

ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS – AFIP
DIRECCION GENERAL DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL
DIRECCION REGIONAL DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL NORTE
DIVISION FISCALIZACION DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 1

AGRADEZCO A LA ORGANIZACIÓN IBEROAMERICANA DE LA SEGURIDAD SOCIAL QUE CON LA COLABORACION DE COLPENSIONES Y EL APOYO DE LA AGENCIA ESPAÑOLA DE COOPERACION INTERNACIONAL AL DESARROLLO HICIERON POSIBLE LA REALIZACION DEL PRESENTE FORO.

TAMBIEN AGRADEZCO AL ORGANISMO AL CUAL PERTENEZCO, LA ADMINISTRACION FEDERAL DE INGRESOS PUBLICOS POR HABERME DESIGNADO PARA PARTICIPAR DE ESTE PRESTIGIOSO EVENTO, Y EN ESPECIAL A LA DIRECTORA GENERAL DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL, MARA RUIZ MALEC, AL SUBDIRECTOR GENERAL DE COORDINACION OPERATIVA DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL LEANDRO MACIA, AL DIRECTOR REGIONAL DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL NORTE EMILIANO RE, A LA JEFA DE LA DIVISION FISCALIZACION DE LOS RECURSOS DE LA SEGURIDAD SOCIAL N° 1 VALERIA QUERIO, AL INSPECTOR MARCELO SALVAI Y A MI FAMILIA, QUE SOPORTARON POR TANTO TIEMPO MI DEDICACION A ESTE TRABAJO. A TODOS ELLOS..... GRACIAS

EMPLEADORES INFORMALES ENCUBIERTOS EN LAS APP's

Hoy en día el mundo está experimentando continuos cambios gracias a la informática y los avances tecnológicos, pero algunos sujetos aprovechan estos avances para utilizarlos en provecho de obtener mas utilidades a costa de que otras personas mas indefensas pierdan no sólo económicamente, sino también sus derechos, y resulta de fundamental importancia que los organismos de la seguridad social no se dejen engañar por los desarrollos informáticos mal utilizados y que tratan de ocultar la existencia de una relación laboral original y pura, porque su

encubrimiento no hace mas que provocar la pérdida de uno de los derechos mas importantes para el ciudadano, como es su inclusión en el sistema de la seguridad social y su reconocimiento como verdadero trabajador.

La experiencia argentina sobre el análisis del trabajo de personas a través de plataformas informáticas o comúnmente llamadas APP's se basó en varias fiscalizaciones llevadas a cabo por la Administración Federal de Ingresos Públicos realizadas a empresas que utilizan estas APP's, en particular podemos comentar el caso de una empresa (que en adelante la llamaremos "R"), cuya principal actividad consiste en conectar al usuario de una aplicación informática con la comida o pedido de un determinado restaurante o comercio, para que sus repartidores entreguen el producto al domicilio del cliente o "consumidor final del bien adquirido". Dicho negocio logra en poner a disposición de los usuarios un servicio de repartidores propios en todo el territorio de la República Argentina.

Para inscribirse como repartidor de "R", el interesado debe ingresar a la página web de la empresa, en la cual se expresan los requisitos, entre ellos se pueden mencionar los siguientes:

- Tener automóvil, motocicleta o bicicleta
- Poseer un teléfono móvil con cámara fotográfica frontal

"R" consideró inicialmente que dichos repartidores eran considerados "proveedores" de dicha empresa.

Cabe mencionar que si un interesado desea registrarse como repartidor de "R", debe ingresar su identificación personal en su página web y la misma le ofrece la oportunidad de inscribirlo ante el organismo contralor (AFIP) en un régimen impositivo y previsional simplificado y que no comprende relación de dependencia, sino la inscripción como una persona que desarrolla una actividad independiente.

En Argentina dicho régimen simplificado lo llamamos "Monotributo" y tiene como particularidad que a través del pago de una sola cuota se ingresan los

siguiente componentes: el impositivo, la jubilación y el aporte a una cobertura de Obra Social.

“R” en ninguna oportunidad ofrece al interesado la posibilidad de optar por pertenecer a la nómina salarial de la empresa ni estar caracterizado bajo otra forma impositiva que no sea la de inscripto en el “Monotributo”; es decir, para trabajar en “R” el interesado debe ser “Monotributista”, no existe otra opción a su disposición o elección, y además firmar un contrato estandarizado con cláusulas fijadas por “R” e inalterables o sin posibilidad de ser modificadas por el repartidor.

Es de destacar que los proveedores “reales” de servicios o productos de “R”, y no me refiero a los repartidores no ingresan a dicha página web; es mas, no hay ninguna posibilidad de registrarse como proveedor a través de la página web de “R”.

Cabe mencionar que la actividad principal de “R” es la entrega de un producto cuyo origen es seleccionado y pagado por un cliente o consumidor final; “R” cumple una función de “intermediario” entre un comercio y su cliente. El comercio que vende un producto no conoce la identidad del repartidor ni posee la opción de seleccionarlo, solamente contrata el servicio de “R” para que el repartidor lo entregue a su cliente (el consumidor final), y de esta forma el comercio evita la contratación formal de personal propio en relación de dependencia para efectuar las tareas de reparto o “delivery” de sus productos vendidos.

En consecuencia, los repartidores constituyen el medio principal para que “R” obtenga ingresos; sin los mencionados repartidores, ésta empresa no llevaría a cabo su actividad; así como por ejemplo una empresa constructora necesita de sus “albañiles”, un lavadero de automóviles necesita de sus “lavadores”, un colegio privado necesita de sus “maestros o profesores”, y así infinidad de actividades que dependen del recurso humano, y cuyo personal se encuentra registrado en relación de dependencia.

Cabe mencionar además, que solamente pueden entregar los pedidos aquellos repartidores registrados en “R”, por lo tanto, los repartidores dependen exclusivamente de la aplicación informática para retirar un producto de un

determinado comercio (que posee un convenio previamente firmado con “R”) y entregarlo al comprador, cuya información relativa a su identificación y ubicación geográfica es aportada por la misma APP. Es decir, es la misma APP de “R” que le “ordena” al repartidor la tarea que debe realizar.

Asimismo, si un repartidor se demora en la entrega del producto o no cumple con los tiempos estandarizados para cumplir con el circuito de “retiro” y “entrega” del producto, la empresa lo penaliza ordenándole entregas de productos de mayor distancia. Cabe aclarar que el repartidor no cobra un porcentaje del producto entregado, sino un importe fijo y en consecuencia, cuanto mayor sea la distancia de entrega, mayor tiempo demorará en volver a retirar otro producto de un comercio.

Al finalizar un período semanal o mensual, la misma empresa es quien le indica al repartidor el importe de la factura que éste debe entregarle en concepto de “locación de servicios”, como si el mismo fuera un proveedor externo.

Observamos con esta metodología, que la dependencia del repartidor con la aplicación informática es total, el repartidor no puede elegir cual producto entregar o a cual comercio frecuentar, solamente recibe las ordenes e indicaciones de “R”.

Por lo expuesto, los repartidores no pueden ser considerados “proveedores” ni “prestadores de servicios”, ya que además, ellos no eligen inscribirse en el Monotributo con la finalidad de efectuar repartos para que cualquier empresa contrate sus servicios, lo hacen “específicamente” para trabajar en “R”, estando obligados a movilizarse con indumentaria y/o elementos que reflejan o exponen el logo comercial de la empresa, estando además “obligados” a utilizar una aplicación informática en su teléfono móvil, que es propiedad de “R” y para su uso exclusivo.

En consecuencia, para el repartidor que trabaja en “R”, su herramienta principal de trabajo no es su medio de transporte sino la “aplicación informática (APP)” que es suministrada por la empresa mencionada, y es ésta quien instruye o capacita al repartidor respecto a cómo debe proceder para efectuar los repartos o desarrollar su actividad. Asimismo, el repartidor no posee la facultad de decidir o cuantificar el costo de su servicio, ya que sus ingresos son fijados “unilateralmente”

por “R” en forma arbitraria, por lo cual se pierde la figura de “proveedor” como fuera identificado por “R”.

También se pudo verificar que “R” contrataba un seguro por accidentes de tránsito para cada repartidor, cuyo costo se encuentra a cargo de la propia empresa, lo cual resulta ser un detalle importante, ya que si el repartidor fuera considerado realmente como un proveedor por parte de “R”, ésta no le abonaría ningún seguro, ya que dicho costo debería ser contratado y costado independientemente por el propio proveedor.

Gracias al trabajo inicial del Ministerio de Trabajo de la Provincia de Buenos Aires y por medio de sus funcionarios que llevaron a cabo relevamientos a los repartidores en la vía pública, se pudieron localizar a los mismos en los domicilios donde se encuentran los comercios adheridos a la APP ya que se encontraban esperando los pedidos que debían entregar a los usuarios o consumidores finales, al efectuarles determinadas preguntas, se observó que los repartidores se expresaban como empleados dependientes y no como proveedores de una empresa.

Tras la finalización del procedimiento administrativo, se le impuso a “R” una sanción de multa, la cual fue recurrida en la justicia a fin de que se revoque la sanción impuesta basándose en dos principales cuestiones:

- “Los repartidores relevados, se vinculan con la empresa comercialmente mediante un contrato de locación de servicios, para lo cual facturan sus honorarios en función del tiempo y tarea profesionalmente rendida, lo que no implica subordinación técnica, jurídica ni económica, no constituyendo por ende una relación laboral.”
- “El Ministerio de Trabajo no puede asumir la condición de juez natural y determinar la existencia de una relación laboral.”

Pero el fallo judicial se emitió de forma favorable para el fisco ratificando la sanción impuesta por la autoridad administrativa laboral, resultando evidentes para

la justicia las notas tipificantes de una relación regida por el derecho del trabajo, por cuanto existe subordinación técnica, jurídica y económica.

Además, los magistrados aclararon que la empresa no logró "acreditar las características de la relación jurídica por ella invocada (trabajo autónomo, contrato de locación de servicios), imperativo de su propio interés que claramente no cumplió en la especie".

Para poder determinar las remuneraciones que percibían los repartidores, se llevó a cabo un relevamiento minucioso de las facturas emitidas por los repartidores a la empresa "R", observando que los conceptos facturados correspondían al porcentaje que oportunamente se había fijado unilateralmente por "R" en los contratos firmados al iniciarse la relación laboral con el repartidor, y lo cual resultó ser de especial importancia para poder cuantificar las remuneraciones imponibles para la determinación de los recursos de la seguridad social.

Ahora bien, en otra de las fiscalizaciones efectuada a otra empresa de idéntica actividad y modalidad de contratación de sus repartidores, se observó que los mismos no entregaban sus facturas a la empresa para la que trabajaban sino que lo hacían a los consumidores finales de adquirían los productos a través de la APP, pero los repartidores desconocían la identidad del receptor de su factura y también desconocía el momento en que la misma se confeccionaba, ya que existía una empresa diferente encargada de emitir las facturas de cada uno de los repartidores y con el total desconocimiento de los repartidores. Nótese que en este caso, estamos en presencia de un dominio casi esclavizador de la empresa hacia el repartidor, ya que el mismo no tiene ni siquiera el derecho de emitir sus propias facturas.

En este último caso mencionado, para determinar las remuneraciones imponibles para los recursos de la Seguridad Social, se pudo obtener los importes de las entregas efectuadas por cada repartidor. En conclusión, no importa cual sea el elemento para determinar o cuantificar las remuneraciones de los repartidores, sino considerar inicialmente la verdadera relación de dependencia de cada trabajador.

En conclusión, una vez determinada la relación laboral, se utilizaron las herramientas informáticas del organismo para poder obtener el detalle de las facturas emitidas por los repartidores y así cuantificar las remuneraciones imponibles.

Cabe mencionar además que en los dos casos comentados anteriormente, se observó que ambas empresas obligaban a los repartidores a utilizar indumentaria y accesorios para trasladar los productos con la identificación de la marca comercial de cada empresa.

Para lograr la regularización de estos trabajadores, no dejamos de considerar la utilización de la legislación laboral vigente a los fines de determinar las actividades consideradas como “trabajo dependiente”, base única e indiscutible para cuantificar los Aportes y Contribuciones con destino a la Seguridad Social y defender así los derechos de los trabajadores cuando los mismos son violados por empresas que poseen los medios o recursos suficientes para desvirtuar o intentar ocultar la real relación de dependencia.

Por lo expuesto, fue opinión de los fiscalizadores no dejar de considerar el principio de “Primacía de la realidad”, que según el diccionario de la Real Academia Española, la voz “primacía” (en su primera acepción semántica) alude a "superioridad, ventaja o excelencia que algo tiene con respecto a otra cosa de su especie...". A su vez, “realidad” es definida como "existencia real y efectiva de algo"; y en una tercera variante como "Lo que es efectivo o tiene valor práctico, en contraposición con lo fantástico e ilusorio".

Cabe mencionar también, que este principio está esencialmente destinado a otorgar prioridad a los hechos, es decir a lo que efectivamente ha ocurrido en la realidad, por sobre las formas o apariencias o lo que las partes han convenido formalmente o por escrito

.

El principio de “Primacía de la realidad” exige -como primera derivación natural- que, en caso de discordancia entre lo que ocurre en la práctica y lo que

surge de documentos o acuerdos escritos, se acuerde preferencia a lo primero, es decir a lo que ocurre en el terreno de los hechos.

Es decir, el principio de primacía de la realidad ingresa al ámbito de las relaciones laborales para que éstas sean juzgadas y valoradas por su auténtico contenido fáctico; acaso intuyendo la natural inclinación de los hombres que pretenden adulterar la fisonomía de este vínculo con diversas máscaras formales, no pocas veces con el fin de sustraerse de los efectos de la regulación laboral.

Sin embargo, no se quiere expresar con ello que en el Derecho Laboral no tengan validez las estipulaciones contractuales dentro del ámbito admitido por la Ley una vez asegurados los mínimos que fijan las disposiciones del orden público laboral, sino que son ellas eficaces en la medida en que se acredite que se ajustan a lo que las partes (expresa o tácitamente) actuaron realmente en el cumplimiento de sus débitos.

No se trata de despreciar el valor de las convenciones formales, lo cual sería inapropiado, puesto que constituyen una fuente incuestionable de derecho, sino de conferir preponderancia a la realidad, principalmente mediante la posibilidad de presentar la prueba en contrario que desvirtúe la estipulación contractual cuando ésta obnubila la realidad. Concluyendo que solamente en honor a la verdad de los hechos, el derecho laboral autoriza a postergar la verdad de las formas.

El análisis expuesto precedentemente resulta ser la repercusión del “Principio protectorio” lo que justifica (en el plano de derecho) la intensificación del principio de primacía de la realidad en el Derecho Laboral.

Haciendo hincapié en la modalidad vincular entre ambos principios, cabe indicar que el de primacía de la realidad está estrechamente conectado con el principio protectorio, jugando como un complemento auxiliar a fin de que éste no pueda ser disimulado en los hechos mediante la adopción de algunas figuras jurídicas que disimulan la realidad. De todos modos, cabe hacer notar que el mayor protagonismo que cobra el principio de primacía de la realidad en el ámbito del trabajo es una consecuencia lógica de las exigencias del principio protectorio. Con

más precisión, cabe subrayar que el principio de primacía de la realidad opera como una garantía de eficacia del principio protectorio en el plano de los hechos reales.

De no ser así, no tendría sentido el carácter protectorio del derecho del trabajo, pues bastaría adoptar (ya por mutuo acuerdo o por imposición del empleador), una forma jurídica no laboral, para burlar el propósito de toda esta rama jurídica. Como conclusión *“en la medida en que no se pruebe la realidad de la prestación, la misma deberá ser calificada de laboral, y sujeta en consecuencia a las normas propias del Derecho del Trabajo”*.

Asimismo, la Ley de Contratos de Trabajo en la República Argentina expresa que *“Habrá contrato de trabajo, cualquiera sea su forma o denominación, siempre que una persona física se obligue a realizar actos, ejecutar obras o prestar servicios en favor de la otra y bajo la dependencia de ésta, durante un período determinado o indeterminado de tiempo, mediante el pago de una remuneración. Sus cláusulas, en cuanto a la forma y condiciones de la prestación, quedan sometidas a las disposiciones de orden público, los estatutos, las convenciones colectivas o los laudos con fuerza de tales y los usos y costumbres”*.

Del texto de dicha norma se desprenden algunas de las notas tipificantes del contrato de trabajo, entre ellas se pueden destacar por su importancia la ajenidad y la subordinación o dependencia.

La primera de ellas supone que el trabajador:

- Es ajeno a los frutos o productos que realiza.
- Es ajeno a la disposición del trabajo, ya que es el empleador quien organiza la actividad.
- Es ajeno a los riesgos ya que el resultado final perseguido por el empleador no compromete, en principio, al trabajador.

Por su parte, la subordinación o dependencia se evidencia en tres aspectos que se detallan a continuación:

- Subordinación jurídica: se manifiesta por el derecho del empleador de dar instrucciones u órdenes y la correlativa obligación del trabajador de acatarlas.
- Subordinación técnica: se refiere a que el trabajador pone a disposición del empleador sus conocimientos técnicos sobre las tareas que desarrolla, debiendo seguir las instrucciones generales del empleador.
- Subordinación económica: el trabajador recibe una remuneración por parte del empleador por poner a disposición de éste su fuerza de trabajo independientemente de la suerte económica de la empresa.

Considerando los tres elementos recién mencionados, cabe recordar determinadas características del caso que se acaba de exponer:

- La obligación del repartidor a suscribir el contrato o convenio fijado unilateralmente por la empresa y sin posibilidades de que el trabajador proponga o realice modificación alguna y por el cual se fijan todas las pautas laborales, de utilización de indumentaria, sanciones, y principalmente de retribución, entre otras.
- La dependencia “exclusiva” que posee el trabajador con la APP, ya que dicha herramienta de trabajo no solamente le ordena al repartidor la tarea que debe realizar, sino que también controla si lo efectuó adecuadamente o respetando las exigencias establecidas por la empresa.

Por todo lo expuesto, nuestra fiscalización concluyó que existían elementos suficientes para proceder a determinar los ajustes correspondientes a los Aportes y Contribuciones de la Seguridad Social considerando los importes abonados por “R” a sus repartidores.

Al margen de la fiscalización llevada a cabo, se expresan a continuación algunas cifras que pueden resultar interesantes y que ejemplifican la retribución de un repartidor en una determinada fecha (Marzo/2020):

- Sueldo Mínimo Vital y Móvil: \$ 16.875.-
- Retribución por cada envío: \$ 25.-
- Se necesitan 675 envíos por mes para percibir el equivalente a un SMVM
- Si un repartidor trabaja 25 días al mes, debería realizar 27 envíos diarios para alcanzar los 675 mensuales
- Si cada envío representa aproximadamente 30 minutos, un repartidor debe trabajar durante mas de 13 horas por día durante 25 días al mes para percibir solamente un SMVM.

Los 30 minutos de tiempo que representa cada envío se determinó de la siguiente manera: El repartidor debe presentarse en el comercio, anunciar el producto que retira y esperar a que el mismo se termine de preparar (incluye embalaje o envoltorio, tiempo cocción en algunos casos, etc.), entregar el producto a su destino puede consumirle 10 minutos aproximadamente, y en consecuencia necesita otros 10 minutos para dirigirse a otro comercio a retirar otro producto, los 5 minutos restantes fueron calculados para la entrega del producto, llamar al comprador, esperar que lo atienda, en algunos casos cobrarle, entregarle el producto, y registrar la finalización del pedido en la misma APP.

No debemos olvidar, que los repartidores no cuentan con vacaciones, ni licencias por enfermedad ni por estudio, si no trabajan o sufren algún inconveniente personal no perciben retribución alguna.

Además, con la labor realizada en tres fiscalizaciones a diferentes empresas de APP's, se pudo determinar la relación de dependencia de 60.000 trabajadores aproximadamente, que de lo contrario se encontrarían excluidos del sistema previsional o sin el resguardo de la seguridad social, y de este trabajo no solamente se puede obtener una recaudación que nutra al sistema previsional, sino que además se defienden los derechos de las personas, el respeto a su trabajo dependiente y fundamentalmente su inclusión social.