



Análisis del modelo de intermediación de servicios de movilidad y reparto por internet

Nota de análisis en materia laboral

Análisis del modelo de intermediación de servicios de movilidad y reparto por internet.

Nota de análisis laboral

Alfonso Oñate Laborde

Contenido

I.	Introducción.....	Pág. 2
II.	El estado del arte en materia normativa laboral	Pág. 3
	1. La parte internacional de nuestro marco normativo.....	Pág. 3
	2. La parte nacional del marco normativo.....	Pág. 6
III.	El advenimiento de modelos de negocio basados en Plataformas digitales y la aparición de nuevos servicios de movilidad y reparto.....	Pág. 12
IV.	La parte más vulnerable y a menudo olvidada en el nuevo modelo de negocio.....	Pág. 15
	1. Entre el trabajo independiente y los indicios de una relación laboral subyacente	Pág. 17
	2. La seguridad social el verdadero reto	Pág. 19
V.	Propuestas estratégicas.....	Pág. 20

I¶ Introducción

Se han intentado muy diversas formas de caracterizar los cambios en materia laboral que ha traído consigo el advenimiento del nuevo milenio. No obstante los diversos enfoques adoptados se puede advertir un consenso en torno a dos cuestiones, por una parte, la prevalencia de los mercados laborales regionales por encima de los nacionales y por la otra, la irrupción de las nuevas tecnologías. Éstas a menudo contempladas como un factor de desplazamiento de la fuerza laboral, mientras que otros enfoques advierten el nacimiento de una nueva revolución industrial que genera empleos emergentes, quizás de una demanda cuantitativamente menor a la de épocas ya idas, pero cualitativamente superiores por tratarse de trabajos físicamente menos exigentes y demandantes, lo que contribuye a crear mejores condiciones de empleo y de vida.

El primer apuntamiento –la consideración de mercados laborales regionales en vez de la más restrictiva que se agota al interior de las fronteras- exige para el contexto del marco normativo, es decir el establecimiento del estado del arte en materia

laboral frente a la digitalización de la economía laboral, adoptar una perspectiva que considere los desarrollos tanto del derecho laboral internacional como aquellos extraídos de los ejercicios de derecho comparado.

Por lo que hace al segundo aspecto, el de la vertiginosa y expansiva irrupción de las nuevas tecnologías, pocas innovaciones tan disruptivas como la aparición de las plataformas digitales como modelo de intermediación de servicios de movilidad y reparto. Este fenómeno que en apenas una década ha transitado a grandes zancadas y sin el acompañamiento de campañas masivas de mercadotecnia de la sorpresa, al reconocimiento, luego a la normalidad y finalmente a la muy extendida familiaridad cotidiana en zonas urbanas. Esto último, probablemente acicateado por las limitaciones, restricciones y confinamiento que hemos vivido en los últimos 24 meses ya que, por una parte, las plataformas digitales –sobre todo las de reparto– se convirtieron en una de las pocas actividades que no sólo mantuvieron las fuentes de empleo sino que aumentó la demanda hasta convertirse en una de las pocas actividades remuneradas que amplió el número de prestadores de servicio y contó con la presencia de más plataformas dentro de las principales zonas urbanas del país.

Una de las características que reviste este nuevo modelo de negocios es la multitud de ángulos que presenta tanto desde el enfoque económico, social, cultural y jurídico e incluso dentro de este último, plantea muy diversos retos desde su análisis bajo las ópticas de las distintas disciplinas jurídicas. Tal vez ninguna de éstas presenta mayores desafíos que la materia laboral. Los retos que plantea no se circunscriben al análisis del fenómeno jurídico laboral. Probablemente, los de mayor entidad sean los de la previsión de riesgos y la forma de diseñar formas no de eludirlos sino de gestionarlos en forma tal que se mitiguen las consecuencias menos deseables.

La mayoría de los análisis de la situación laboral o de empleo que contempla ya sea apreciaciones de carácter comparado o de índole internacional¹ convienen en que los empleos generados por la aparición de los modelos de negocios basados en plataformas digitales para intermediar entre productores de bienes y servicios y los consumidores de éstos se encuentran en lo que denominan una fase pre-regulatoria. A partir de esta apreciación en la materia laboral se abordarán tanto los potenciales riesgos litigiosos como los legislativos o regulatorios. Este enfoque se reflejará por tanto en el apartado final dedicado a las recomendaciones estratégicas.

II. El estado del arte en materia normativa laboral en México

Como se anunció desde la introducción, contrariamente a la situación prevaleciente en el siglo pasado donde la materia laboral se constreñía fundamentalmente a los respectivos ámbitos nacionales, hoy día el marco normativo laboral resultará incompleto de no contemplar la esfera internacional.

1. La parte internacional de nuestro marco normativo laboral.

Para nadie resulta novedoso el afirmar que a partir de la negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) apareció un actor hasta entonces desconocido en nuestro derecho laboral mexicano: el escrutinio por una instancia trinacional de la forma en la cual se aplicaba la normativa laboral al interior de nuestro país al haberse convertido nuestro país en parte del mercado laboral de Norteamérica.²

¹ OCDE, OIT y CEPAL destacadamente.

² Baste apuntar que una vez convenido el TLCAN, durante la campaña presidencial de los Estados Unidos en 1992, Clinton apoyó el acuerdo aún pendiente de aprobación por el Congreso con la condición de que se complementara con dos acuerdos paralelos: uno en materia ambiental y el otro en materia laboral con la finalidad de que estas dos materias no se convirtiesen en fuente de *competencia desleal* y que ella produjese la pérdida de empleos para los Estados Unidos de Norteamérica dadas las ventajosas condiciones laborales de México (fundamentalmente, la señalada diferencia salarial). A partir de la suscripción del acuerdo paralelo en materia laboral EEUU ha incluido un capítulo laboral en todos los acuerdos comerciales que has suscrito desde entonces. En el caso de México la

Lejos de suprimir o revisar el acuerdo laboral (ACLAN)³ del TLCAN el sucesor de éste, el TMEC incorporó como parte integrante del nuevo acuerdo comercial el capítulo laboral reforzando notablemente el escrutinio respecto a la aplicación del derecho laboral en México.⁴ La negociación y ulterior firma de este nuevo acuerdo trinacional tuvo una considerable influencia en los procesos legislativos de las más recientes reformas laborales que se abordarán en la siguiente sección.

Antes de concluir la incidencia internacional en nuestro marco normativo es preciso referirse al ámbito multilateral y dentro de éste el lugar más destacado corresponde sin duda alguna a la Organización Internacional del Trabajo (OIT).⁵

Particular relevancia cobra, como alborada del nuevo siglo que apenas despuntaba, la declaración proveniente del informe del director de la OIT en 1999 conocida como *Compromiso por el trabajo decente*. Un aspecto de gran relevancia para los propósitos de esta nota de análisis en materia laboral es que esta declaración comprende no sólo a trabajadores asalariados que conforman una relación de trabajo sino a todos quienes realizan una actividad productiva, que generan riqueza con su trabajo independientemente de si éste lo desarrollan en forma subordinada o independiente, inclusive se incluye también a los trabajadores informales.⁶

materia laboral se incluyó en el Tratado de Libre Comercio con la Unión Europea, en este caso no como una prevención de competencia desleal sino bajo el *compromiso político democrático*, cuenta habida que los derechos laborales se encuentran comprendidos dentro de los derechos humanos fundamentales. Respecto a la parte del TLCAN: <https://www.bakerinstitute.org/files/14432/>.

En cuanto a la cláusula democrática del Tratado de Libre Comercio México-Unión Europea: http://cedhj.org.mx/revista%20DF%20Debate/articulos/revista_No3/ARTICULO-1-3.pdf

³ https://www.stps.gob.mx/01_oficina/03_cgai/aclan.htm

⁴ <http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/Spanish/23Laboral.pdf>

⁵ Institución centenaria creada en el lejano 1919 es la única instancia de la Liga de Naciones que subsistió a la Segunda Guerra Mundial para integrar luego la ONU. Se trata del único organismo de la ONU no compuesto por representantes gubernamentales dado que tiene carácter tripartito y tal conformación guardan también las representaciones de cada país en el organismo. <https://www.ilo.org/global/lang-es/index.htm>

⁶ https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@americas/@ro-lima/@sro-santiago/documents/publication/wcms_380833.pdf.

La Asamblea General de las Naciones Unidas en el año 2015 al aprobar los compromisos para el desarrollo sostenible o Agenda 2030⁷ integró como su objetivo número 8 el de *Trabajo decente y crecimiento económico*. México, como país firmante de dicha resolución de la Asamblea General de la ONU, tiene que rendir informes periódicos sobre proyectos y avances encaminados a cumplir con los compromisos adoptados para el desarrollo sostenible.⁸

Debe tenerse presente que la reforma laboral de 2012 incorporó ya este concepto de *trabajo digno* desde el primer párrafo del artículo 123 constitucional.⁹

El concepto de trabajo decente o digno no es un catálogo de obligaciones a cargo de los empleadores ni tampoco una lista de derechos que puedan exigir los trabajadores y empleados de parte de sus patrones y empleadores. Se trata de una serie de principios que permitan alinear proyectos, programas y acciones con objetivos claros. En suma dispone que los actores económicos interactúen para diseñar políticas públicas que estén orientadas a propósitos de la economía en su conjunto y ésta en su dimensión global, ni siquiera regional, menos aún nacional. La Organización Internacional del Trabajo confeccionó este nuevo concepto teniendo en mente una economía global, toda vez que la transición al nuevo milenio se vio marcada por la expansión de los mercados, las cadenas de valor y la proliferación de actores económicos participando en muy diversos ámbitos geográficos.

El enfoque adoptado por la OIT en el presente siglo gira entorno a cadenas de valor y mercados que no corresponden a fronteras políticas ni geográficas y que por tanto deberán evitar que los agentes más débiles dentro de dichas cadenas de producción

⁷ <https://www.un.org/sustainabledevelopment/es/development-agenda/>

⁸ <https://www.gob.mx/agenda2030/articulos/8-trabajo-decente-y-crecimiento-economico>
<https://www.gob.mx/stps/prensa/fortalecer-el-trabajo-decente-y-reflexionar-sobre-el-futuro-del-mundo-laboral-ejes-rectores-de-foro-tripartito>

⁹ “Toda persona tiene derecho al trabajo digno y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social del trabajo, conforme a la ley” según la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación de 30 de noviembre de 2012.

queden a merced de agentes económicos que privilegien el corto plazo por encima de una economía sustentable, con crecimiento sostenido y tendente no sólo al pleno empleo sino que éstos además de proporcionar una remuneración sean de calidad permitiendo el crecimiento de quienes participan en las cadenas de valor mediante la aportación de su trabajo. En esta nueva era del mundo laboral ya no se repara como se hiciera en el pasado en clasificaciones binarias que respondieron a roles productivos perfectamente diferenciados. Por otra parte, se advierte un crecimiento mayor de quienes se emplean por cuenta propia al igual que los trabajos situados en la informalidad, lo que ha llevado a incluir estas categorías en los objetivos laborales. La visión imperante en materia laboral está enfocada a un mundo global y por la otra a cadenas de valor más extendidas y dilatadas en donde la tradicional distinción binaria entre capital y trabajo describe cada vez menos el acontecer de la realidad económica. Esto último es lo que ha llevado a la OIT y a la ONU a aprovechar el carácter tripartito de la primera para propiciar un análisis y discusión participativos en el diseño e implementación de las políticas públicas orientadas a alcanzar los objetivos compartidos.

Hemos establecido, en líneas muy generales, el marco normativo laboral mexicano en su vertiente internacional. No debe soslayarse el hecho que tanto por el contenido del artículo 133 constitucional que establece que las normas de génesis internacional forman parte del sistema jurídico mexicano, como por la nueva redacción del artículo primero que incorpora a este mismo sistema tanto normas como interpretaciones de normas de origen internacional cuando amplíen o hagan avanzar los derechos fundamentales. Los derechos al empleo, en el empleo y una vez cumplido el ciclo laboral, son de estos derechos fundamentales.

El estado mexicano –no sólo su gobierno- debe reportar los avances que se van logrando para alcanzar el objetivo número 8 de la Agenda 2030 de la ONU que, como se adelantó ya establece la meta de trabajo decente y crecimiento económico mediante políticas públicas en cuyo diseño e implementación participen los diversos agentes económicos.

De igual manera, el estado mexicano debe responder ante sus socios comerciales (Estados Unidos de Norteamérica y Canadá) sobre el cumplimiento de los compromisos establecidos en el TMEC. En el caso de este acuerdo regional no solamente debe rendir cuentas a sus socios sino que se expone a la aplicación de sanciones en caso de incumplimientos o desviaciones.

2. La parte nacional del marco normativo laboral.

Los incontables e indiscutibles cambios advertidos en nuestra economía durante el siglo XX no encontraron eco en la evolución del marco normativo en materia laboral. Incluso hubo momentos en los que parecía que el mundo del derecho laboral y aquel de las relaciones laborales corrían por vías distintas.

La primera gran reforma a la Ley Federal del Trabajo tardó en llegar casi cuarenta años¹⁰ no obstante que durante esas cuatro décadas devino la transformación del país de uno con actividades económicas preponderantemente en el medio rural a una naciente industria intensiva en mano de obra y por tanto predominantemente urbana.

En el periodo que corrió de 1970 a 2012 se dieron 25 modificaciones a la Ley Federal del Trabajo, pero salvo quizás la de 1972 en materia de vivienda, difícilmente pueden caracterizarse como trascendentes, radicales o significativas, menos aún calificarlas de paralelas al desarrollo económico advertido. Lo que es más, en la sección anterior mencionamos como en las postrimerías del siglo XX la economía mexicana pasó de ser una de carácter proteccionista, cerrada, en busca de la sustitución de importaciones, a una abierta con un número considerable de tratados de libre comercio celebrados durante los últimos quince años del siglo pasado. Es de señalarse que en ese periodo de más de cuarenta años (1970-2012) se presentaron más de quinientas iniciativas de reforma, desde las muy específicas y puntuales hasta las que buscaban reformar íntegramente la ley.

¹⁰ DOF de 18 de agosto de 1931 la primera y DOF de 1º de mayo de 1970 la segunda.

Fácilmente se advierte la descompasada evolución del marco jurídico laboral, siempre a la zaga de la evolución económica del país con la grave erosión del estado de derecho pues el marco normativo cada vez resultaba más estrecho e inadecuado para la economía siempre cambiante. Pueden señalarse varias razones para explicar este desfase y poco éxito de las iniciativas intentadas, pero muy probablemente el verdadero obstáculo haya sido el carácter corporativo de nuestro sistema político de acuerdo con el cual las organizaciones de trabajadores (tanto sindicatos como las grandes centrales obreras) constituían uno de los sectores constitutivos del partido hegemónico. Esta condición, en la cual los sindicatos eran más importantes por su papel en la política partidista y su contribución electoral que por constituirse en el portavoz, el negociador y el colaborador de las instancias gerenciales de las empresas en la búsqueda de la adecuación (vía negociación de contratos colectivos) del marco normativo a la cambiante situación económica. Los sindicatos devinieron en correas de transmisión entre el partido y el gobierno con los trabajadores y dada dicha función adquirieron el papel de medio de control de los trabajadores muchos de los cuales estaban más interesados en convertirse en líderes y funcionarios sindicales que en recorrer el escalafón del centro de trabajo o contribuir a la adecuación del marco normativo a las nuevas situaciones.

Este estancamiento normativo tuvo entre algunas de sus consecuencias que el carácter protector del trabajador no sólo de la normativa laboral sino sobretudo de la práctica laboral se mantuviera no obstante el cambio de circunstancias y condiciones. Igualmente, la falta de adecuación produjo tanto la adopción como después el mantenimiento de un mundo laboral paralelo. Uno en el cual ha sido frecuente la simulación (los trabajadores se inscriben en el IMSS con salarios que no corresponden a su remuneración real, la mediación, conciliación y juicio no buscaban solucionar el conflicto sino alargarlo resultando casi siempre los abogados litigantes de ambas partes los verdaderos beneficiarios de esta costosísima práctica para la sociedad). Una de las consecuencias de estas prácticas malsanas fue el exorbitante crecimiento de la informalidad, el aumento de

oferta de mano de obra no calificada, así como también la notable disminución del número de trabajadores sindicalizados.¹¹

Se apuntó que este largo periodo de desfase entre evolución laboral en la economía llegó a su fin en 2012 no obstante que durante los primeros doce años de este siglo hubo varios intentos por actualizar la legislación laboral.¹²

La reforma de 2012 reviste interés incluso por los aspectos formales de la misma. Se trata de la primera y hasta ahora única reforma constitucional resultante del ejercicio de la entonces novedosa institución de la iniciativa preferente.¹³

Numerosos son los estudios efectuados en torno a la competitividad de productos, empresas y servicios en México y su pobre resultado comparativo. Una de las razones que con mayor frecuencia aparece como la determinante de esas asimetrías es precisamente la característica de nuestro marco normativo percibido

¹¹ Es de hacerse notar que este declive la sindicalización no es privativo de México se advierte en muchos otros países el mismo fenómeno, ciertamente ocurre con nuestros dos socios comerciales de la región norte del continente. En México en el 2006 el porcentaje de trabajadores sindicalizados apenas llegaba al 9.8% de quienes se encontraban empleados. Para ver las estadísticas de sindicalizados en distintos países del mundo:

<https://www.bls.gov/opub/mlr/2006/01/art3full.pdf>

¹² En este periodo los tres principales partidos políticos (PRI, PAN y PRD) presentaron sendos proyectos de reforma e incluso en 1997 se encargó a un despacho especializado en materia laboral y que defendía intereses de empleadores así como también de trabajadores, la elaboración de un proyecto que pudiese zanjar la polaridad producida por los proyectos partidistas.

¹³ Presentada acorde con la entonces flamante reforma constitucional el 1º de septiembre 2012 por un presidente que dejaría el puesto en 3 meses ante un Congreso recién electo y que ya denotaba la nueva mayoría emanada de las urnas y no obstante esto se le dio el curso expedito esperado y esto permitió al Presidente saliente promulgarla y publicarla precisamente el último día de su mandato, 30 de noviembre de 2012.

Esta figura consiste en que el titular del Poder Ejecutivo tiene la facultad al inicio del periodo ordinario de sesiones de señalar hasta dos iniciativas a las que la persona que ocupa la Presidencia les da un carácter prioritario, sin necesidad de externar motivo para ello y las Cámaras deberán seguir un procedimiento especial y expedito para su tramitación y votación.

como extremadamente rígido y formalista, lo que ineludiblemente se traducía en poco productivo y oneroso.¹⁴ Entre los aspectos más nocivos que advertían estos estudios estaba la imposibilidad de contrataciones por hora, por tiempo parcial, por temporada, así como el tener que indemnizar a un trabajador de reciente ingreso que a las pocas semanas de contratado se revelaba como inadecuado para el puesto o la labor.

El punto toral de la referida reforma y que incluso le ha dado el nombre con el cual se le identifica fue la *flexibilización* de las relaciones laborales en busca de compaginar el marco normativo poco propicio para acompañar una realidad económica siempre en evolución y ahora espoleada por el vertiginoso avance tecnológico y su adopción en todo tipo de negocios y empresas.¹⁵

Los aspectos que destacan –ciertamente no son los únicos- de la reforma por la flexibilización laboral de 2012 son:

- Contrato de trabajador o empleado a prueba.
- Contrato de aprendizaje.
- Contrato de temporada.
- Institucionalización de la tercerización o *outsourcing*.
- Salario flexible.
- Salario por hora.
- Esquema de “hora trabajada, hora pagada”.

No tardó en advertirse cuán insuficiente resultaba la reforma por haber dejado intacto el sistema de resolución de controversias laborales, percibido no sólo como

¹⁴ La mayoría de estos estudios fueron realizados o encomendados por organizaciones patronales o asociaciones o cámaras industriales

¹⁵ No se puede dejar pasar el mencionar que ya en el año 1988 la COPARMEX y la CONCANACO habían manifestado la necesidad de flexibilizar el marco normativo laboral ante la globalización para modernizar los procesos productivos y dar confianza así a los potenciales inversionistas, amedrentados ante las formalidades y la rigidez del marco jurídico laboral mexicano y los altos costos (sobre todo en términos de tiempo) de los litigios laborales.

en extremo ineficiente, sino muy probablemente como el más corrupto de los procedimientos jurisdiccionales mexicanos.

En 2015 se celebraron encuentros y reuniones con participación de agentes económicos del mundo laboral, funcionarios de órganos reguladores y académicos bajo una convocatoria de nombre “Justicia cotidiana” llamada a atender los problemas y falencias percibidas por los especialistas como recurrentes al grado de ya ser vistas con normalidad. En primerísimo lugar de la agenda resultó como principal problema el sistema de impartición de justicia laboral. Se planteó, no una reforma cosmética, sino una verdaderamente radical, en el sentido de atacar los problemas de raíz u origen. Tampoco puede pasarse por alto que para esas fechas se encontraba sujeto a revisión el TLCAN y nuestros socios comerciales (más Estados Unidos que Canadá) señalaban que uno de los factores disuasivos de la inversión extranjera para negocios en México, era precisamente un sistema de administración de justicia lento, caro e impredecible. El ejercicio de revisión de la justicia cotidiana se vio coronado por dos reformas: una de la Ley Federal del Trabajo de 28 de abril de 2016, una constitucional de 24 de febrero de 2017 y más recientemente una de la Ley federal del Trabajo de 2020.

No deja de llamar la atención que de 2012 a la fecha se hayan efectuado reformas del marco normativo laboral por gobiernos de tres distintos partidos políticos (PAN, PRI y Morena) sin que entraran en colisión o conflicto dada la divergencia ideológica de los tres distintos partidos políticos propulsores e instrumentadores de las reformas. Lo que es más, puede decirse que estas reformas están todas ellas alineadas y orientadas por los mismos propósitos de establecer un marco normativo acorde con el desarrollo y desenvolvimiento de la economía de mercado regional, con visión no sólo de los mercados regionales sino del gran mercado global.

Quizás uno de los factores que haya incidido en la convergencia de los distintos proyectos legislativos, tenga que ver con la no poca ni tampoco discreta presión ejercida por los gobiernos estadounidenses (sobre todo el del cuatrienio 2017 –

2021) respecto a la urgencia del marco normativo laboral mexicano en perspectiva de una revisión del TLCAN que terminó por sustituirlo por el TMEC incorporando el capítulo laboral al propio tratado y sujetando la implementación y cumplimiento de las normas laborales a un rígido escrutinio acompañado, de ser el caso, de un sistema expedito para ventilar diferencias así como un ágil sistema de imposición de sanciones.

III. El advenimiento de modelos de negocio basados en plataformas digitales y la aparición de nuevos servicios de movilidad y reparto.

En forma análoga a lo acontecido en otras latitudes, sin previo aviso y sin un aparato publicitario en su derredor, casi a hurtadillas, pero con estruendo, aparecieron en territorio mexicano a principios de la segunda década del presente siglo novedosos servicios que picaron la curiosidad de clases medias urbanas¹⁶ por atender añejos problemas de movilidad probablemente por la falencia de medios de transporte público.

Un sistema en apariencia tan sencillo, que llevaba a los usuarios a preguntarse cómo es que no había surgido antes. Consistente en acercar proveedores con consumidores y realizar un intercambio de servicio por dinero sin que apareciese el efectivo en el intercambio con los consiguientes beneficios para el usuario y el prestador del servicio. No sólo esto fue la novedad, la poco uniforme apariencia del medio de transporte los hacía elusivos al tiempo que pequeños grandes detalles los diferenciaban de servicios muy similares provistos por permisionarios y concesionarios de servicio público. Precisamente de éstos surgieron los primeros cuestionamientos y se generaron los iniciales problemas en forma bastante similar a lo acontecido en muchas otras ciudades alrededor del mundo bajo la bandera de

¹⁶ Aquellos que disponen de una tarjeta de crédito, un *teléfono inteligente* y un plan de datos. Marcos Ávalos y Paula Sofía. *Baby, you can't drive my car: El caso de Über en México*. Economía Informa núm. 390, enero-febrero, 2015, páginas 104-112.

la competencia desleal. Este rechazo, de hecho, persiste en varias de ellas que permanecen cerradas al novedoso sistema de movilidad.¹⁷

La apariencia de un acuerdo entre particulares sugería lo superfluo de la regulación. Las primeras descripciones del nuevo modelo de negocios llevó a muchos a hablar de “economía colaborativa” sin reparar en el intercambio de un servicio por una cantidad de dinero, así esta no apareciese en todo el trayecto.¹⁸

La sorpresa acompañada de los torpes reflejos de las instancias reguladoras y de los aplicadores de la normativa provocó (no sólo en México) la disyuntiva entre declarar de inmediato la ilegalidad de la innovadora y disruptiva práctica, por no encontrarse una norma aplicable que previera con exactitud todos y cada uno de los aspectos novedosos del caso concreto que, sin anuncio previo, un buen día apareció en el asfalto capitalino. Lo no previsto por el omnisciente legislador debe ser por consecuencia y necesidad, ilegal (muy probablemente ese sea el oculto y nunca revelado razonamiento detrás de esta inapelable resolución).

No pocas ciudades, muchas de ellas en el continente europeo optaron por esta reacción. En el otro extremo del espectro hubo quienes más con rapidez que discernimiento concluyeron que al no advertir la existencia de norma aplicable al caso debía recurrirse al principio rector para las actividades de los particulares de que lo que para ellos no está prohibido, está por tanto permitido y optaron por

¹⁷ Es de señalarse que de los servicios organizados por plataformas digitales aquellos de transporte de personas son los que han enfrentado esta resistencia y rechazo, no así los de reparto.

¹⁸ Estos esquemas auténticamente colaborativos sí existen y se han extendido sobre todo en poblaciones urbanas en las cuales hay esquemas que permiten circular preferentemente por carriles destinados a automóviles con cierta ocupación de pasajeros y en aquellas ciudades donde debe pagarse una cuota para tener acceso a ciertas zonas restringidas. En estos casos es frecuente que se dé un acuerdo entre propietario/conductor y compañero de viaje para cubrir el precio del combustible, compartir el costo del peaje o alguna otra modalidad. De igual forma los primigenios esquemas de *pool* de transporte se enmarcaban en la economía colaborativa sin otra finalidad que el contribuir— así sea en mínima escala— con un uso más eficiente de recursos tales como tiempo y combustible y los consiguientes ahorros.

retraerse en espera de que en algún otro lugar del planeta se encontrase una solución a este problema que luego pudiese replicarse o bien adaptarse.

Más de diez años han transcurrido y el balance es que a nivel mundial en el marco regulatorio es bien poco lo que se ha logrado. No es novedoso, como ya se ha expuesto en secciones anteriores, que esto suceda en el ámbito laboral donde normalmente las actividades económicas o más bien las modalidades que estas adoptan (en no pocas ocasiones precisamente para eludir la norma) se adelantan a la reacción legislativa que suele llegar mal y tarde e incluso en ocasiones su arribo sólo para complicar más la situación que trataba de regular.

No puede en forma alguna soslayarse la emergente presencia de un catalizador. Fácil de adivinar que me refiero, por supuesto, a la irrupción en el primer trimestre del 2020 del virus SARS-COV-2 que llevó a la Organización Mundial de la Salud a declarar la pandemia el 11 de marzo del mismo año de 2020¹⁹. La consiguiente reclusión acompañada de la interrupción, pausa, suspensión o cancelación de actividades no esenciales trajo por consecuencia el distanciamiento entre proveedores y consumidores. Éste en apariencia insuperable valladar, sólo pudo salvarse mediante la intermediación de servicios de reparto por internet. Durante los últimos veinticuatro meses, este mecanismo de distribución y reparto ha propiciado dos grandes beneficios a las maltrechas economías urbanas que continúan bajo asedio. Se convirtió prácticamente en la única fuente de empleo en constante crecimiento, particularmente entre los jóvenes desempleados con menores niveles educativos y alta vulnerabilidad. Al mismo tiempo no solamente contribuyó en forma determinante a que muchos negocios de preparación de alimentos y de venta de productos de primera necesidad no se vieran orillados a cerrar o a suspender temporalmente actividades, sino que coadyuvó al surgimiento de nuevos negocios tales como las *dark kitchens*.

¹⁹ Sin que a la fecha se haya levantado tal declaración.

IV. La parte más vulnerable y a menudo olvidada en el nuevo modelo de negocios.

La ausencia normativa ante el nuevo fenómeno propició luego de la dicotómica reacción ya expuesta, el intento por forzar el empleo de viejos moldes para tratar de regular nuevas figuras. El consiguiente rechazo de parte de los agentes económicos involucrados no se hizo esperar al aducir, y probablemente con razón, la muy parcial –en los dos sentidos del término- o desvirtuada comprensión del fenómeno. Una situación de esta naturaleza no es novedosa en el ámbito laboral y ha sido precisamente la que ha dado origen a la inclusión legislativa²⁰ de los trabajos especiales, en su mayoría derivados de la evolución e innovación en los medios de transporte. Sin embargo, en el caso mexicano se advierte que la aparición de la nueva modalidad de intermediación de los servicios de movilidad y reparto mediante plataformas digitales, no ha traído aparejada -probablemente por la propia contingencia sanitaria ya mencionada- la creación de cuerpos de estudio *ad hoc* que a partir de una ponderación abierta de las múltiples e interdisciplinarias facetas analicen y evalúen tanto la naturaleza y características del modelo desde las perspectivas económicas, sociales y culturales del fenómeno, antes de diseñar un modelo regulatorio apropiado para este nuevo modelo.

Probablemente por una rudimentaria comparación de las condiciones de trabajo de conductores y repartidores con aquellas de otros tipos de trabajo han llevado a advertir desventajas comparativas con otros trabajos con los que guardan apenas cierto parentesco. Apuntala este enfoque la aparición de estudios empíricos a partir de sondeos de opinión entre prestadores de servicios.²¹ En ellos aparecen del brazo insuficiencias y riesgos con deseos y aspiraciones de quienes laboran como repartidores utilizando aplicaciones digitales. Si bien es cierto este tipo de información recabada resulta de mucha utilidad para conocer situaciones y

²⁰ Ley Federal del Trabajo, Título Sexto.

²¹ Destaca entre ellos el estudio conducido por OXFAM “*Este futuro no aplica*” mediante el cual se visibiliza la precariedad del trabajo desempeñado por personas repartidoras y la vulnerabilidad a las que está expuesto ese trabajo.

circunstancias a menudo elusivas o invisibles, no puede ser la única fuente que provea datos para cualquier análisis serio y ponderado que contribuya al diseño de un marco regulatorio que contribuya a la sustentabilidad de las emergentes formas de movilidad al tiempo que proporcione a quienes se desempeñan en la parte más expuesta (en más de un sentido del término) de la cadena de valor, condiciones acordes con el marco normativo internacional que forma nuestro orden jurídico.

1. Entre el trabajo independiente y los indicios de una relación laboral subyacente.

Hasta ahora, el debate pareciera centrarse en llegar a determinar, primeramente, si existe o no una relación laboral. Seguidamente, la discusión discurre para identificar la figura del empleador o patrón y ahí enfrenta algunos de sus más ingentes problemas dadas las singulares características del modelo. Al final siempre se concluye que, de haber una relación laboral, la figura del patrón corresponde a la plataforma y a partir de ahí se derivan una serie de obligaciones incumplidas y responsabilidades no asumidas por quien no se ve a sí mismo como empleador, menos aún como patrón pues se estima exclusivamente como proveedor de tecnología e información para que sirvan de enlace entre proveedores de bienes y servicios y consumidores de los mismos.

Parece que en realidad el análisis, la discusión y luego el diseño de políticas públicas para una adecuada regulación vienen acompañadas de la asunción de posturas a menudo simplistas y por ende frágiles. Una de esas posturas consiste en negar –antes de analizar- la existencia de una relación laboral por no ajustarse a las figuras tradicionales que asumía ésta en otro tipo de actividades económicas. Esta negación parece estar guiada por la obtención de una conclusión no siempre diáfana de que quien indiscutiblemente labora en la parte más vulnerable de la cadena de valor, debe ser visto como socio participante y por tanto carece de cualquier derecho o aspiración a beneficios derivados de su empleo y desempeño.

Bien visto el asunto de la *relación laboral* pareciera ser un pseudo problema toda vez que el enfoque adoptado por la OIT primero, luego por la ONU e incorporado ya en nuestro marco normativo²² como quedó expuesto en el segundo capítulo de esta nota. Ahí mismo se apuntó que el concepto de *trabajo digno* o *trabajo decente* comprende por igual el trabajo subordinado derivado de una ostensible relación laboral, el trabajo autónomo o independiente y todas las variantes que pudiera asumir la participación, en cualquiera de las fases o etapas de una cadena de agregación de valor, por parte de una persona. Inclusive esta nueva concepción del trabajo considera a aquel que se desempeña sin remuneración o ésta se arroja bajo figuras como las de comisiones o propinas.

Muchos de los proyectos desarrollados al amparo de la *Agenda 2030* de la ONU en su compromiso número 8, apuntan a que el problema debiera evitar discusiones estériles en torno a las características y naturaleza de la relación laboral y centrarse en la atención de los aspectos relacionados con la creación de empleo, las condiciones mínimas en las que debe realizarse el trabajo digno, la forma en la cual se brindará protección durante el desarrollo del trabajo a quienes en él laboran, la forma en la cual se velará por su salud tanto física como psicológica/emocional y la forma en la cual podrá cualquier persona atender sus necesidades básicas una vez que abandone las líneas de la población económicamente activa.

Mediante este enfoque, el problema total se traslada de la relación laboral a la forma en la cual la sociedad proporcionará estas condiciones a quienes laboran y en qué forma y con qué modalidades se habrá de contribuir a la prestación de los servicios y atenciones que se requieren. En suma, distribuir socialmente la carga económica que entraña el cubrir esas necesidades.

Es preciso tener presente que, de plantearse controversias jurídicas dentro del campo laboral, los indicios de una relación laboral habrán de prevalecer en la

²² Tanto en el primer párrafo del artículo 123 reformado en 2012 así como en la Ley Federal del Trabajo.

medida en que corresponde al señalado como patrón el probar más allá de cualquier duda razonable la no existencia de una relación de trabajo. Suficientemente explorado por el derecho procesal el alto grado de dificultad que entraña el probar un hecho negativo o inexistente.

Debe advertirse que el nuevo sistema de justicia laboral se encuentra todavía en fase de implementación por lo que al ser llamada una plataforma a un litigio de esta materia se avista un procedimiento largo y con múltiples escollos por lo que deberá tenerse prevista la posibilidad de mediar y conciliar.

La flexibilidad laboral es todavía demasiado joven y privan aún las visiones rígidas vigentes durante todo el siglo XX. De entre éstas, debe subrayarse el carácter protector del trabajador que priva hasta nuestros días, el cual incluye tanto la carga de la prueba a cargo de quien es señalado como patrón, las presunciones que apoyan los planteamientos de la parte actora, así como la suplencia de la queja que le asiste durante todas las fases del procedimiento.

Lo señalado en el párrafo anterior bastaría para, lejos de rehuir los intentos regulatorios, se propongan de suerte tal que se esté en ocasión de participar en el diseño de éstos.

2. La seguridad social, el verdadero reto.

Este enfoque contemporáneo, propio del siglo XXI apunta a que lejos de amurallarse en posiciones preconcebidas que pudieran tornarse equivocadas, los agentes económicos participantes en este nuevo esquema de negocios deberán dirigir su atención y esfuerzos a una adecuada regulación del fenómeno emergente con la finalidad de volverlo no sólo sustentable sino más eficiente dentro de una ecología que permita a las personas más vulnerables del proceso desempeñar un trabajo decente que les proporcione el mínimo indispensable para gozar de una vida digna.

Así planteado el problema, se localiza el verdadero reto que se ubica en cómo proporcionar una adecuada seguridad y protección social a quienes prestan estos servicios.

En aquellos países que cuentan con protección y seguridad social universal (no asociada al desempeño o no de labores productivas) el problema nunca aparece dado que su solución y atención no depende del rol que se asume o corresponde en el entramado de la vida económica. En nuestro caso bien lo sabemos, la situación dista de ser tal e incluso este tema no ha aflorado aún en la agenda pública.

En la medida en la cual los reclamos por seguridad social se planteen como la necesidad de atender asuntos relacionados con una relación laboral es bien probable que se adopten respuestas que no son parte de políticas públicas que atiendan el problema en su conjunto sino que brinden la sensación de que el problema planteado está siendo atendido.

Esto último vuelve impostergable para las plataformas digitales el asumir una actitud proactiva para dejar de aparecer como “el problema” y convertirse en parte de la solución del mismo.

V. Recomendaciones estratégicas.

- A partir de lo recién anotado se precisa tomar la iniciativa sin eludir problemas que llegaren a plantearse en una discusión amplia y abierta.
- Realizar estudios y encomendar trabajos empíricos que les permitan disponer de información susceptible de confrontar con las que de seguro aparecerán o están en proceso de elaboración.

- Incluir un diagnóstico que comprenda, cuando sea el caso, la autocrítica para que se advierta con claridad que la motivación es resolver el problema no obstaculizar su solución.
- Proponer el diseño de políticas públicas con intervención de terceros neutrales o desinteresados que incluyan entre sus apuntes una clara distinción entre lo que son las necesarias modificaciones al marco normativo de los problemas de implementación y de gestión. La confusión de estos aspectos con seguridad contribuirá al embrollo del problema.
- Prepararse para enfrentar litigios laborales los cuales se recomienda abordar con ánimo conciliador tal como se señaló líneas arriba.
- Estudiar soluciones auto regulatorias y de atención pronta de diferencias y conflictos que puedan en su momento aportarse como medios de prueba, así sea al menos de la buena voluntad de parte de las plataformas.