

Revista Internacional y Comparada de

**RELACIONES
LABORALES Y
DERECHO
DEL EMPLEO**

Escuela Internacional de Alta Formación en Relaciones Laborales y de Trabajo de ADAPT

Comité de Gestión Editorial

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Michele Tiraboschi (*Italia*)

Directores Científicos

Mark S. Anner (*Estados Unidos*), Pablo Arellano Ortiz (*Chile*), Lance Compa (*Estados Unidos*), Jesús Cruz Villalón (*España*), Luis Enrique De la Villa Gil (*España*), Jordi Garcia Viña (*España*), Adrián Goldin (*Argentina*), Julio Armando Grisolia (*Argentina*), Óscar Hernández (*Venezuela*), María Patricia Kurczyn Villalobos (*México*), Lourdes Mella Méndez (*España*), Antonio Ojeda Avilés (*España*), Barbara Palli (*Francia*), Juan Raso Delgue (*Uruguay*), Carlos Reynoso Castillo (*México*), Raúl G. Saco Barrios (*Perú*), Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*), Malcolm Sargeant (*Reino Unido*), Michele Tiraboschi (*Italia*), Anil Verma (*Canada*), Marcin Wujczyk (*Polonia*)

Comité Evaluador

Fernando Ballester Laguna (*España*), Francisco J. Barba (*España*), Ricardo Barona Betancourt (*Colombia*), Esther Carrizosa Prieto (*España*), M^a José Cervilla Garzón (*España*), Henar Álvarez Cuesta (*España*), Juan Escribano Gutiérrez (*España*), Rodrigo Garcia Schwarz (*Brasil*), José Luis Gil y Gil (*España*), Sandra Goldflus (*Uruguay*), Djamil Tony Kahale Carrillo (*España*), Gabriela Mendizábal Bermúdez (*México*), María Ascensión Morales (*México*), Juan Manuel Moreno Díaz (*España*), Pilar Núñez-Cortés Contreras (*España*), Eleonora G. Peliza (*Argentina*), Salvador Perán Quesada (*España*), María Salas Porras (*España*), José Sánchez Pérez (*España*), Esperanza Macarena Sierra Benítez (*España*)

Comité de Redacción

Omar Ernesto Castro Güiza (*Colombia*), María Alejandra Chacon Ospina (*Colombia*), Silvia Fernández Martínez (*España*), Paulina Galicia (*México*), Noemi Monroy (*México*), Juan Pablo Mugnolo (*Argentina*), Lavinia Serrani (*Italia*), Carmen Solís Prieto (*España*), Francesca Sperotti (*Italia*), Marcela Vigna (*Uruguay*)

Redactor Responsable de la Revisión final de la Revista

Alfredo Sánchez-Castañeda (*México*)

Redactor Responsable de la Gestión Digital

Tomaso Tiraboschi (*ADAPT Technologies*)

La economía digital y los nuevos trabajadores: un marco contractual necesitado de delimitación

Esther GUERRERO VIZUETE*

RESUMEN: La economía digital o *uber economy* ha transformado no solo la forma de prestar los servicios sino también los vínculos contractuales hasta entonces existentes entre quien presta un servicio y quien lo remunera. Las nuevas formas de trabajar están poniendo de manifiesto que ha surgido un nuevo tipo de trabajador, más independiente, más autónomo en su gestión si bien sometido a un empleador digital, el cual entre otros aspectos, controla y evalúa la calidad de sus servicios, y por tanto, la continuidad de su prestación por referencia a la información facilitada por un tercero: el usuario. Los caracteres que están delimitando estas nuevas formas de trabajar en la industria 4.0. están situando de nuevo a un amplio colectivo de trabajadores en una zona gris dentro del binomio trabajo por cuenta propia-trabajo por cuenta ajena. La finalidad de este trabajo será analizar los rasgos de estas nuevas prestaciones de servicios, su inclusión en el ámbito del trabajo por cuenta propia o por cuenta ajena, y en cualquiera de ambos supuestos, delimitar las bases de su marco contractual.

Palabras clave: Economía colaborativa, contratación bajo demanda, trabajador autónomo, relación laboral.

SUMARIO: 1. La transformación del mercado de trabajo: de la empresa fordista a la empresa digital. 1.1. Modelos económicos de intermediación: concepto y tipología 2. La heterogeneidad de la prestación de servicios en el trabajo digital y su protección jurídica. 2.1. Trabajadores autónomos, dependientes o la insuficiencia de los presupuestos clásicos delimitadores de las prestaciones de servicios. 3. Hacia un nuevo marco jurídico en beneficio del contratante débil. 4. Conclusiones. 5. Bibliografía.

* Investigadora postdoctoral. Profesora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad Rovira y Virgili. Orcid 00000-0001-9710-4823.

The digital economy and the new workers: a contractual framework in need of delimitation

ABSTRACT: The digital economy or uber economy has transformed not only the way services are provided but also the contractual links that existed up to then between the person who provides a service and who pays for it. The new ways of working are showing that a new type of worker has emerged, more independent, more autonomous in its management, although subject to a digital employer, which, among other aspects, controls and evaluates the quality of its services, and therefore, the continuity of its provision by reference to the information provided by a third party: the user. The requirements that are defining these new ways of working in the industry 4.0. are locating a large group of workers in a gray area. The purpose of this work will be to analyze the features of these new provision of services, their inclusion in the field of work for their own account or the salaried work, and in either case, define the bases of their contractual framework.

Key Words: Sharing economy, on demand economy, independent contractor, employment relationship.

1. La transformación del mercado de trabajo: de la empresa fordista a la empresa digital

Las nuevas formas emergentes de trabajo integradas en lo que se ha venido a llamar economía colaborativa están revolucionando los modelos de relaciones laborales existentes en la mayor parte de los países desarrollados. Las razones son heterogéneas si bien destacaremos únicamente dos: por un lado, la inmediatez y relativa facilidad con que los potenciales clientes pueden acceder a los bienes y servicios canalizados a través de plataformas digitales y por otro, el amplio colectivo de prestadores de servicios que pueden facilitarlos encuadrados en un régimen de flexibilidad hasta ahora poco explorada¹. Decimos flexibilidad porque quien presta el servicio puede hacerlo con carácter ocasional o periódico, de forma profesional o no, a jornada completa o parcial, con la finalidad de completar su nivel de ingresos o bien como vía de expandir los bienes y servicios que ya distribuye a través de su empresa tradicional. Las ventajas que *a priori* pueden observarse en estos nuevos modelos de negocio no esconden, sin embargo, una realidad que puede situarnos de nuevo ante los mismos problemas que surgieron en los albores del Derecho del Trabajo.

Como rasgos positivos se señalan la generación de nuevas oportunidades de negocio y empleo, en particular para empresas innovadoras, junto a nuevos modelos de producción más flexibles, que permiten un aumento de la productividad y la competitividad mediante una utilización más eficiente de los recursos. Estos modelos productivos se caracterizan por su deslocalización y por la inmediatez que proporcionan las nuevas tecnologías, lo cual se traduce en precios más bajos, una mayor diversidad de servicios y una mejor adaptación a las demandas de los consumidores.

No obstante, las sombras que se ciernen sobre estas nuevas prestaciones de servicios no pueden ser obviadas. Con el término *uberización* se hace referencia a una generalización de la economía colaborativa en la que destacan sus efectos negativos: la desregulación y la falta de protección

¹ La Comisión Nacional del Mercado de la Competencia (CNMC) en su Estudio sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa (resultados preliminares) de marzo de 2016 señala cuatro factores de desarrollo de los nuevos modelos de prestaciones de servicios: 1. Económicos, cuyo epicentro viene constituido por la crisis económica y un cambio en el modo de acceso a los bienes y servicios en el que la propiedad es sustituida por la cesión temporal; 2. Tecnológicos, en el que el impulso de las TIC junto con el desarrollo del comercio electrónico y la seguridad del pago on line han contribuido a este desarrollo exponencial; 3. Socio-culturales guiados por un cambio en las necesidades y pautas de consumo de los ciudadanos; y 4. La ausencia de una reglamentación adecuada al ejercicio de estas plataformas.

social². En lo que al presente trabajo interesa el punto de partida puede situarse en el inmovilismo de las categorías jurídicas tradicionales o quizá, avanzando un poco más, en la tradicional reticencia a aventurarse hacia la formulación de un nuevo concepto de trabajador que supere el tradicional binomio trabajo por cuenta propia-trabajo por cuenta ajena. En cualquier caso, lo único cierto es que en un periodo de tiempo relativamente breve hemos pasado de una producción de bienes y servicios a través de un modelo de empresa fordista, caracterizada por la concentración de un gran número de trabajadores en un centro de trabajo físico con una estructura organizativa jerarquizada en la que la figura del empleador era fácilmente delimitable, a una segunda etapa caracterizada por un modelo de empresa descentralizada en la que la mayor parte de sus fases productivas se externalizan a terceros ajenos (ya se trate de otras empresas o de trabajadores autónomos) con el fin declarado de reducción de costes y maximización del beneficio; y por último, en la actualidad, nos encontramos en un tercer estadio, el mercado abierto, en el que confluyen nuevos modelos de negocio basados en las tecnologías de la información y de la comunicación (TIC) y en los que los límites entre prestadores de servicios, usuarios y empresarios son extraordinariamente móviles.

Asistimos de esta forma al nacimiento de nuevos modelos económicos en los que las TIC permiten compartir, ceder bienes o prestar servicios de forma temporal, sin apenas trabas administrativas, satisfaciendo una necesidad de y por sujetos que pueden intervenir tanto en calidad de proveedores como en calidad de usuarios, habiéndose acuñado al efecto el término de *prosumidor*. Esta rápida proliferación ha llevado a la Unión Europea a analizar los problemas que su encaje en los marcos jurídicos existentes pueden plantear, en particular, los derivados de los derechos y obligaciones de las personas que participan en estos nuevos modelos de negocio³. Asimismo, a nivel interno, la mayoría de los países han abierto, con un mayor o menor entusiasmo, un debate legal, doctrinal y judicial sobre cómo ordenar estas prestaciones de servicios realizadas a través de las plataformas digitales. Una cuestión que va más allá del simple

² Páramo Montero, P., “Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 128, 2017, p. 190.

³ La Comisión en su comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, Bruselas, 02.06.2016 COM (2016) 356 final, p. 1, junto con los beneficios que esta forma de prestación de servicios reportará en términos de empleo y crecimiento económico señala que la dificultad de fijar los límites entre los sujetos intervinientes puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables lo cual puede ser aprovechado para eludir normas diseñadas para proteger el interés público.

etiquetado jurídico, y como tendremos ocasión de señalar, nos obligará a reconsiderar los conceptos sobre los que tradicionalmente se han asentado las notas configuradoras de la laboralidad o extralaboralidad de las prestaciones de servicios.

En cualquier caso, la diversidad de las nuevas formas de trabajo que emergen del uso de las plataformas digitales requiere abordar en primer término el concepto y la tipología de los modelos económicos de intermediación que actualmente son identificables, sin los cuales no es posible determinar el marco jurídico al que cada vez un mayor número de personas deben quedar sometidas.

1.1. Modelos económicos de intermediación: concepto y tipología

En la identificación de los distintos modelos de intermediación, no sin cierta dificultad dada la diversa terminología que está siendo utilizada, tomaremos como punto de partida el tipo de prestaciones que se canalizan a través de las plataformas digitales. De este modo, en función de la actividad que subyace, la finalidad de la plataforma digital puede ser: a) la venta o el alquiler de bienes b) la prestación de un servicio. A su vez, la plataforma puede tener un carácter genérico o específico. En el primer tipo su función se limita a la simple puesta en contacto entre quien ofrece un bien o servicio del tipo que sea y quien lo requiere, actuando la plataforma a modo de tablón de anuncios⁴; Por el contrario, si la plataforma tiene un carácter específico, su objetivo se centra en proporcionar un tipo determinado de bienes o servicios, por lo que el control que ejercen sobre los prestadores es mayor al ir asociada la prestación a la imagen de la plataforma digital y depender de la satisfacción de los usuarios para su propia subsistencia. Responden al primer tipo de plataformas digitales Wallapop o Ebay y a las segundas Uber, Amazon Turk o Just eat.

Dada la diversidad de servicios y formas de actuar tanto de la plataforma digital como de los usuarios/prestadores es conveniente abordar su tipología como paso previo a la determinación del tipo de relaciones jurídicas que se desarrollan en su interior. Desde esta perspectiva es posible señalar tres modelos económicos de intermediación:

1. Economía colaborativa (*sharing/ Collaborative economy*)

⁴ Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 23.

2. Economía bajo demanda (*on demand economy, gig economy*)
3. Economía de acceso (*access economy*)

Respecto al primero de ellos, la economía colaborativa puede ser definida como aquel “modelo de negocio en el que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”⁵. Su principal innovación reside en que cualquier persona puede intervenir proveyendo a otras mediante la cesión de un bien o de un servicio con carácter temporal. El eje sobre el que pivota esta transacción es la plataforma digital la cual, sin intervenir en la actividad subyacente, simplemente pone en contacto a particulares entre sí (*peers to peers*) o a particulares y profesionales pudiendo mediar o no contraprestación. La empresa, como centro de producción y distribución, pasa así a un segundo plano. Ejemplos de este modelo de negocio son Blabacar o Airbnb. En el primero, quien va a realizar un trayecto por carretera busca otros pasajeros con quien compartirlo como vía de reducción de costes. No nos encontramos ante un servicio de transporte porque los posibles pasajeros no deciden los detalles sobre cómo se realizará el concreto desplazamiento (día de realización, si se realizará por autopista o por carretera secundaria etc.); simplemente se adhieren al propuesto por el propietario del vehículo. De esta forma “al tener el servicio un carácter secundario, no es necesario la aplicación de la legislación laboral”⁶. En el segundo, bajo el lema “nuestra casa es tu casa”, la plataforma digital Airbnb pone en contacto a quien quiere ceder su propiedad durante un determinado periodo de tiempo y quien busca alojamiento en la ciudad en la que aquella se encuentra. Debemos advertir que la respuesta jurídica ante este mercado de alquiler a corto plazo es escasa y heterogénea. En ambos casos, el desarrollo de esta actividad por parte del prestador y propietario del bien solo planteará problemas de calificación jurídica cuando no tengan un carácter esporádico u ocasional, es decir, cuando sea ejercida con habitualidad⁷, momento en el que debe

⁵ Definición contenida en la Comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, *op. cit.*, p. 2.

⁶ “Se entiende que el propietario del bien que se va a alquilar se encuentra en una posición de poder que no requiere de protección laboral”. Todolí Signes, A., *El trabajo en la economía colaborativa*, *op. cit.*, p. 14.

⁷ Sobre la concurrencia de la habitualidad en la actividad de alquiler de viviendas a corto plazo *vid* la Sentencia de 20 de noviembre de 2017 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo nº 1 de Cáceres en la que el juzgador acoge la definición de habitualidad contenida en el art. 2 del Decreto 65/2015 de 14 de abril, por el que se establece la ordenación y sistema de clasificación de los alojamientos de turismo rural de la Comunidad Autónoma de Extremadura. Esta norma presume la habitualidad “cuando se

delimitarse su condición de prestador profesional y por tanto, de trabajador autónomo a efectos de cumplir con las obligaciones fiscales y de Seguridad social que como tal le corresponderían.

En el segundo modelo, la economía bajo demanda, se hace referencia a “actividades económicas basadas en la utilización de plataformas de internet que permiten el *matching* inmediato entre el usuario que solicita un bien o un servicio y el sujeto que pretende facilitárselo”⁸. Se integran, por tanto, aquellas actividades a través de las cuales un particular o un profesional facilita un bien o un servicio a un consumidor. En este suministro, al igual que en el modelo anterior, la plataforma no interviene directamente limitándose a la puesta en contacto entre la oferta y la demanda, sometiendo al prestador y al cliente a unos códigos de actuación más o menos concretos. El usuario es el que demanda un bien o servicio según sus necesidades, y los potenciales proveedores lo proporcionan según esas preferencias a cambio de una contraprestación. La particularidad reside en que el prestador de servicios puede tener la cualidad de profesional o bien de simple particular. Constituyen la llamada “*on demand economy*” o “*Gig economy*” caracterizada por disponer por un lado, de un numeroso colectivo de prestadores de servicios dispuestos a realizar un trabajo, y de otro, un abanico de potenciales clientes que pueden requerir su realización. El problema de estas plataformas reside en que sus prestadores, ya se trate de profesionales o de “amateurs”, hoy por hoy y a salvo de lo que los tribunales puedan ir dictaminando al respecto, son trabajadores autónomos y por tanto no se encuentran protegidos por una legislación laboral que imponga salarios mínimos de contratación, jornadas máximas o tiempos de descanso.

Las prestaciones de servicios que se desarrollan en este modelo económico son las que plantean más dudas acerca de su delimitación jurídica debido a la diversidad de formas a través de las cuales pueden desarrollarse. Así podemos hablar de Crowdwork online o nube humana (también llamada Crowdsourcing), en la que los trabajadores reciben la tareas a realizar de las plataformas previa determinación de la misma por el cliente. En realidad se trata de micro tareas, consecuencia de dividir el

haga publicidad del servicio por cualquier medio o cuando se facilite alojamiento, mediante contraprestación económica en dos o más ocasiones durante un año”.

⁸ Dagnino, E., “Uber Law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, 2015, p. 4.

⁹ Utilizaremos este término para referirnos a aquellos sujetos que prestan servicios en estas plataformas no como actividad principal sino como medio para completar sus ingresos.

trabajo de un empleado formal en cientos de tareas las cuales se encargan de forma dispersa a través de la red. La estructura de este modelo de negocio se basa en una pluralidad de personas que trabajan en la red a través de programas de interfaz, siendo sujetos invisibles que trabajan de forma casi anónima¹⁰. En consecuencia, pueden realizar multitud de tareas para un único o una pluralidad de clientes. Su forma de retribución habitual es el destajo, al estar referenciada a la tarea en sí y no al tiempo empleado en su realización. Entre las ventajas que sus defensores alegan a esta nueva forma de trabajo se encuentra su extraordinaria flexibilidad para las empresas, “ya que antes era impensable contratar a una persona diez minutos para que realizase una tarea y pasados esos diez minutos, despedirla”¹¹. Muestra de este tipo de plataformas es Crowdfunder, que proporciona entre sus servicios la transformación de imágenes, pdfs y audios cortos en textos. Teniendo en cuenta que el fordismo se caracterizó por una producción masiva basada en el trabajo repetitivo y poco cualificado, a la luz de estas nuevas formas de trabajo cabe preguntarse si realmente hemos avanzado. Una respuesta que comienza a adoptar un sentido cada vez más negativo. En realidad, podríamos decir que no asistimos más que al tránsito hacia un fordismo individualizado por medio de internet.

Una segunda variante de la *on demand economy* es el Crowdfunder offline. En ella la prestación de servicios requiere de una ejecución física. Ejemplos de estas plataformas son Taskrabbit.com o su versión española Etece.es, en las que al trabajador se le encomienda la tarea de llevar el coche de un usuario al mecánico, montar un mueble o hacer cola para recoger unas entradas. En Trabeja.com los usuarios pueden incluso reservar al profesional indicándole el día y hora en que lo van a necesitar. En estas dos variantes de la economía bajo demanda, en las que los servicios se prestan bien on line o bien de forma presencial, es donde mayores dudas de calificación jurídica se están planteando.

Por último, la economía de acceso comprende “aquellas iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización del acceso a bienes y servicios, no su tenencia. Se trata de un alquiler temporal en lugar de una venta definitiva”¹². Su principal rasgo definitorio reside en que en este

¹⁰ Páramo Montero, P., *Las nuevas formas emergentes de trabajo...*, *op. cit.*, p. 188.

¹¹ Declaraciones efectuadas por Lucas Biewald, consejero delegado de la plataforma de micro tareas Crowdfunder recogidas en el artículo de opinión “¿Queremos mejorar el trabajo colaborativo online? Entonces hay que regularlo”, publicado en Nueva Sociedad, octubre 2016. Disponible en www.nuso.org.

¹² Definición contenida en el Dictamen del Comité de la Regiones Europeo “La dimensión local y regional de la economía colaborativa” (2016/C051/06). En este

modelo la plataforma digital sí interviene en la actividad subyacente por lo que no hay contacto alguno entre los usuarios. De este modo, estamos ante un modelo de negocio en el que una empresa, con un fin comercial, proporciona a sus usuarios un bien con carácter temporal. Si en un primer momento estos usos temporales se vincularon a la industria del ocio como es el caso de Spotify que permite oír música pero no almacenarla de forma permanente, no ha tardado en extenderse a otros ámbitos donde este cambio en el modo de obtener prestaciones producirá importantes efectos económicos¹³.

Diversidad de prestadores y clientes que interactúan teniendo como único punto de conexión una plataforma digital y una regulación jurídica que o bien no existe, en el caso de la plataforma, o cuyos presupuestos delimitadores se muestran insuficientes para articular una protección adecuada a su situación, en el caso de los trabajadores.

2. La heterogeneidad de las prestaciones de servicios en el trabajo digital y su protección jurídica

Estas nuevas empresas, nacidas en el entorno de lo que se ha venido en llamar la cuarta revolución industrial, aun cuando el contenido de sus prestaciones sea de muy variado signo, tienen como denominador común la vinculación con sus proveedores de servicios a través de la figura del trabajador autónomo. La razón es fácilmente explicable. En una economía basada en la reducción de costes, en la flexibilidad productiva y en la maximización del beneficio, las obligaciones que impone el ordenamiento

documento, todos estos fenómenos sociales se denominan de forma unificada como economía colaborativa distinguiendo a su vez dentro de ella dos categorías y 4 subcategorías: 1) Economía colaborativa en sentido estricto o a la carta. En esta categoría se incluye la economía de acceso y la economía de trabajos ocasionales o *gig economy*; 2) Economía de puesta en común, que viene integrada por la economía inter pares (*Collaborative economy*) en la que se fomentan iniciativas que implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad y la economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública (*commoning economy*) integrada por iniciativas de propiedad o gestión colectiva.

¹³ La plataforma digital Nu Tonomy, equivalente asiático de Uber, ya dispone de vehículos automatizados en prueba en la ciudad de Singapur. La posibilidad de utilizar un vehículo sin conductor durante el tiempo que estrictamente se precise supondrá según los expertos una importante reducción en la propiedad de vehículos lo que sin duda afectará seriamente a la industria del automóvil. The Economist cifró en un 90% la reducción de la solicitud de vehículos para satisfacer las demandas de transporte particulares. La economía de acceso y el fin de la propiedad individual. Información disponible en www.economistasfrentealacrisis.com (03 enero 2017).

laboral hacen que el trabajo subordinado sea escasamente atractivo como fórmula de vinculación jurídica. Y si a ello unimos el contexto económico en el que nos movemos, el cóctel de la precarización laboral está servido. Las altas tasas de desempleo existentes junto a la temporalidad de la contratación tradicional y a unos salarios que se alejan cada vez más del concepto de ingresos suficientes hacen que las plataformas digitales dispongan de abundante mano de obra, tanto no cualificada como profesional, para expandir sus mercados.

¿Negocio innovador o manifestación del capitalismo postmoderno? La respuesta está estrechamente vinculada a su previa identificación como empresa tecnológica o como empresa prestadora de servicios. Una calificación que hoy por hoy no existe en España¹⁴, aunque sí ha obtenido respuesta judicial en otros países en referencia a concretas plataformas que operan en la economía bajo demanda, lo que se ha traducido en la inclusión de sus prestadores en el ámbito de la laboralidad¹⁵. Sin embargo, entendemos que la heterogeneidad de plataformas, trabajadores y motivos por los cuales estos forman parte de la economía digital no debe traducirse en una laboralización generalizada de estas prestaciones.

¹⁴ La STJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15) entre la Asociación Profesional del Taxi y Uber Systems Spain S.L. en respuesta a una cuestión prejudicial en la que se preguntaba si la actividad realizada por UBER de intermediación entre el titular de un vehículo y la persona que necesita realizar un desplazamiento dentro de una ciudad, gestionando los medios informáticos que permitan su conexión, debía ser considerada a) una actividad de transporte, b) un servicio electrónico de intermediación o c) un servicio propio de la sociedad de la información señala que la actividad desarrollada debe calificarse de servicio en el ámbito de los transportes, remitiendo la regulación de la prestación a cada Estado Miembro. Para llegar a esta conclusión el tribunal europeo tiene en cuenta las condiciones en las que Uber lleva a cabo el servicio de intermediación, considerando que esta plataforma “ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores, fijando el precio máximo de la carrera para después abonar una parte al conductor no profesional, y ejerce un cierto control sobre la calidad de los vehículos así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores”.

Muchos han visto en esta sentencia una victoria frente al modelo de negocio que representa UBER si bien, en nuestra opinión y a efectos de calificar jurídicamente la prestación de servicios, la misma no declara su laboralidad sino más bien todo lo contrario, pues de acuerdo con la normativa española la mayor parte de los prestadores del servicio de transporte deben estar encuadrados como trabajadores autónomos.

En Portugal, el Tribunal de Relación de Lisboa en sentencia de 24 de noviembre de 2017 ha declarado ilegal la actividad de Uber Inc. en Portugal. Debe destacarse que el gobierno portugués aprobó en diciembre de 2016 una propuesta de ley, que aún no se ha tramitado, que legaliza las plataformas de transporte como Uber o Cabify.

¹⁵ El contenido de los pronunciamientos judiciales y un detallado análisis de los mismos en Páramo Montero, P., *Las nuevas formas emergentes de trabajo...*, *op. cit.*, pp. 197-200.

2.1. Trabajadores autónomos, dependientes o la insuficiencia de los presupuestos clásicos delimitadores de las prestaciones de servicios

La calificación de un trabajador digital como asalariado o como autónomo debe partir de un previo análisis acerca de la presencia o inexistencia de las notas caracterizadoras de una y otra forma de actuación en el mercado de trabajo. Los nuevos tiempos demandan un entendimiento de los rasgos definidores de las relaciones jurídicas que en muchos casos requerirán, no ya una modulación de su sentido tradicional, sino quizá una nueva construcción que supere el contexto en el que aquellos fueron formulados, requisito sin el cual el encuadramiento legal de estos trabajadores será de difícil consecución. La razón de ello es clara: asistimos a nuevas formas de trabajar, que están poniendo de relieve en opinión de algunos expertos la obsolescencia del Derecho del Trabajo¹⁶, a consecuencia de lo cual se requiere la configuración de nuevos elementos que los enmarquen jurídicamente. No obviemos que autonomía, coordinación y participación son ahora los rasgos diferenciadores frente a los presupuestos clásicos de laboralidad¹⁷.

La definición legal de trabajador asalariado ha girado desde la génesis del Derecho del Trabajo en torno a la concurrencia de cuatro presupuestos básicos: voluntariedad, dependencia, ajenidad y retribución. El primero y el último no plantean duda alguna acerca de su concurrencia. Respecto de la dependencia y la ajenidad debemos realizar unas consideraciones previas.

La dependencia, entendida como el sometimiento del trabajador al círculo rector, organicista y disciplinario del empresario, es el primer elemento que sirve a la identificación del carácter laboral del trabajador. Su delimitación en estos términos permite por un lado, un ajuste más flexible a nuevas prestaciones de servicios que desde hace décadas se integran en el trabajo asalariado; y por otro, permite extender el ámbito protector del Derecho del Trabajo hacia relaciones jurídicas en las que el no sometimiento del trabajador al círculo organicista del empleador cuestionaba su encaje en el Estatuto de los Trabajadores (ET). Es el caso

¹⁶ Alamán Calabuig, M. y Rodríguez-Piñero Royo, M., *La Agenda laboral de la economía colaborativa*, información publicada en expansión.com (27.09.2017).

¹⁷ Sagardoy de Simón, I.- Núñez.Cortés Contreras, P., “Economía colaborativa y relación laboral: ¿un binomio conflictivo?”, *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero-marzo, 2017, p. 96.

de los trabajadores a distancia (art. 13 ET), de los altos cargos directivos o de los artistas (art. 2 ET). La doctrina más autorizada puso de manifiesto que la dependencia supone “el sometimiento del trabajador a una facultad empresarial consistente en el permanente poder de especificación del objeto del contrato, esto es, en la posibilidad de determinar continuamente la forma en que la fuerza de trabajo se ha de traducir en actividad laboral útil para alcanzar los objetivos empresariales”¹⁸. Un poder de especificación que, sin embargo, fue posteriormente entendido como una simple integración del trabajador en una empresa ajena, de tal forma que la dependencia existe cuando los servicios que se prestan son los propios de la razón de ser de la empresa¹⁹. De este modo, el trabajador asalariado está sometido al poder de dirección del empresario manifestado en la obligación de cumplir sus órdenes careciendo de efectos jurídicos “el hecho de que el trabajador reciba pocas órdenes, si las que recibe las ha de cumplir en sus propios términos”²⁰. Esta flexibilización en el concepto de dependencia permite compatibilizar el trabajo organizado por el empresario con la existencia de un ámbito de autonomía del trabajador, disponiendo “de mayor libertad en la ejecución de su trabajo y correlativamente mayor grado de responsabilidad y de independencia organizativa”²¹. En definitiva, el trabajador puede ser más libre y autónomo en la ejecución de su prestación sin que ello deteriore el carácter laboral de su relación.

Este avance hacia una cierta autonomía en el ámbito del trabajo asalariado se encuentra seguida desde 2007 de un cierto “retroceso” de la independencia en el ámbito del trabajo autónomo. Su norma reguladora, la Ley 20/2007 de 11 de julio (LETA) permite respecto de una categoría cualificada de trabajadores autónomos, los dependientes económicamente (TRADE), que estén sometidos a una subordinación no solo económica sino también técnica, al disponer que las indicaciones de este carácter que reciban del cliente no influyen en el desarrollo de su actividad y en que ésta se realice con arreglo a criterios organizativos propios (art. 11.2.d LETA). De este modo, de los tres tipos de dependencia identificados por

¹⁸ Alarcón Caracuel, M.R., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 28, 1986, p. 524.

¹⁹ Luján Alcaraz, J., “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *Aranzadi Social*, n. 16, 2000, p. 9.

²⁰ De la Villa Gil, L.E., “El concepto de trabajador (en torno al artículo 1.1 ET)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2000, p. 59.

²¹ “El trabajador deviene más responsable, menos sumiso y más autónomo en su trabajo. En este nuevo tipo de trabajadores se aprecia una recuperación del espacio de independencia técnica que da la profesionalidad del trabajador.” Revilla Esteve, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Thomson-Aranzadi, Navarra, 2003, p. 269.

la doctrina (dependencia jurídica, técnica y económica) la concurrencia de las dos últimas no suponen obstáculo para que el prestador de servicios sea catalogado como trabajador autónomo. Todo un ejemplo de negativa legislativa hacia la laboralización de una forma de prestar los servicios en la que, paradójicamente, es admisible una dependencia económica total respecto de un único cliente, con lo que la independencia del prestador queda seriamente cuestionada²².

Bayón Chacón consideraba totalmente falso en cuanto al sentido jurídico de la dependencia, “la afirmación de que el poder de mando no afecta a los trabajadores independientes, pues aunque estos organizan su propio trabajo con libertad se encuentran sometidos a plazos de entrega, a una calidad o a unos modos especiales de ejecución que son la base del contrato, siendo admisibles indicaciones técnicas de carácter general”²³. Es por ello, que en el trabajo autónomo no cabe hablar de órdenes de trabajo sino, a lo sumo, de encargos genéricos que el trabajador realiza como le parece oportuno. Esta idea es reiterada en uno de los votos particulares que se contienen en la STS de 19 de febrero de 2014, en el que se niega la condición de asalariado de un colaborador en medios de comunicación al entender que el establecimiento de unas pautas sobre el desarrollo de la prestación no constituye dependencia sino que se integran en las obligaciones de coordinación a que están sometidas las partes²⁴. En contra, el voto mayoritario de la sala que opta por una interpretación, en nuestra opinión, extensiva y deformante del concepto de dependencia²⁵, calificando la prestación de servicios como laboral al entender que existe integración en el ámbito de organización y dirección del empresario aun cuando concorra autonomía profesional, elemento imprescindible en determinadas actividades. En consecuencia, preside nuestro ordenamiento un concepto de dependencia demasiado moldeable que no debería ser

²² Una crítica a esta forma de regular la prestación de servicios de quien depende exclusivamente de un único cliente para subsistir en Guerrero Vizueté, E., *El trabajador autónomo dependiente económicamente: un estudio jurídico laboral*, Lex Nova, Valladolid, 2012.

²³ Bayón Chacón, G., “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo ¿comienza una evolución jurisprudencial?”, *Revista de Derecho Privado*, 1961, pp. 464-465.

²⁴ Tribunal Supremo, Sala cuarta de lo social, sentencia de 19 de febrero de 2014 (Rec. 3205/2012). Voto particular formulado por el Excmo. Sr. Desdentado Bonete.

²⁵ El Tribunal entiende que hay dependencia pese a que el tertuliano elegía el lugar desde el que realizaba sus intervenciones, utilizando simplemente un medio telefónico proporcionado por la demandada y sin necesidad de estar físicamente en el estudio; no recibía instrucciones sobre el contenido de las opiniones que emitía en relación al tema que se trataba en la tertulia; podía cambiar el día de su intervención; por su intervención, un día a la semana durante una hora, percibía una cantidad fija que era abonada a una de las tres empresas de las que el tertuliano era administrador único.

flexibilizado aún más para dar entrada a nuevas prestaciones de servicios en la que el trabajador decide cuándo se va a conectar a la plataforma, durante cuánto tiempo y para realizar el volumen de tareas que él mismo considere. En definitiva, es el propio trabajador el que determina el contenido central de su prestación. Rasgo común a todas las plataformas virtuales es que publicitan sus ventajas poniendo el énfasis en la libertad de decisión del trabajador sobre cuándo y durante cuánto tiempo prestar sus servicios. Unas modalidades flexibles de trabajo que permitirán a muchas personas “ser económicamente activas cuando formas tradicionales de empleo no son adecuadas para ellas o no están a su disposición”²⁶. No debemos confundir por tanto, libertad de prestación con horarios flexibles. Una distinción importante en orden a la calificación jurídica del trabajador digital.

El segundo rasgo definidor de la laboralidad es la ajenidad. Se trata de un concepto que ha sido históricamente clave para trazar la frontera entre lo laboral y lo no laboral “construyéndose sobre la idea de que el empresario percibe la totalidad del resultado de la producción mientras que el obrero renuncia a la parte ideal que del producto pudiera corresponderle”²⁷. En el trabajo por cuenta propia es el trabajador el que se beneficia de los resultados de su trabajo, incorporándolos a su patrimonio. Del mismo modo son suyos los riesgos, favorables o adversos, que se deriven de su actividad (ajenidad en los riesgos); como suyos son los medios de producción (ajenidad en los medios). Las nuevas tecnologías y la descentralización productiva son circunstancias que, si bien han modificado sensiblemente la noción de dependencia hasta el punto de difuminar sus límites, no han incidido con la misma intensidad en el concepto de ajenidad. Ello es así por cuanto se trata de un criterio que no admite graduación alguna: o se trabaja por cuenta propia, o se hace por cuenta ajena²⁸.

El trabajador digital aporta los instrumentos que le permitirán desempeñar su prestación, cobra sus servicios del cliente, no de la plataforma, la cual actúa como mero intermediario a cambio de una comisión y sin que ésta se vea afectada por la negativa del cliente a abonar un servicio insatisfactorio, siendo los riesgos de cuenta del trabajador. No olvidemos que la realización de la tarea ha de ser efectuada a satisfacción del cliente y

²⁶ Una Agenda Europea para la economía colaborativa. Comunicación de la Comisión Europea, *op. cit.*

²⁷ Mercader Uguina, J.R., *Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información*, Lex Nova, Valladolid, 2002, p. 83.

²⁸ Guerrero Vizuete, E., *Aproximación al ámbito subjetivo del trabajador autónomo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, p. 43.

conforme a lo especificado por él. Entendemos que la plataforma define para ambas partes, trabajador y cliente, las condiciones de interconexión entre ellos, pero quien determina las características de la tarea a realizar, quien da su aprobación para su aceptación y pago y en definitiva quien exige calidad al prestador es el cliente.

La dependencia y ajenidad, en su formulación negativa, son requisitos que también están presentes en la definición de trabajador autónomo que se contiene en el artículo 1 LETA. En él se dispone que es trabajador por cuenta propia quien de forma personal, habitual y directa realice por cuenta propia (sin ajenidad) y fuera del ámbito de dirección y organización de otra (sin dependencia) una actividad económica o profesional a título lucrativo. Entendemos que estas notas configuradoras concurren en la actividad de los e-workers pues:

- Realizan la prestación de forma personal, habitual y directa. Estos requisitos exigen que la prestación se desarrolle con una implicación directa del trabajador, ya sea de forma manual o intelectual, y que no tenga carácter esporádico u ocasional. La habitualidad, en cuanto concepto jurídico indeterminado, ha sido delimitado por la jurisprudencia en base a un elemento de carácter económico, el Salario Mínimo Interprofesional, de tal forma que su superación es indicativo del carácter continuo de la actividad autónoma. Algunas normas de carácter autonómico encaminadas a regular la actividad de alojamiento turístico presumen la habitualidad cuando se haga publicidad del servicio por cualquier medio o cuando se proporcione alojamiento a cambio de una contraprestación económica durante un determinado periodo de tiempo, normalmente un año.

Una prestación que se incardina en el ámbito de las obligaciones de hacer, conllevando una actividad personal por parte del prestador del servicio, admitiéndose no obstante, su sustitución. A diferencia de la prestación de servicios en el entorno del contrato de trabajo que es personalísima, el trabajador autónomo puede ser sustituido en su ejecución sin que ello implique ausencia del carácter personal de la prestación²⁹.

- Realizan la prestación por cuenta propia, lo cual determina que los frutos que se deriven de su trabajo son suyos, como suyos son los medios necesarios para su realización. El ejercicio de su actividad en nombre

²⁹ El pasado 14 de noviembre el Comité Central de Arbitraje de Reino Unido rechazó considerar a los trabajadores de Deliveroo como trabajadores laborales basándose precisamente en la posibilidad que se les reconoce de designar a sustitutos en la realización de sus prestaciones. Es la respuesta a una demanda colectiva formulada por un Sindicato Independiente. Disponible en Theguardian.com (Deliveroo wins right not to give riders minimum wage or holiday pay). (14 november 2017).

propio atrae para sí las consecuencias jurídicas de las relaciones en las que dicho autónomo interviene. El trabajador autónomo asume el riesgo y ventura que de su actividad se derive.

- Desarrollan una actividad económica o profesional. El carácter económico de la actividad debe entenderse como sinónimo de trabajo humano productivo, siendo esencial su finalidad causal: la subsistencia de quien trabaja. En ambos casos, su realización implica la tenencia de la infraestructura necesaria para su desarrollo.

- A título lucrativo, entendido como el ánimo de obtener un beneficio económico, elemento que permitirá distinguir la actividad productiva de la encaminada al autoconsumo.

En las nuevas formas emergentes de trabajo se observan ciertos rasgos que llevan a considerar a la mayor parte de la doctrina que estamos ante unas condiciones de realización que la asemejan a la de los trabajadores asalariados, calificando de incorrecta su apreciación como trabajadores autónomos. Sin embargo, en muchos casos esa similitud no es tal, pues el trabajador es el que decide voluntariamente registrarse en la plataforma, aceptando mediante su adhesión las condiciones que aquella tiene establecidas en orden al desarrollo de esa actividad³⁰. Responde ello a una exigencia que beneficia a ambas partes: al trabajador, porque su seguimiento le permitirá acceder a un mayor volumen de tareas con lo que adicionalmente puede desembocar en un aumento de su profesionalidad; a la plataforma porque la homogeneización de las condiciones en las que un servicio será prestado acrecentará el nivel de confianza de los clientes y con ello el nivel de transacciones que gestionará. No olvidemos que una de las premisas necesarias sobre las que se asienta la economía bajo demanda es la disponibilidad de una gran cantidad de prestadores, lo que implica la necesidad de llevar a cabo una coordinación entre todos ellos. Estaríamos, por tanto, ante condiciones generales de la contratación³¹. Otra cosa será que la plataforma virtual establezca un nivel de exigencia y especificación tal que controle de tal manera la actividad del prestador que

³⁰ Véase a respecto el trabajo de Fabrice de Boüard “La dépendance économique née d’un contrat”, L.G.D.J.-Montchrestien, 2007, donde se señala que, aun tratándose de trabajadores independientes, la conclusión de un contrato de integración por parte de un profesional o emprendedor individual lo sitúa, pese a su autonomía jurídica formal, en una actividad completamente subordinada a la de la parte contractual preponderante.

³¹ El art. 1 de la Ley 7/1998 de 13 de abril, sobre condiciones generales de la contratación, las mismas se definen como “las cláusulas predisuestas cuya incorporación al contrato sea impuesta por una de las partes, con independencia de la autoría material de las mismas, de su apariencia externa, de su extensión y de cualesquiera otras circunstancias, habiendo sido redactadas con la finalidad de ser incorporadas a una pluralidad de contratos”.

debamos hablar más que de abusividad³², de laboralidad encubierta. La Comisión, en su comunicación sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, señala tres criterios que pueden servir para determinar la concurrencia de un control o influencia significativa por parte de la plataforma sobre la actividad subyacente: a) la fijación del precio final que deba pagar el usuario. Si solo se recomienda un precio o el prestador es libre de adaptar el precio fijado por la plataforma excluye la concurrencia de este requisito; b) la fijación de las condiciones y términos que determinan la relación contractual entre el prestador y el usuario; c) propiedad de los activos clave para prestar el servicio subyacente. Cuando se cumplen estos tres requisitos, hay indicios claros de que la plataforma controla la actividad subyacente. Añade otros elementos que pueden ser tenidos en consideración a estos efectos. En particular, la asunción por parte de la plataforma de los riesgos y gastos relacionados con la actividad. Se hace preciso, pues, un análisis no genérico, caso por caso de cada plataforma para determinar si la relación que mantiene con el prestador es de mera coordinación o por el contrario, el carácter y especificidad de los requisitos de acceso a la prestación suponen una integración del trabajador en su círculo rector, organizativo y disciplinario. En este sentido, plataformas como Uber³³ o Deliveroo³⁴ cuyas condiciones de incorporación y permanencia en la misma están fuertemente intervenidas poniendo de manifiesto una auténtica laboralidad no deben enmarcar las relaciones jurídicas con sus prestadores en el ámbito del trabajo por cuenta propia. Por el contrario, las condiciones de acceso al servicio en plataformas como Etece, Taskia, Trabeja o The work crowd no van más allá de unas indicaciones técnicas de carácter general por lo que, en

³² La prestación de servicios en régimen de trabajo autónomo es objeto de frecuentes situaciones de abuso por quien se encuentra en la posición de contratante fuerte. Sirva de ejemplo el Acuerdo de Interés Profesional (2017) acordado entre la empresa BIMBO y la Asociación de Trabajadores Autónomos (ATA) en el que se considera “razonable” una jornada de 60 horas semanales. Información disponible en iniciativaydebate.net (02.01.2018).

³³ Sobre las condiciones de prestación del servicio de transporte a través de Uber, *vid.* Sierra Benítez, E.M., “Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral”, en AA.VV., *El Derecho del Trabajo y la Seguridad en la encrucijada: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.

³⁴ En España, son muchos los indicios que revelan la laboralidad de la prestación de servicios en esta plataforma. Entre otros, los trabajadores cobran una retribución fija de la empresa, en lugar de cobrar el importe del servicio descontado la comisión por intermediación; la ausencia del trabajador debe ser aceptada previamente por la empresa; la empresa establece los horarios y los turnos; la zona en la que cada rider puede trabajar etc. Una consulta de todos los indicios en [Dossier_pruebas_deliveroo.pdf](#) disponible en internet.

nuestra opinión, son ejemplos de plataformas que quedarían integradas en la etiqueta de simples intermediarias.

La identificación de las plataformas como intermediarias o como prestadoras del servicio tiene trascendencia a la hora de calificar jurídicamente el vínculo establecido entre aquellas y los trabajadores³⁵. La doctrina se encuentra al respecto ciertamente dividida siendo mayoría los que abogan por una errónea consideración del trabajador como autónomo, y en consecuencia, la necesidad de reconducir su protección social al ámbito del Derecho del Trabajo evitando así los riesgos de su desprotección³⁶. Frente a esta posición, no obstante, debemos cuestionarnos ¿porqué el trabajo autónomo es tan interesante para vehicular este tipo de prestaciones? La respuesta a este interrogante tiene una doble vertiente: por un lado, la flexibilidad en la disposición de la mano de obra, rasgo básico para atender la demanda; por otro, la menor protección contractual, social y colectiva con amplios espacios dejados a la autonomía de la voluntad de unas partes que no se enfrentan al mercado con las mismas armas.

3. Hacia un nuevo marco jurídico en beneficio del contratante débil

La generalización del trabajo a través de las empresas digitales, y en particular las condiciones en las que se presta, han iniciado un debate legislativo y doctrinal que desde hace tiempo debía haberse abierto: la adecuada protección de quien actúa en el mercado como trabajador autónomo. Una cierta desidia legislativa solo activada tras la reciente crisis económica por un irrefrenable deseo de impulsar lo que se ha venido en llamar emprendimiento como vía de autoincorporación en el mercado de trabajo, ha permitido avanzar tímidamente en el ámbito de su protección social. Sin embargo, otras muchas cuestiones relacionadas con su actividad

³⁵ Se cuestiona incluso si la condición de empleador es atribuible al software que utilizan estas plataformas. “La capacidad de los programas informáticos de tomar decisiones a través de la programación algorítmica y la delegación de las decisiones empresariales a estos programas hacen también variar la idea tradicional del empresario como persona física que toma decisiones directas que influyen en el empleado”. Agote, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSlabor*, n. 1, 2017, p. 11.

³⁶ En esta posición se sitúa la profesora Sierra Benítez, una de las primeras voces que se alzaron frente al modelo de trabajo preconizado por UBER. *Vid* “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, 2015.

quedan permanentemente postergadas *sine die*³⁷. En este contexto, junto a los problemas “tradicionales” se añaden otros nuevos, en particular, los derivados del trabajo en la economía digital: bajas contraprestaciones, ausencia de cotización, ínfimas prestaciones y riesgo de competencia desleal, entre otros. Unos problemas cuya solución permitirá evitar una precarización aún mayor del trabajo autónomo a consecuencia de su desprotección jurídica.

En definitiva, las nuevas formas de trabajo están provocando que de nuevo se hable de huida del Derecho del Trabajo, al sustituirse las prestaciones asalariadas por trabajo autónomo con el consiguiente peligro de dumping social. Un riesgo que siempre ha estado presente, si bien las situaciones a las que quedaban referidas eran fácilmente reconducibles a través del reconocimiento de la falsa autonomía, al no superar su análisis el correspondiente test de laboralidad. Es precisamente este elemento el que es tomado en consideración por quienes abogan por una asalarización del trabajo digital, bien como trabajador común, bien como sujeto de una relación laboral de carácter especial. En el primer grupo se encuentran quienes entienden que la debilidad negocial del trabajador digital le sitúa en el ámbito del contrato de trabajo³⁸. En el segundo, se inscriben quienes abogan por la creación de una relación laboral especial, figura a través de la cual se adapta el régimen jurídico a las particularidades de una determinada prestación³⁹. Frente a ambos posicionamientos, entendemos que su encaje, con las excepciones anteriormente apuntadas en cuanto al alcance de la intervención de la plataforma digital respecto de la actividad subyacente, debe mantenerse en el ámbito de trabajo autónomo por las razones que a continuación se exponen.

Es fácilmente advertible que el trabajo a través de plataformas digitales está introduciendo un elemento adicional de flexibilidad en la gestión del tiempo de trabajo que complica el encaje de estas formas de prestación en el ámbito del trabajo por cuenta ajena⁴⁰. Una circunstancia que dificulta las opciones regulatorias so pena de descontextualizar completamente los presupuestos que tradicionalmente han servido para calificar las relaciones

³⁷ Cuestiones como la cotización del trabajador autónomo en función de sus ingresos reales, el trabajo autónomo a tiempo parcial o una mejor regulación de los gastos deducibles de su actividad son algunas de ellas.

³⁸ En este sentido, Ginès i Fabrellas, A., “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso Amazon Mechanical Turk”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, n. 6, 2016, p. 82.

³⁹ Pertenece a este grupo Todolí Signes, A., “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSlabor*, n. 3, 2015, p. 24.

⁴⁰ Ginès i Fabrellas, A., *Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo...*, *op. cit.*, p. 74.

laborales. La dependencia no puede seguir siendo modelada a conveniencia. Téngase en cuenta que los e-workers están en la misma situación que los TRADE, trabajadores que “nacieron” hace más de una década, y a los que el legislador expulsó del círculo protector del Derecho del Trabajo tomando precisamente como referencia su independencia jurídica en detrimento de la dependencia económica.

Los trabajadores digitales son trabajadores que a su discreción prestan servicios a tiempo completo o parcial, de forma continua o discontinua, para muchos o un solo cliente, sometidos a las condiciones de un contrato de actividad... Unos caracteres que, junto a la dependencia económica a la que estaban sometidos, también eran predicables de los TRADE. Sin embargo, el legislador a la hora de afrontar su regulación dio prioridad a su situación de independencia organizativa y los expulsó del ámbito del Derecho laboral. ¿No resultaría un contrasentido que a igual grado de independencia optase ahora por encuadrar a los trabajadores digitales como asalariados y a los trabajadores tradicionales que dependen al 100% del cliente para subsistir los califique como trabajadores autónomos?. En la misma línea, AGOTE advierte que el contrato de trabajo se caracteriza por ser una relación sinalagmática, por lo que la obligación del trabajador de prestar unos servicios durante un número de horas cierto es correlativa a la potestad del empleador de exigir el trabajo desarrollado durante el periodo contratado. Una característica que desaparece en aquellas plataformas en las que el trabajador goza de libertad de servicios, eliminándose radicalmente el requisito de la dependencia. No existe en España la posibilidad de que una relación laboral se active o se desactive a voluntad del trabajador⁴¹. Solo el trabajador autónomo tiene esa potestad.

Asistimos, pues, a un modelo de negocio que tiene un carácter extraordinariamente abierto, en el que, por un lado, no se imponen límites al número de trabajadores que pueden optar al desarrollo de una prestación y por otro, permite a las empresas atender sus necesidades en el momento en el que aquellas surgen, sin necesidad de dotarse de la estructura económica y personal necesarias, con lo que los costes de producción se reducen sustancialmente. La vertiente negativa está constituida por los presupuestos sobre los que se desarrolla: frente a la contratación laboral, más costosa en términos salariales y de protección social se opta por la contratación autónoma, poco regulada y con una protección social de perfil bajo. Lo que se busca es una mayor competitividad reduciendo los márgenes económicos del prestador. Se impone, en consecuencia y como solución, la lógica contraria: elevar las

⁴¹ Agote, R., *On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral*, op. cit., p. 14.

condiciones de la prestación autónoma mediante una regulación de la actividad desarrollada a través de plataformas digitales que imponga suelos de contratación a modo de salario mínimo, límites en el tiempo de trabajo y otras condiciones contractuales esenciales para evitar que la deshumanización de la jornada de trabajo y la precariedad desemboquen en una nueva forma de explotación.

Una labor que bien puede ser desarrollada a través de los sindicatos, constituyéndose en impulsores de la homogeneización de las condiciones laborales y contractuales de los trabajadores tanto asalariados como autónomos. El derecho de afiliación que el art. 3.1. LOLS reconoce a los trabajadores autónomos sin asalariados así lo facilita. Su inclusión en los convenios colectivos de estas empresas digitales sería una buena forma no solo de homogeneizar con el carácter de mínimos las condiciones contractuales de estas prestaciones, sino también de sentar las bases que eviten el *dumping* social consistente en convertir forzosamente a los trabajadores por cuenta ajena en trabajadores autónomos. Apostar por la fijación en convenio colectivo de unas condiciones mínimas de realización del trabajo independientemente de la calificación jurídica del prestador supondría limitar no solo la expansión de la falsa autonomía sino que permitiría evitar la progresiva devaluación del propio trabajo autónomo.

4. Conclusiones

La globalización, el uso de las tecnologías de la información y la crisis económica se han conjurado para dar forma a una nueva figura contractual, el trabajador autónomo 4.0., caracterizado por conservar su libertad en la mayoría de los aspectos fundamentales de su prestación de servicios si bien se ve abocado a utilizar la economía digital para adquirir un volumen de negocio u obtener unos ingresos sin los cuales no podría garantizarse su subsistencia. El trabajador digital, hoy por hoy, es un trabajador autónomo que utiliza la tecnología para diversificar su clientela, salir de la situación de desempleo o completar unos ingresos insuficientes, estando sometido al imperativo contractual de la economía bajo demanda. Una situación de indefensión que es paralela a la que tiene el trabajador asalariado respecto del contrato de trabajo, por lo que deberíamos comenzar a plantearnos la posible ampliación del ámbito subjetivo de aplicación de los convenios colectivos a todos aquellos trabajadores que, como autónomos o asalariados, se encuentran sometidos al dictado de una contraparte, homogeneizando las condiciones de su prestación cuando ésta pueda llevarse a cabo de una u otra forma. Quizá, desde esta

perspectiva, pueda el convenio colectivo servir de barrera que frene ese *dumping* social hacia el trabajo autónomo forzado o falso, ayudando así a clarificar las fronteras entre el trabajo prestado en régimen de independencia plena y el que no posee esas notas cualificadoras. Una posibilidad que ayudaría también a evitar fenómenos de competencia desleal entre quienes producen utilizando las potencialidades de las plataformas digitales y la flexibilidad que aportan los trabajadores autónomos y quienes lo hacen bajo el modelo de empresa tradicional a través de una plantilla de trabajadores asalariados.

No se trata de sacar a un trabajador de un ámbito en el que puede desarrollar sus potencialidades e introducirlo en otro en el que su encaje es forzado. Ya conocemos los efectos que este tipo de actuaciones legislativas tiene (el ejemplo más evidente es el de los TRADE) y los escasos efectos que la protección establecida ha producido⁴². Se trata más bien de delimitar los contornos de un nuevo trabajador autónomo ¿quizá de segunda generación?, que requiere de más derechos con el fin de proteger mejor un tipo de trabajo largamente olvidado por el legislador⁴³.

Si el legislador se negó en 2007 a ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo para dar cabida en él a los TRADE pese a que la mayoría de la doctrina se decantaba por incluirlos como relación laboral de carácter especial, entendemos que ahora debería seguir la misma senda. Debe tenerse en cuenta que la flexibilidad y los reducidos costes que presiden la economía bajo demanda van a tratar de ser salvaguardados a toda costa. El aumento de la conflictividad judicial dejando en manos de los jueces la interpretación de una realidad económica que no está recogida en las normas jurídicas, no producirá a la larga más que un masivo éxodo hacia la figura del trabajador autónomo, en particular del TRADE, un trabajador con los inconvenientes del autónomo y los escasos derechos del asalariado, bastando a la plataforma modificar sus requisitos de acceso y exigir la exclusividad en la intermediación de forma que se garantizaría la dependencia económica de un elevado porcentaje de prestadores de servicios. Todo ello nos conduce a reclamar una pronta intervención a nivel legislativo que arbitre una respuesta que potencie las garantías de que deben disponer los trabajadores autónomos, comunes y dependientes económicamente, que prestan sus servicios en el marco de la economía

⁴² Los últimos datos estadísticos revelan que de un total de 1.535.472 autónomos sin asalariados (78% del total de afiliados) solo figuran registrados como TRADE 9.991. Datos a 31 de diciembre de 2017. Disponibles en www.empleo.gob.es.

⁴³ Podría seguirse el ejemplo de Francia, donde el legislador, a través de la Ley de 8 de agosto de 2016, se ha decantado por conferir más derechos a los trabajadores independientes que prestan servicios a través de plataformas digitales.

digital. Solo desde esta intervención, elevando la protección de este colectivo, podremos evitar el *dumping social* hacia la autonomía forzada o forzosa.

Y como último apunte, una apuesta de mayor calado sería abordar la definición de un nuevo concepto de trabajador que proteja a la persona independientemente de la forma, dependiente o independiente, en que desarrolle su prestación. Supondría, en definitiva, dirigirnos hacia un derecho de la actividad profesional aunque esta es una cuestión que exige una transformación mucho más profunda del Derecho del Trabajo.

5. Bibliografía

- Agote, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSlabor*, n. 1, 2017.
- Alarcón Caracuel, M.R., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 28, 1986.
- Bayón Chacón, G., “El concepto de dependencia en el Derecho del Trabajo ¿comienza una evolución jurisprudencial?”, *Revista de Derecho Privado*, junio, 1961.
- Dagnino, E., “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, 2015.
- De Bouïard, F., “La dépendance économique née d’un contrat”, *L.G.D.J.-Montchrestien*, Paris, 2007.
- De la Villa Gil, L.E., “El concepto de trabajador (en torno al artículo 1.1 ET)”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 100, 2000.
- Ginés i Fabrellas, A., “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso Amazon Mechanical Turk”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, n. 26, 2016.
- Guerrero Vizuete, E., “El trabajador autónomo dependientes económicamente. Un estudio jurídico laboral”, *Lex Nova -Thomson Reuters*, Valladolid, 2012.
- Guerrero Vizuete, E., “Aproximación al ámbito subjetivo del trabajador autónomo”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017.
- Luján Alcaraz, J., “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *Lex Nova*, Valladolid, 2002.
- Mercader Uguina, J.R., “Derecho del Trabajo, nuevas tecnologías y sociedad de la información”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 28, 1986.

- Páramo Montero, P., “Las nuevas formas emergentes de trabajo. Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, n. 128, 2017.
- Revilla Esteve, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Thomson Aranzadi, Navarra, 2003.
- Sagardoy de Simón, I.- Núñez-Cortés Contreras, P., “Economía colaborativa y relación laboral”, *Cuadernos de Pensamiento Político*, enero-marzo, 2017.
- Sierra Benítez, E.M., “El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 4, 2015.
- Sierra Benítez, E.M., “Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral”, en AA.VV., *Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: retos para la disciplina laboral*, Laborum, Murcia, 2016.
- Todolí Signes, A., “El trabajo en la economía colaborativa”, *Tirant lo Blanch*, Valencia, 2017.
- Todolí Signes, A., “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo ”, *IUSlabor*, n. 3, 2015.

ADAPT es una Asociación italiana sin ánimo de lucro fundada por Marco Biagi en el año 2000 para promover, desde una perspectiva internacional y comparada, estudios e investigaciones en el campo del derecho del trabajo y las relaciones laborales con el fin de fomentar una nueva forma de “hacer universidad”. Estableciendo relaciones estables e intercambios entre centros de enseñanza superior, asociaciones civiles, fundaciones, instituciones, sindicatos y empresas. En colaboración con el DEAL – Centro de Estudios Internacionales y Comparados del Departamento de Economía Marco Biagi (Universidad de Módena y Reggio Emilia, Italia), ADAPT ha promovido la institución de una Escuela de Alta formación en Relaciones Laborales y de Trabajo, hoy acreditada a nivel internacional como centro de excelencia para la investigación, el estudio y la formación en el área de las relaciones laborales y el trabajo. Informaciones adicionales en el sitio www.adapt.it.

Para más informaciones sobre la Revista Electrónica y para presentar un artículo, envíe un correo a redaccion@adaptinternacional.it



ADAPTInternacional.it

Construyendo juntos el futuro del trabajo