un derecho que no se pierde por su ‘no uso’ y puede servir para demostrar la naturaleza del vínculo suscrito entre las partes.

IV. LOS INDICIOS DE LABORALIDAD EN EL CONTEXTO DE LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: DE LOS CLÁSICOS A LOS MÁS NOVEDOSOS

A. Los indicios de laboralidad como manifestación del principio de primacía de la realidad y su necesaria adaptación a la nueva realidad empresarial

Los rasgos o indicios de laboralidad son hechos o situaciones fácticas que evidencian la ausencia de autonomía en la prestación de un servicio. En este sentido, la aplicación de indicios de laboralidad

pretende la vigencia de la presunción de laboralidad establecida en el artículo 4⁵ del Decreto Supremo 003-97-TR (1997) antes mencionado, pues materializan la presencia de alguno de los tres elementos esenciales de la relación de trabajo, principalmente de la subordinación que, como venimos señalando, es el elemento diferenciador de la misma.

Bajo este entendido se ha pronunciado el Tribunal Supremo español, el que afirma que la valoración de indicios de laboralidad está estrechamente vinculada con la verificación de la existencia de autonomía, señalando que “[...] la calificación de la relación como laboral ha de hacerse en cada caso en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio [...]” (S.T.S. 637/2015, 2015, p. 4).

Al respecto, conviene tener en consideración que los indicios de laboralidad deben ser siempre analizados de forma conjunta, pues es la concurrencia acumulada de ellos lo que permite al juzgador generar convicción sobre la naturaleza laboral de un servicio. Luego, la identificación de uno o algunos pocos no significará que, de manera automática, deba procederse al reconocimiento de una relación de trabajo, sino que, cuando corresponda, el juzgador sopesará los hechos acreditados en el caso y, observándolos en su conjunto, decidirá el valor probatorio que les otorga.

Es importante señalar, además, que, según Villavicencio Ríos y Vieira, los indicios de laboralidad son los elementos que apoyan a la concreción y aplicación del principio de primacía de la realidad, pues buscan que prevalezca la real prestación subordinada de servicios, incluso cuando las partes han celebrado un contrato de otra naturaleza (1999, p. 10). Recordemos que, de conformidad con lo establecido por el Tribunal Constitucional peruano, el principio de primacía de la realidad es aquel que obliga a que, “[...] en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que fluye de los documentos, deb[a] darse preferencia a lo primero; es decir, a lo que sucede en el terreno de los hechos [...]” (Expediente 1944-2002-AA/TC, 2003, fundamento 3).

A nivel nacional, los rasgos o indicios de laboralidad se han desarrollado casuísticamente y, ciertamente, suelen presentarse únicamente como enunciados, sin que los jueces o tribunales se detengan a desarrollarlos a profundidad. Así, por

ejemplo, el Tribunal Constitucional ha establecido las siguientes condiciones como indicios de la existencia de una relación de trabajo encubierta: a) control sobre la prestación o la forma en que esta se ejecuta; b) integración del demandante en la estructura organizacional de la emplezada; c) prestación ejecutada dentro de un horario determinado; d) prestación de cierta duración y continuidad; e) suministro de herramientas y materiales a la demandante para la prestación del servicio; f) pago de remuneración a la demandante; y g) reconocimiento de derechos laborales, tales como las vacaciones anuales, las gratificaciones y los descuentos para los sistemas de pensiones de salud (Expediente 03917-2012-PA/TC, 2015, fundamento 24).

Por su parte, a nivel internacional, en una de las últimas y más importantes sentencias recaídas sobre la materia, el Tribunal Supremo español ha resuelto un recurso de suplicación interpuesto con la finalidad de dar unificación de doctrina. En él, se pronuncia para determinar si existe o no relación laboral dependiente entre un demandante y la empresa Glovoapp23 S.L., señalando que, en principio, “[...] la dependencia no implica una subordinación absoluta, sino sólo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa [...]” (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 10).

Conforme a ello, este Tribunal recopila un conjunto de indicios a los que clásicamente ha recurrido para determinar la existencia de una relación laboral, todos los cuales han sido desarrollados en diferentes pronunciamientos propios expedidos en distintas causas, los que hemos agrupado en dos tipos de inicios y pasamos a mencionar brevemente:

- a) **Indicios de dependencia:** a) la asistencia al centro de trabajo o al lugar de trabajo designado por el empresario y el sometimiento a horario; b) el desempeño personal del trabajo; c) la inserción de la persona en la organización de trabajo del empresario, que se encarga de programar su actividad; y d) la ausencia de organización empresarial propia de la persona (S.T.S. 2924/2020, 2020, pp. 10-11).
- b) **Indicios de ajenidad:** a) la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del prestador, de los productos elaborados o de los servicios realizados; b) la adopción por parte del empresario y no del prestador de las decisiones concernientes a las relaciones

⁵ Artículo 4 del Decreto Supremo N 003-97-TR: “En toda prestación personal de servicios remunerados y subordinados, se presume la existencia de un contrato de trabajo a plazo indeterminado [...]” (1997) [el énfasis es nuestro].

de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender; c) el carácter fijo o periódico de la retribución del trabajo; y d) el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 11).

Desde nuestra perspectiva, es importante tomar en consideración que cada uno de estos enunciados ha sido extraído de contextos específicos y que, por ello, podrán servir de guía para analizar un caso sometido a examen, más no para ser aplicados como una suerte de *checklist* sin mayor estudio del caso.

Figura entre estos indicios, por ejemplo, el de una supuesta ausencia de organización empresarial propia de la persona que provee el servicio, algo que es relativo si se piensa que no todas las actividades que se ejecutan ofreciéndose a través de una plataforma permiten el establecimiento de una estructura compleja por detrás.

De igual forma, se menciona el hecho de que sea la empresa titular de la plataforma quien adopta decisiones concernientes a las relaciones de mercado del servicio que ejecuta el tercero, tales como la fijación de precios o tarifas o la determinación de la clientela a atender.

En estos casos, aunque sujeto a un análisis del caso en concreto, creemos que existe una posibilidad válida de que estos aspectos sean determinados por el algoritmo de la plataforma como parte del servicio auxiliar que esta proporciona a los prestadores de servicios, pues, recordemos, entre las bondades de este modelo de negocio está que la información centralizada en la plataforma digital ayude a que esta evite costos de transacción.

Lo relevante en estos casos estará, según entendemos, en verificar si los parámetros de eficiencia utilizados por la plataforma responden a elementos objetivos (brindar un valor a la escasez de la oferta de un servicio en determinado momento o considerar la distancia y el tráfico, por ejemplo) o si, por el contrario, manifiestan alguna forma de subordinación a la empresa por parte del prestador de servicios. En este punto, es importante tener en consideración que, para ello, no bastará con la experiencia de uno o un conjunto de usuarios, sino que será necesario que el juzgador logre conocer la lógica que sigue el algoritmo de la pla-

taforma digital para sus asignaciones, algo que se podría determinar, por ejemplo, aplicando una pericia de carácter informática.

B. Los indicios de laboralidad derivados de la verificación de una nueva realidad

Habíamos señalado que el Tribunal Supremo español reconoce que los indicios de laboralidad resultan aplicables en aquellos casos en los que se desea determinar si existe una relación laboral encubierta y que, para ello, ha desarrollado un conjunto de indicios que buscan probar que, en la práctica, los elementos del contrato de trabajo son identificables en determinada situación.

En este contexto, el mismo Tribunal Supremo español ha sostenido que existe la necesidad de adaptar el concepto de dependencia o subordinación, principal elemento diferenciador de un contrato laboral, atendiendo a que el desarrollo de la tecnología ha impactado en la forma cómo se configuran hoy en día las relaciones. Así, afirma que

[...] en la sociedad postindustrial la nota de dependencia se ha flexibilizado. Las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de servicios. **La existencia de una nueva realidad productiva obliga a adaptar las notas de dependencia y ajena a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas [...]** (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 10) [el énfasis es nuestro].

Esta situación ha recibido igual reconocimiento por parte de la doctrina, tal y como lo evidencian los planteamientos de los profesores Óscar Ermida Uriarte y Óscar Hernández Álvarez. Ambos juristas afirmaron hace casi dos décadas que el elemento de subordinación, que es la “piedra fundamental del sistema Laboral, pues determina su aplicación”, venía siendo discutido –entre otros– por presuntas necesidades tecnológicas y que “[...] el cuestionamiento de este instituto específico [...] adquiere una significación mucho mayor que la de otros aspectos del Derecho del Trabajo” (Ermida Uriarte & Hernández Álvarez, 2002, p. 285), generando una imperante necesidad de adaptación de cara a las nuevas formas organizativas.

En el año 2020, el Tribunal Supremo español aprovechó uno de sus más recientes pronunciamientos sobre el tema para desarrollar brevemente los que podríamos considerar **nuevos indicios de laboralidad**, los que se encuentran adaptados a la prestación del servicio de transporte de mercancías ofrecido a través de una determinada plataforma digital (Glovo).

Estos nuevos indicios, insistimos, han sido determinados en función a un conjunto de características vinculadas a un caso concreto y, por ello, si bien podrán servir como elementos de análisis de otras realidades empresariales, sugerimos sean abordados con prudencia.

1. El medio de producción relevante en este tipo de economía

De conformidad con lo señalado por el Tribunal Supremo español,

[...] Había ajenidad en los medios, evidenciada por **la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales del demandante**: un teléfono móvil y una motocicleta. **Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital** de Glovo, en la que deben darse alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio [...] (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 18) [el énfasis es nuestro].

Al respecto, nos parece relevante destacar que el análisis del Tribunal parece confundir cuál es el servicio prestado por cada actor de este tipo de economía.

Recordemos, pues, que tal y como lo ha reconocido la propia Comisión Europea, el modelo de economía de plataformas lleva inherente la prestación de dos servicios plenamente diferenciados: a) el que ofrece la empresa titular de la plataforma digital, que es la interconexión de usuarios; y b) el que presta el usuario que ofrece sus servicios a través de la plataforma (2016).

En este contexto, es cierto que en este tipo de economía los medios esenciales para la actividad principal no serán los que provee el prestador de servicios, pues, en este nivel de análisis, el servicio que se está examinando es el de interconexión que ofrece la plataforma digital a sus usuarios (proveedores y público en general).

A partir de ello y para esa relación jurídica, los medios que fuesen a emplear los proveedores—en cualquiera fuesen los servicios que se ofrecieran a través de la plataforma— serán siempre accesorios.

2. La prestación de un servicio bajo la denominada ‘marca ajena’

Tras señalar lo indicado en el numeral precedente, el Tribunal Supremo español concluye, de manera inmediata y sin mayor desarrollo ni sustento,

que, en ese caso, los proveedores de servicio “[...] realizaba[n] su actividad bajo una marca ajena” (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 18).

El concepto de la ‘ajenidad en la marca’ propone que los prestadores de servicios en la economía de plataformas actúan en el mercado amparados por una marca (la de la plataforma) y que “[...] con su prestación de servicios [...] no ponen en juego, ni para bien ni para mal, otra cosa que la marca [de la empresa] [...] siéndoles por tanto totalmente ajeno el impacto de su actividad ya que el mismo repercute en [aquella] [...]” (S. Juz. Soc. 193/2019, 2019).

Desde nuestra perspectiva, esta afirmación no genera, de forma determinante, la existencia de un indicio de laboralidad. En efecto, muchas de las plataformas digitales materia de análisis tienen como usuarios prestadores del servicio a individuos anónimos. Esto se debe, básicamente, al tipo de labor fungible que ejecutan, la que no les permite desarrollar una ‘marca personal/individual’.

Pese a ello, es también cierto que el propio tipo de negocio, es decir, el uso de una plataforma digital como medio de interconexión de necesidades, puede generar servicios más individuales, en los que los usuarios se inclinen o prefieran a determinado prestador, seleccionándolo o requiriéndolo específicamente al momento de hacer uso del aplicativo.

En estos casos, el servicio materia de comercio seguirá siendo prestado de forma autónoma por el prestador de servicios y la plataforma digital seguirá sirviendo de medio o catálogo para que estos oferten al mercado, pero la dinámica variará, pues los usuarios podrían requerir prestadores específicos, atendiendo al servicio que brindan.

Esta situación podría producirse, por ejemplo, en plataformas donde se ofrecen servicios de nanas o de limpieza de hogar, donde la cercanía del prestador al ambiente personal y familiar del usuario que solicita el servicio podría generar una suerte de ‘marca personal/individual’; esto, sobre la base de la experiencia, se crea una preferencia por un prestador específico, solicitándolo con regularidad.

La posibilidad de desarrollar una ‘marca’ no depende de que la misma se registre o esté vinculada a un logo, colores o frase comercial, sino que se centra en la posibilidad de distinguir y/o diferenciar a quien ejecuta el servicio, el que por su propia naturaleza y sin perjuicio de la plataforma donde se ofrezca, sigue siendo independiente, con la particularidad de poder ser más o menos ‘fungible’ para el usuario que lo requiere.

3. El establecimiento de un método de fiscalización y sanción a través del sistema de puntuación que asignan los usuarios

De conformidad con lo señalado por el Tribunal Supremo español,

[...] Glovo tiene establecido un sistema de puntuación de los repartidores clasificándolos en tres categorías: principiante, junior y senior [...] La puntuación del repartidor se nutre de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes, y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la Empresa «horas diamante».

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

Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando. No existía pacto de exclusividad [...] (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 15).

Al respecto, consideramos pertinente señalar que, a diferencia de los anteriores **nuevos indicios**, en este caso encontramos no solo más información (que es la que sustenta y permite comprender la decisión adoptada), sino, además, elementos de interferencia en la prestación del servicio por parte de la empresa titular de la plataforma que son mucho más evidentes.

Por ello, consideramos que, para el caso descrito en la sentencia, sí existían elementos que permitían señalar que nos encontrábamos ante una relación laboral encubierta, en la que la empresa titular de la plataforma ejecutaba facultades que son manifestación del poder de dirección que corresponde a un empleador.

Ahora bien, contrariamente a lo que expone el Tribunal Supremo español, no consideramos que los tres factores que determinan el otorgamiento de puntuación sean elementos de interferencia, que signifiquen fiscalización o sanción del repartidor por parte de la plataforma.

En todos los casos –i.e. valoración del usuario que requirió el servicio, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda–, nos encontramos ante elementos objetivos,

que apuntan a favorecer la experiencia del consumidor (usuario final), lo que, finalmente, favorecerá a todos los usuarios de la plataforma pues, como ya se ha explicado, oferta y demanda se retroalimentan.

Inclusive, la propia Comisión Europea ha señalado que “[...] la oferta de mecanismos de evaluación o calificación tampoco es, **por sí misma**, una prueba de influencia o control significativos” (2016, p. 7) [el énfasis es nuestro], opinión para la cual considera que la evaluación y calificación las realiza el usuario final y no la plataforma, por lo que podrían calificar como **herramientas o servicios que califican de auxiliares**.

Sin perjuicio de lo indicado, insistimos en que, del texto de la sentencia, para el caso específico se identificaban aspectos contrarios a la existencia de una relación independiente por parte del prestador. Así, las consecuencias para él derivan no de cómo el usuario final percibe su servicio ni del reconocimiento objetivo a su eficiencia (rapidez, número de servicios diarios, por ejemplo), sino de la verificación de incumplimientos a los términos y condiciones de su relación contractual con la plataforma, elemento adicional a la sola posibilidad de que los usuarios finales calificasen el servicio recibido.

En efecto, si como parte del algoritmo que regula la plataforma se estableciesen penalidades que buscan corregir el quebrantamiento de reglas de conducta impuestas por la empresa al proveedor de servicios en el marco de los términos y condiciones del contrato que las vincula, corresponde que se analice dichas condiciones.

Así, imponer una penalidad por ausencia –específicamente, por “no estar operativo en la franja horaria previamente reservada”, situación descrita por el Tribunal Supremo español (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 15)– o por haber cancelado o abandonado un servicio luego de que hubiera sido asignado o aceptado (según sea el caso), parece evidenciar vigilancia, control y subordinación respecto del prestador.

Se trata, ciertamente, de una situación que resulta contradictoria, máxime si consideramos que nos encontramos analizando una relación jurídica en la que, teóricamente, existe amplia libertad para que el prestador decida cuándo ejecutar los servicios que ofrece a través del aplicativo.

En este contexto, al establecer una consecuencia negativa, la empresa se encontrará ejecutando las facultades de dirección (los prestadores de servicios son instruidos de qué deben y qué no deben

hacer), fiscalización (de forma directa, se realiza un control sobre esas incidencias) y sanción de los prestadores (pues, siempre que se presenten las incidencias, la plataforma penaliza al prestador de servicios, por incumplir las reglas de conducta), algo que no es compatible con una relación de servicios independientes.

En el primer caso, consideramos que la ausencia de un prestador no debiera generar impacto en su calificación, pues la libertad de decisión que debe mantener un independiente respecto de su disponibilidad es irrestricta y, de condicionarse, nos encontraríamos ante el establecimiento de una jornada de trabajo, poder que es exclusivo de un empleador.

Por su parte, el ‘abandono’ o ‘cancelación’ de un servicio por parte del prestador es un aspecto que puede ser cubierto con la calificación que haga el usuario que se perjudicó con ellos, por lo que la posibilidad de que estos asignen puntuaciones para retroalimentar a otros usuarios con su experiencia cubre de por sí este tipo de situaciones, no siendo necesario que la empresa que administra la plataforma intervenga, pues al hacerlo se encontraría fiscalizando la ejecución, algo que no le compete.

4. El control empresarial permanente a través de la geolocalización por GPS

De conformidad con lo señalado por el Tribunal Supremo español, aunque se tiene como hecho no controvertido que los prestadores de servicios podían elegir libremente la ruta a seguir en cada trayecto,

[I]a geolocalización por GPS del demandante mientras realizaba su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de dependencia en la medida en que **permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación**. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio (S.T.S. 2924/2020, 2020, p. 17) [el énfasis es nuestro].

Sobre el particular, llama nuestra atención el evidente salto en la argumentación y la conclusión a la que llega el Tribunal sobre un supuesto control permanente por parte de la plataforma.

De una revisión integral de los considerandos, no se desprende que el GPS hubiere sido utilizado para controlar de manera permanente la ubicación de la persona con un fin distinto al que po-

dría ser administrar las solicitudes de servicios y su asignación más eficiente. Tampoco se acredita que hubiere servido para sancionar al prestador de algún modo.

Efectivamente, ni los antecedentes del pronunciamiento ni los hechos probados indican, por ejemplo, que la empresa se sirviese del uso del GPS para validar que los prestadores de servicios no se aparten de una ruta establecida por ella; de hecho, la sentencia es clara en señalar que el establecimiento de las rutas es libre. Tampoco se indica, por otro lado, que el GPS fuese empleado para calcular el tiempo que toma prestar el servicio y sancionar una supuesta demora.

En este sentido, parece drástico señalar que existe sujeción a un sistema de control permanente cuando, finalmente, la ruta adoptada o el lugar donde se les ubique en determinado momento no les generará consecuencias negativas.

Inclusive, encontramos que el pronunciamiento omite señalar un aspecto relevante en este tipo de economías: el GPS es uno de los componentes esenciales con los que opera la plataforma. Recordemos que la conexión entre oferta y demanda requiere que los usuarios conozcan la ubicación física de ambas partes; inclusive, en los casos en los que la designación se deja al algoritmo y no al usuario, es el GPS el que permite una designación eficiente.

V. CONCLUSIONES

- a) La economía de plataformas es un modelo de negocio que implica la prestación de un servicio de interconexión de usuarios, aprovechando para ello la infraestructura digital que sustenta a una plataforma o *app*. A la fecha, no existe en nuestro país legislación dirigida a regularla.
- b) Los bienes o servicios que se pueden ofrecer a través de las plataformas digitales son amplios y, contrariamente a la idea que impera en nuestro país, no se limitan a la prestación del servicio de transporte de personas o bienes.
- c) Es necesario tener presente que la actividad económica que ejecutan las empresas de la economía de plataformas no es la prestación del servicio que se ofrece a través de su plataforma o *app*.
- d) Estas empresas son un intermediario que facilita la concreción de negocios entre sus usuarios: la plataforma virtual es, pues, un espacio donde la oferta y demanda de un

bien o servicio confluyen, facilitando el perfeccionamiento de transacciones.


- d) Últimamente y con ocasión de la creciente necesidad de conexión virtual que se ha evidenciado a partir de la pandemia del COVID-19, la potencialidad de las empresas de la economía de plataformas ha salido a relucir: han celebrado alianzas con entidades bancarias para que estas, en aprovechamiento de las *apps* y de la información que se genera con su uso cotidiano, ofrezcan productos del sistema financiero.

Esto ha hecho más evidente que las empresas de la economía de plataformas tienen como finalidad interconectar necesidades de terceros y que son estos terceros quienes celebran y ejecutan negocios jurídicos por su cuenta, siendo ellas totalmente ajenas al servicio ofrecido.

- e) En la práctica, los vínculos independientes suscritos entre la empresa titular de la plataforma digital y quienes ofrecen sus servicios a través de ellas pueden desnaturalizarse. Esto dependerá de cómo se ejecuta esta relación y no, de forma automática y predeterminada, del hecho de que nos encontremos ante una empresa de la economía de plataformas.
- f) Muchas de las situaciones calificadas como indicios de laboralidad identificados en el contexto de la economía de plataformas no implican, necesariamente, la existencia de un vínculo desnaturalizado pues su existencia responde a situaciones objetivas, que no desdibujan el vínculo autónomo.

No obstante, siempre será necesario evaluar cada caso en concreto y, por ello, la vigencia de los denominados indicios clásicos y los nuevos indicios de laboralidad deberá validarse en cada contexto.

- g) A pesar de que reconocemos que los beneficios que pueden generarse en el marco de la economía de plataformas son amplios, es también cierto que las ventajas de este nuevo modelo de negocios no deberán significar, de ninguna forma, el favorecimiento de la precariedad laboral.

Por ello, deberá vigilarse cómo se desarrollan los vínculos contractuales que la conforman para velar por la vigencia de la legislación nacional, lo que incluye no solo las normas laborales sino también fiscales y administrativas. 

REFERENCIAS

- Arce Ortiz, E. (2008). *Derecho Individual del Trabajo en el Perú: desafíos y deficiencias*. Palestra Editores.
- Calderón Paredes, C. (2019). El impacto de las nuevas formas organizativas propias de la economía basada en medios tecnológicos en el mundo del trabajo. *THĒMIS-Revista de Derecho*, (75), 237-253. <https://doi.org/10.18800/themis.201901.017>
- Comisión Europea (2016). *Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones - Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa*. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52016DC0356&from=ES>
- De Stefano, V. (2016). La “gig economy” y los cambios en el empleo y la protección social. *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, (27), 149-172.
- Ermida Uriarte, O. & Hernández Álvarez, O. (2002). Crítica de la subordinación. *Ius et Veritas*, (25), 281-295.
- Gestión (2 de diciembre de 2020). Restaurantes afiliados a aplicativo de delivery tendrán facilidades para acceder a crédito. <https://gestion.pe/economia/restaurantes-afiliados-a-aplicativo-de-delivery-tendran-facilidades-para-acceder-a-creditos-glovo-bcp-nndc-noticia/?ref=gesr>
- Montoya Melgar, A. (1999). Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo. En J. Cruz Villalón (ed.), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: Estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán* (pp. 57-72). Tecnos.
- Neves Mujica, J. (2012). *Introducción al Derecho del Trabajo* (2da ed.). ARA Editores.
- Palomeque, M. & Álvarez, M. (2008). *Derecho del Trabajo* (16ta ed.). Centro de Estudios Ramón Areces, S.A.
- Perú21 (23 de setiembre de 2020). Interbank y Rappi firman alianza ofrecer mejores servicios financieros digitales en Perú. <https://peru21.pe/economia/delivery-interbank-y-rappi-firman-alianza-ofrecer-mejores-servicios-financieros-digitales-en-peru-noticia/?ref=p21r>

Sanguinetti Raymond, W. (1997). *Contrato de trabajo y nuevos sistemas productivos*. ARA Editores.

Villavicencio Ríos, A. & Vieira, M. (1999). *La protección de los trabajadores en el Perú*. Organización Internacional del Trabajo.

LEGISLACIÓN, JURISPRUDENCIA Y OTROS DOCUMENTOS LEGALES

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 5 de agosto de 2015, Resolución 074-2015/CD1-INDECOPI, Expediente 212-2014/CCD (Perú).

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 5 de agosto de 2015, Resolución 075-2015/CD1-INDECOPI, Expediente 213-2014/CCD (Perú).

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 19 de agosto de 2015, Resolución 099-2015/CD1-INDECOPI, Expediente 211-2014/CCD (Perú).

Comisión de Fiscalización de la Competencia Desleal 1 del Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual, 19 de agosto de 2015, Resolución 100-2015/CD1-INDECOPI, Expediente 214-2014/CCD (Perú).

Decreto Supremo 003-97-TR, Decreto Supremo que aprueba el Texto Único Ordenado del Decreto Legislativo 728, Ley de Productividad y Competitividad Laboral, Diario Oficial *El Peruano*, 27 de marzo de 1997 (Perú).

Proyecto de Ley 4243/2018-CR, Ley del Empleo Digno que regula a los trabajadores de Plataformas Digitales, presentado el 16 de abril de 2019 (Perú).

S. Juz. Soc. Barcelona Sec. 31, 11 de junio de 2019, (No. 193/2019) (Esp.)

S.T.S., 20 de enero de 2015, (No. 637/2015) (Esp.).

S.T.S., 25 de septiembre de 2020, (No. 2924/2020) (Esp.).

Sala Especializada en Defensa de la Competencia del Tribunal de Defensa de la Competencia y Propiedad Intelectual, 5 de agosto de 2020, Resolución 084-2020/SDC-INDECOPI, Expediente 0105-2018/CCD (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 28 de enero de 2003, sentencia recaída en el Expediente 1944-2002-AA/TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 6 de noviembre de 2007, sentencia recaída en el Expediente 9197-2006-AA-TC (Perú).

Tribunal Constitucional [T.C.], 8 de julio de 2015, sentencia recaída en el Expediente 03917-2012-PA/TC (Perú).