

EXTERNALIZACIÓN Y FRAUDE: EL TRABAJO A DEMANDA VÍA APPS

Sarai Rodríguez González

Profesora Ayudante Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de La Laguna

Resumen: La era de la digitalización de la economía ha favorecido la aparición de nuevas formas de empleo en el contexto de la denominada economía colaborativa (*sharing economy*) caracterizadas por la externalización global del trabajo. Las plataformas colaborativas generalmente emplean el *crowdsourcing* y la prestación de servicios *on-demand* mediante trabajadores autónomos. Sin embargo, elevado grado de heterogeneidad de las prestaciones de servicios posibles en el marco de la economía colaborativa precisa, por un lado, evaluar si las notas clásicas de laboralidad son adecuadas para detectar posibles supuestos de fraude en la contratación de trabajadores autónomos en el nuevo entorno digital; y, por otro, valorar la necesidad de establecer una regulación específica del trabajo que se lleva a cabo a través de las plataformas digitales con el fin de garantizar un adecuado nivel de seguridad jurídica a la denominada “clase social colaborativa” o “cybertariado”.

SUMARIO: 1. Nuevas formas de prestación de servicios en la era digital. 2. La incidencia de la economía colaborativa en las relaciones laborales. 2.1. El trabajo prestado en el marco de la economía colaborativa: especial referencia al trabajo a demanda vía apps. 2.2. La aplicación del test de laboralidad por los tribunales: el caso Uber. 3. Sobre la necesaria creación de una nueva categoría profesional para los trabajadores de las plataformas digitales. 4. Fórmulas para alcanzar la necesaria protección de los trabajadores en el marco de la economía colaborativa

1. NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ERA DIGITAL

La introducción y expansión de las nuevas tecnologías de la información y la comunicación (NTICs) a finales del siglo XX abrió las puertas a la que vino a denominarse “revolución tecnológica” (Industria 3.0), cuyo imparable proceso de transformación y evolución, especialmente a lo largo de las primeras décadas del siglo XXI –web 2.0, plataformas digitales, redes sociales, aplicaciones móviles, etc.– ha permitido hablar ahora de la era de la digitalización de la economía, cuarta revolución industrial o Industria 4.0¹. En los albores de este nuevo paradigma auspiciado por la imparable progresión tecnológica, la preocupación se ha centrado en sus posibles efectos sobre las condiciones de trabajo y, particularmente, su alcance en materia de destrucción de empleo².

¹ SCHWAB, K., *The Fourth Industrial Revolution*, Foreign Affairs, Ginebra, 2015; MOLINA NAVARRETE, C., “Derecho del Trabajo en la era Digital: ¿Revolución Industrial 4.0” o “Economía sumergida 3.0””, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, OIT- Madrid, 23 de marzo de 2017.

² MÉDA, D., *The future of work: The meaning and value of work in Europe*. ILO Research Paper n° 18, Geneva, 2016; RYDER, G.: *La iniciativa del centenario relativa al futuro del trabajo*, Memoria del Director General, Conferencia Internacional del Trabajo, 104ª reunión, 2015, Informe I.; BERG, J. *Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers*. ILO, Conditions of Work and Employment Series, n° 74, Geneva, 2016, pág. 25.

En este nuevo marco propio de la era digital asistimos a una transformación de los modelos de negocio, las modalidades de trabajo o de prestación de servicio – “factorías del siglo XXI”³– y también la economía⁴. Este conjunto de transformaciones han favorecido la aparición de la economía colaborativa como un nuevo fenómeno que ha venido a complementar y enriquecer el sistema de producción y consumo tradicional, admitiendo múltiples y variadas posibilidades de intercambio de bienes y servicios. Así lo ha expresado la Comisión Europea en su comunicación “*Una Agenda Europea para la Economía colaborativa*”⁵, indicando que “la economía colaborativa crea nuevas oportunidades de empleo, genera ingresos más allá de las relaciones de empleo lineales tradicionales y hace posible que las personas trabajen con arreglo a modalidades flexibles”. Se refiere con ello la Comisión a los nuevos modelos de negocio que surgen en el entorno digital caracterizados por un menor coste de transacción, mayor disponibilidad informativa, una mejora de la eficiencia y competitividad de la economía, así como una mayor trazabilidad y transparencia de las transacciones económicas (*sharing economy, collaborative economy, on demand economy, gig economy, peer to peer economy o collaborative consumption*)⁶. Las implicaciones laborales de este nuevo escenario han venido a considerarse una faceta más de la denominada cuarta revolución industrial, particularmente, la mutación de las relaciones laborales en relaciones de empleo propiciada por la globalización y la tecnología. Ello es así dado que las empresas y los trabajadores se unen a través de nuevos modelos de negocio en el marco de un proceso descentralización productiva basado en el uso de plataformas colaborativas y contratación on-demand⁷.

En las formas emergentes de empleo digital que tienen lugar en la Red asociadas al desarrollo de la denominada economía de demanda o *gig economy*, cabe hacer referencia y distinguir con claridad el *crowdwork* (o empleo masivo) y el trabajo a demanda vía app (*work-on-demand-via-app*)⁸. Frente al *outsourcing* clásico, donde las empresas externalizan una o más tareas subcontratando su realización con empresas o autónomos individuales elegidos por aquéllas, el concepto de *crowdwork* se refiere a una modalidad de descentralización masiva o global por la cual el trabajo que es ejecutado a través de plataformas online se oferta simultáneamente a un número indefinido de eventuales interesados

Sobre este tema también, ROCHA SÁNCHEZ, F., “La digitalización y el empleo decente en España. Retos y propuestas de actuación”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017.

³ DEGRYSE, C., “Digitalisation of the economy and its impact on labour markets”, Working Paper 2016.2 ETUI, pág. 36.

⁴ Según el informe sobre flexibilidad laboral y empleo “La digitalización: ¿crea o destruye empleo?” (2016) elaborado por Randstad Research, “se generarán 1.250.000 puestos de trabajo durante los próximos cinco años gracias a la digitalización”. Esta afirmación rompe con los esquemas que aseguran que la automatización de tareas perjudicará a la creación de empleo en el futuro. El estudio puede consultarse en el siguiente enlace: <https://research.randstad.es/wp-content/uploads/2016/11/RandstadInformeFlexibilidad2016.pdf>

⁵ COM (2016) 256 final.

⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *CEF-Trabajo y Seguridad Social*, núm. 406, 2017, pág. 26.

⁷ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa y laboralidad: los cabos sueltos entre el vacío legal y la dudosa legalidad”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, pág. 3.

⁸ La diferenciación terminológica de las distintas modalidades de la *on demand economy* en TODOLÍ SIGNÉS, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 14 y ss.

(organizaciones, empresas y personas) previamente inscritos en la plataforma. Por su parte, el trabajo a demanda vía apps se refiere a los empleos en actividades tradicionales –tales como transporte, limpieza o actividades de oficina – que son ofertadas y asignadas mediante aplicaciones de teléfonos móviles, que se encargan de acercar la demanda existente al bien o servicio concreto⁹.

La significativa reducción de los costes de transacción en el entorno digital ha sido un atractivo que las empresas (principalmente del sector terciario) han querido aprovechar provocando, en consecuencia, que la economía participativa se haya ido implantado y generalizando especialmente en distintos sectores en los que existen empresas cuya la actividad se desarrolla a través de plataformas virtuales y recurren a las tecnologías móviles como medio de interacción entre la oferta y la demanda –concretamente a través de aplicaciones móviles *apps* gestionadas directamente por el usuario-consumidor desde su propio teléfono móvil–. A modo de ejemplo, algunos de los sectores donde encontramos *work-on-demand-via-app* son: el transporte de pasajeros (Uber, Blabacar o Lyft), el alojamiento turístico (Airbnb), guías turísticos (Sandeman), la lavandería (FlyCleaners), la reparación de aparatos electrónicos (Myfixpert), la cocina a domicilio (Chefly), la limpieza del hogar (Helpling), o los profesores particulares (Sharing Academy)¹⁰.

La presencia de estas empresas de consumo colaborativo en el mercado ha sido analizada en sede judicial–no sólo en España sino en todo el entorno europeo– con el fin de valorar si en su actuación incurren en competencia desleal o intrusismo¹¹. En la evaluación de su actuación se aprecia un cambio de tendencia marcado desde unas primeras reacciones restrictivas y sancionadoras, a posteriores regulaciones aperturistas y conciliadoras de los intereses del sistema de producción de bienes y servicios tradicional y el propio de la economía colaborativa¹². El cambio de posicionamiento ha estado motivado por la amplia aceptación social del consumo colaborativo como consecuencia de su utilidad social¹³, la presión ejercida por las multinacionales de las telecomunicaciones y las recomendaciones de distintos organismos a nivel nacional y europeo. De este

⁹ DE STEFANO, V. The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy». ILO, Conditions of Work and Employment Series, nº 71. Geneva, 2016.

¹⁰ Concretamente, Uber ha sido considerado “ejemplo paradigmático de la economía colaborativa”, llagando a hablarse de *uberización de la economía* o de *Uber economy*. *Idem*, pág. 27. Según el Informe de Eurofound *New forms of Employment*, España cuenta con 28 plataformas activas. *Vid.* Eurofound, *New forms of employment*, Publications Office of the European Unions, 2015 Luxembourg, pág. 111, disponible en <https://www.eurofound.europa.eu/es/publications/report/2015/working-conditions-labour-market/newforms-of-employment>

¹¹ Auto del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid de 9 de diciembre de 2014 por el que se fijan medidas cautelares en relación con la empresa Uber Technologies Inc.; Auto de 16 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona (que plantea cuestión prejudicial ante el TJUE); Auto 243/2015 del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid (que rechaza las medidas cautelares solicitadas oro la Confederación Española de Transportes en Autobús frente a Blabacar), entre otros.

¹² Ejemplo de este cambio de tendencia fue la modificación introducida en noviembre de 2015 en el Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, admitiendo la *startup* Uber atendida por conductores profesionales (autónomos o empresas) sujeta a la obtención de licencia administrativa (VTC) junto al servicio de transporte de viajeros en vehículos de turismo (taxi). Comentando también las reacciones institucionales a este fenómeno en Reino Unido, México y China, *vid.* CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ...cit., págs. 34 y ss.

¹³ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa y laboralidad...cit., pág. 2.

modo, tanto desde la UE como desde la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) el enfoque que se ha dado al tratamiento de esta cuestión ha sido la de intentar crear un marco regulatorio claro a nivel nacional y fomentar la libre competencia poniendo fin a los obstáculos que venían dificultando la presencia de este tipo de operadores en el mercado.

Pese a todo, no existe una concepción unívoca y consensuada de economía colaborativa o participativa, distinguiéndose dos posturas enfrentadas¹⁴. Por un lado, el concepto restrictivo de economía colaborativa que “englobaría únicamente a las plataformas que dan la posibilidad de compartir recursos entre pares o iguales”; y, por otro, la noción amplia o extensa (mayoritaria) que entiende por tal todos los “nuevos modelos de negocio en los que las plataformas digitales permiten conectar a usuarios que buscan algo con usuarios que lo ofrecen, sea ese algo un bien o servicio”¹⁵. No ayuda a resolver el debate doctrinal la exigua definición de la CNMC que entiende por economía colaborativa “un nuevo modelo de consumo basado en el intercambio de particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizadas a cambio de una compensación pactada entre las partes”. Más precisa ha sido la Comisión Europea al decantarse por la acepción amplia precisando que la economía colaborativa se refiere a “modelos de negocio en los 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”¹⁶, distinguiendo tres categorías de agentes: “i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias —pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que —a través de una plataforma en línea— conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro”.

El hecho de que la Comisión se haya decantado por la acepción amplia de economía colaborativa se justifica en que a pesar de que estas distintas modalidades citadas “presentan ciertas diferencias entre sí, lo cierto es que todas ellas comparten rasgos comunes que permiten ubicarlas bajo un mismo concepto: el de economías que, a través de una plataforma digital, permiten a individuos, previo registro en dicha plataforma, ofrecer productos y/o servicios a destinatarios que, también previo registro en dicha plataforma, reciben el bien o el servicio que se ajusta, en mayor o menor grado, a unas necesidades previamente definidas en la plataforma”¹⁷. Por tanto, la “multiplicidad” es una nota consustancial a la plataforma en el sentido de que ésta puede ofertar bienes, servicios o ambos a la vez. La clasificación de las plataformas puede hacerse bien atendiendo a tres criterios¹⁸: a) en función de quién determina las características de los bienes o de los servicios y su respectivo precio (la plataforma o el prestador); b) bien en función de quién establece las instrucciones principales para la ejecución del servicio o la

¹⁴ AGOTE, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, *IUSLabor*, núm. 1, 2017, págs. 1-18.

¹⁵ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ...cit., pág. 28 citando a TORUÑO, A., “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blabacar y Cabify”, *La Ley*, núm. 4, 2016, pág. 4

¹⁶ COM (2016) 356 final.

¹⁷ AGOTE, R., “On demand economy...cit., pág.3.

¹⁸ *Idem*, págs. 3 y ss.

transmisión del bien (la propia plataforma, el cliente o el prestador del servicio); c) atendiendo al nivel de libertad que ofrece la plataforma a quienes por virtud de ésta presten servicios o transmitan bienes a terceros, de cara a la propia realización de la prestación.

Las distintas instituciones europeas han mantenido una postura de apoyo a la economía colaborativa respaldada en la potencialidad que tiene como instrumento de creación de empleo¹⁹. Así, el Comité Económico y Social Europeo, en su Dictamen sobre “*Consumo Colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI*”²⁰ al tiempo que indica que el consumo colaborativo o participativo “puede representar una oportunidad para retomar la senda del desarrollo sostenible en lo económico, humano, en lo social y armónico con el planeta en lo medioambiental” reclama que “deberían diferenciarse, en el consumo colaborativo, entre las actividades sin ánimo de lucro de las que persiguen como fin obtener una ganancia”, pues “solamente estas últimas actividades (son) las que deben merecer la atención del legislador de la Unión”. Por su parte, la Comisión Europea, en su comunicación “*Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos*”²¹ expone que “la economía colaborativa da lugar a una mayor variedad donde elegir y a precios más bajos para los consumidores y brinda oportunidades de crecimiento a las empresas emergentes innovadoras y las empresas europeas existentes, tanto en sus países de origen como más allá de las fronteras. Aumenta, además, el empleo y beneficia a los empleados, al permitir horarios más flexibles, que van desde microempleos no profesionales hasta el emprendimiento a tiempo parcial. Los recursos pueden utilizarse de manera más eficiente, con lo que aumentan la productividad y la sostenibilidad”. El enfoque empleado por la Comisión en esta comunicación, basado en aspectos comerciales y de los consumidores sin formular planteamientos económicos fue reprochado por el Comité de las Regiones quien tras destacar la virtualidad de la economía colaborativa para “generar nuevo empleo de calidad, reducir el coste e incrementar la disponibilidad y eficacia de algunos bienes y servicios”, advirtió del posible riesgo de desprotección social que pueden comportar algunas prácticas de economía colaborativa en los casos en que “las empresas con ánimo de lucro a veces utilizan de forma abusiva las plataformas de economía colaborativa y, al mismo tiempo, no proporcionan a sus trabajadores cobertura de la seguridad Social” reclamando que “La Comisión, en cooperación con los Estados miembros, los interlocutores sociales y, cuando proceda, los entes locales y regionales, debe estudiar en detalle las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores de la economía colaborativa, con el fin de determinar si es necesaria una actuación reguladora en este ámbito. La economía colaborativa podría crear una nueva clase social, la colaborativa, que necesita garantías sociales y económicas”²².

Atendiendo a este llamamiento, la Comisión Europea en su comunicación *Una Agenda Europea para la Economía colaborativa*²³, centra su atención en superar las dificultades o incertidumbres que dificultan el desarrollo de la economía colaborativa en Europa e impiden la plena materialización de sus

¹⁹ Se sigue en la exposición a CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit., págs. 35 y ss.

²⁰ Dictamen del CESE 2014/C/177/01 emitido en pleno n°495, 21 y 22 de enero de 2014.

²¹ COM (2015)550 final.

²² Dictamen 2016/CO51/16 “La dimensión local y regional de la economía colaborativa”, aprobado en el Pleno n°115, 3 y 4 de diciembre de 2015.

²³ COM (2016) 256 final.

beneficios”. El planteamiento formulado por la Comisión parte de la identificación del principal obstáculo asociado a la misma, es decir, la problemática relacionada con “la aplicación de los marcos jurídicos existentes, que hacen menos claros los límites establecidos entre consumidor y proveedor, trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena o la prestación profesional y no profesional de servicios”. Tal problemática se complica al combinarse “con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local”. De este modo, y con el fin de superar estas posibles dificultades y rentabilizar el desarrollo de la economía colaborativa, la Comisión ofrece una serie de orientaciones jurídicas y políticas –de carácter no vinculante– sobre las cuestiones fundamentales a las que se enfrentan tanto los operadores del mercado como las autoridades y los ciudadanos interesados con vistas a un desarrollo equilibrado y sostenible de la economía colaborativa.

2. LA INCIDENCIA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN LAS RELACIONES LABORALES

La prestación de trabajo realizada a través de las plataformas virtuales ha incidido de forma directa en el tradicional funcionamiento de las relaciones laborales. El nacimiento y extensión de estos nuevos modelos de negocio en el mercado ha venido a derivar en un “proceso donde las fronteras entre trabajo, empresa y mercado aparecen difuminadas con una intensidad capaz de confundir los espacios de la empresa y la sociedad, así como hacer intercambiables las posiciones de usuarios, trabajadores, productores, contratistas, consejeros o consumidores”²⁴.

Las repercusiones del impacto de la economía colaborativa en las relaciones laborales pueden concretarse en dos dilemas a los que ha de enfrentarse el operador jurídico. El primero, la dificultad de distinguir y delimitar la función de los operadores económicos a través de las plataformas virtuales bien como intermediarios en el mercado de trabajo (empresas tecnológicas), o bien como auténticas empresas prestadoras del servicio que ofertan. En segundo lugar, este nuevo escenario vuelve complejo el “encuadramiento jurídico de la prestación de trabajo y del sujeto que la lleva a cabo como consecuencia de las confusas fronteras entre la potencial condición de trabajador y la de usuario de la Red”, especialmente cuando la plataforma virtual sostiene “que las relaciones en el mercado se producen entre iguales a través de relaciones de producción de carácter autónomo”²⁵.

Dado que las NTICs permiten a las empresas reducir los costes de transacción hasta casi anularlos, éstas han cambiado su sistema organizativo tradicional basado en la existencia de una potente estructura organizativa que albergaba personal propio dependiente o subordinado que realizaba el trabajo, por otro en el que las empresas realizan el trabajo por sí mismas, dentro de una organización preparada para prestar servicios al mercado, reduciendo así también los niveles de infrutilización de los recursos. En este sentido, se ha afirmado que la incorporación de las NTICs al proceso productivo ha propiciado un proceso de transformación de las organizaciones empresariales desencadenando la aparición

²⁴TRILLO PÁRRAGA, F., “Relaciones de trabajo en la economía digitalizada”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, pág.6.

²⁵ TRILLO PÁRRAGA, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, núm. 76, 2016, págs. 59-82.

de nuevas formas de empleo en el contexto de la economía colaborativa caracterizado por el desplazamiento de la figura tradicional del trabajador subordinado heredada de la Revolución Industrial²⁶. En este nuevo escenario, por lo general, las empresas se erigen como plataformas que actúan como intermediarios que conectan al cliente directamente con el prestador de servicios, pero sin asumir ningún tipo de responsabilidad en caso de fraude, estafa o cancelación²⁷. Así, la plataforma se encarga de por poner en conexión oferta y demanda, impidiendo en muchas ocasiones identificar a los sujetos de las relaciones de producción. Los usuarios conectan a través de la plataforma con una serie de trabajadores disponibles para la prestación de trabajo, previamente registrados en aquéllas. Asistimos pues a un tipo de trabajo donde se descentraliza el trabajo a un número de trabajadores que cumpliendo determinados requisitos estarían en iguales condiciones de prestación del servicio solicitado.

De este modo, emerge en el mercado un nuevo modelo de negocio, una nueva forma de prestar servicios, en la que las empresas no contratan trabajadores (o, de hacerlo, contratan únicamente a los imprescindibles) y actúan como meras intermediarias que se limitan a poner en contacto al demandante del servicio con el proveedor del mismo, siendo éste último un particular. En consecuencia, las nuevas formas de prestación de servicios que se producen en el seno de las plataformas colaborativas (plataformas tecnológicas) generalmente emplean el crowdsourcing y la prestación de servicios *on-demand* mediante trabajadores autónomos independientes (art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del Trabajo Autónomo) con las correspondientes obligaciones fiscales, administrativas, de Seguridad Social, etc.²⁸. En estos casos, la relación entre la plataforma y el proveedor del servicio es una mera relación mercantil, siendo habitual que la plataforma aplique una comisión o tarifa por servicio contratado gracias a su intermediación.

Ahora bien, ¿es esta calificación jurídica de los trabajadores al servicio de las plataformas correcta o se aprovecha la plataforma de esta “zona gris” para “escapar de la aplicación de las normas laborales, con la consiguiente reducción de los estándares de protección social, al asumir directamente los costes de producción y no estar cubiertos por la normativa laboral y las tutelas propias del trabajo subordinado”²⁹? La respuesta a este interrogante pasará, como veremos a continuación, por determinar si las plataformas virtuales intervienen o no de forma directa y activa en la prestación de servicios para considerarlas bien como prestadoras del servicio subyacente o bien como empresas tecnológicas³⁰. De este modo, como se desarrollará más adelante, “si la actividad se limita a la provisión de una aplicación móvil o página web que permita el contacto entre oferta y demanda y no se incide en la provisión del servicio, estaremos ante una empresa tecnológica y los prestadores del servicio lo harán de forma autónoma. Si, por el contrario, existe una relación – vía contractual - o condiciones impuestas a los

²⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017.

²⁷ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios...cit., pág. 30.

²⁸ Con todo, la introducción de los particulares en el mundo de los negocios a través de la economía de las plataformas virtuales da lugar a cuestiones controvertidas en el ámbito del RETA. Sobre este tema, ampliamente, TODOLÍ SIGNÉS, A., *El trabajo en la era ...cit.*, págs. 70 y ss.

²⁹ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa y laboralidad... cit., pág. 5.

³⁰ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit., págs. 43-44.

prestadores del servicio, la relación se acerca más al trabajo por cuenta ajena”³¹. Por ello, la calificación jurídica de estas relaciones de empleo no es baladí puesto que “si la prestación de servicios en el ámbito de las plataformas virtuales se excluye de las relaciones laborales sustituyendo éstas por el trabajo por cuenta propia, podía pensarse en una huida del Derecho del trabajo o, en forma más suave se podría hablar de un desplazamiento o descentralización del trabajo subordinado por el trabajo por cuenta propia”³².

2.1. El trabajo prestado en el marco de la economía colaborativa: especial referencia al trabajo a demanda vía apps

La calificación de los prestadores de servicios como trabajadores autónomos por parte de las empresas no es una cuestión pacífica en los casos en los que las plataformas digitales no se limitan a actuar como meros intermediarios entre los proveedores de los servicios y los usuarios, sino que además ofrecen el servicio. Esta modalidad que ha venido a denominarse “platform economy” o “platform capitalism” ha sido reconocida por la Comisión Europea en la *Agenda Europea para la Economía Colaborativa* precisando que “puede haber casos en los que puede considerarse que las plataformas colaborativas ofrecen otros servicios además de los servicios de la sociedad de la información, actuando como intermediarios entre los prestadores de los servicios subyacentes y sus usuarios”. Se admite así que, en determinadas circunstancias, una plataforma sea al mismo tiempo proveedora del servicio subyacente (p. ej., servicio de transporte o de alquiler a corto plazo). El conflicto en estos casos, más allá de los requisitos de acceso al mercado (autorizaciones o licencias previstas en la normativa sectorial específica), está en descubrir si verdaderamente se trata de relaciones laborales encubiertas entre la plataforma y los prestadores de servicios, debiendo aplicarse la legislación laboral y la protección social propia de los trabajadores por cuenta ajena.

Esta labor de “levantamiento del velo”, exige hacer un análisis caso por caso, dado que el elevado grado de heterogeneidad de prestaciones de servicios posibles en el marco de la economía colaborativa impide dar una respuesta unívoca y homogénea a este problema. Con el fin de comprobar si la plataforma colaborativa es una mera empresa tecnológica cuya actividad se limita al contacto entre usuarios y prestadores de servicios sin intervenir en la prestación de servicios, o bien si la plataforma ofrece también los servicios subyacentes, de manera que emplea el *crowdsourcing* y externaliza toda la actividad productiva mediante “colaboradores” que categoriza como trabajadores por cuenta propia, la Comisión Europea propone analizar las circunstancias concurrentes en cada caso en atención a los elementos presentes en la relación de intercambio entre la plataforma y el prestador de servicios a la vista de las características que cada ordenamiento nacional exija para apreciar la existencia una relación laboral, teniendo en cuenta además la prevalencia del concepto de Trabajador por cuenta ajena elaborado por el TJUE y que implica la aplicación del Derecho social de la UE. A estos efectos, la Comisión Europea precisa que “a efectos de la aplicación de la legislación laboral nacional, los Estados miembros son libres de extender el concepto de trabajador de la UE a situaciones que no entran dentro del ámbito de aplicación de la

³¹ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa y laboralidad... cit., pág. 4.

³² *Idem*, pág. 3

definición de la UE. Si la evaluación de la existencia de una relación de empleo está relacionada con la aplicabilidad de algunos instrumentos específicos de la legislación de la UE (Directiva 2003/88/CE sobre el tiempo de trabajo y Directiva 98/59/CE sobre despidos colectivos), entonces las definiciones nacionales de trabajador no son pertinentes. Además, las definiciones dadas por las legislaciones nacionales están siempre sujetas a la evaluación de los tribunales nacionales o europeos”³³.

Para facilitar la identificación de una relación laboral encubierta en los supuestos en que la plataforma colaborativa ofrece también los servicios subyacentes, la Comisión Europea enumera tres “criterios clave” que permiten evidenciar “el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de dichos servicios”. El primero de estos criterios clave es el precio, valorando si es la plataforma colaborativa la que se ocupa de fijar el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, o bien si simplemente su labor se limita a sugerir recomendaciones sobre los precios o deja absoluta libertad en este campo al prestador de servicios. El segundo elemento clave para detectar una posible relación de dependencia se refiere a la propiedad de los activos clave, siendo preciso delimitar si éstos son propiedad de la plataforma o del prestador de servicios. Finalmente, habrá de detectarse posibles notas de subordinación en el resto de condiciones contractuales como por ejemplo, la existencia de instrucciones de cumplimiento obligatorio en la prestación del servicio, el hecho de que la plataforma sufrague los gastos o asuma los riesgos relacionados con la prestación de los servicios subyacentes; o también la implicación de las plataformas en la gestión y organización de la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera y calidad con que se prestan dichos servicios³⁴. De esta forma, en los casos en que se cumplan estos tres criterios, se podrá concluir que “hay indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de un servicio de la sociedad de la información)”.

A partir de esta constatación sobre la actividad de la plataforma, se debe descender a la calificación de la naturaleza jurídica de la relación entre la empresa propietaria de la plataforma y el prestador de servicio y ello partiendo de la premisa –doctrina consolidada del Tribunal Supremo– de que es absolutamente irrelevante la denominación que las partes hayan atribuido al contrato³⁵. La construcción doctrinal y jurisprudencial de la definición de trabajador subordinado por cuenta ajena permite concluir que todas las prestaciones de servicios que se enmarquen en la economía colaborativa y que se presten con las condiciones de ajeneidad y dependencia en su desarrollo, supondrán estar englobadas en el art. 1.1 LET³⁶.

³³ COM (2017) 250 final.

³⁴ Sin embargo, la Comisión aclara que no se aprecia subordinación en los casos en que las plataformas colaborativas se ocupen sólo de asistir al prestador de los servicios subyacentes al ofrecer la posibilidad de realizar determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información ofrecidos por la plataforma como intermediaria entre el prestador de los servicios subyacentes y sus usuarios (p. ej., modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios postventa, etc.). Tales elementos no constituyen indicios de influencia y control respecto al servicio subyacente.

³⁵ STS de 25 de enero de 2000 (RJ 2000/1312) y STS núm. 170/2009 de 23 de noviembre de 2009.

³⁶ PALOMEQUE LÓPEZ, M.C., y ÁLVAREZ DE LA ROSA, M., *Derecho del Trabajo* (vigésimotercera ed.), Ramón Areces, Madrid, 2016, págs. 473 y ss.

La Comisión insiste la calificación de la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente debe centrarse en tres criterios esenciales acumulativos que pueden ser complementados por otros similares por parte de los tribunales de los Estados miembros³⁷, a saber: a) la existencia de un vínculo de subordinación; b) la naturaleza del trabajo; y c) la existencia de una remuneración.

- El primero de los criterios es “la existencia de un vínculo de subordinación”³⁸. La dependencia, desde una nueva conceptualización amplia y renovada adaptada a las características de los modelos de la economía colaborativa existirá siempre que se detecten indicios significativos del prestador del servicio actúe bajo la dirección de la plataforma colaborativa, que es quien determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales³⁹, sin que sea un factor decisorio el que se ocupe de realizar el ejercicio efectivo de la gestión o la supervisión de manera continua⁴⁰. En sentido contrario, no existirá relación laboral en los supuestos en que la plataforma colaborativa se limite únicamente a tramitar el pago depositado por un usuario pasándolo al prestador del servicio subyacente.
- En segundo lugar se halla el criterio de la “naturaleza del trabajo”, que implica que “el prestador del servicio subyacente debe llevar a cabo una actividad de valor económico, que sea real y efectiva”, exceptuando las actividades que se lleven a cabo a una escala tan pequeña que puedan considerarse meramente marginales y accesorias”. Tal consideración resulta concordante con la previsión en nuestro ordenamiento jurídico (art. 1.3 LET) de exclusión del carácter laboral de las actividades ocasionales, marginales y accesorias (en función de las horas, el salario, o las características del servicios prestado). En el contexto de la economía colaborativa, cuando las personas prestan efectivamente servicios meramente marginales y accesorios a través de plataformas colaborativas, esto es un indicio de que dichas personas no reúnen las condiciones para ser consideradas trabajadores, aunque la exclusión definitiva de la consideración de la prestación de servicios de una relación de empleo exigirá un análisis *ad hoc* de todas las circunstancias concurrentes.
- Finalmente, el tercer criterio es el de la “remuneración”, permitiendo delimitar los supuestos de prestación de servicio voluntaria, de la retribuida propia de un trabajador. En muchos casos, la retribución a través de incentivos económicos en los programas informáticos que conforman las plataformas constituyen el elemento clave para poder detectar la existencia de poder de dirección (dependencia) en las plataformas. La falta de libertad económica del prestador de servicios –toda vez que éste presta el servicio conforme a unos cánones económicos programados– permite concluir que la plataforma es la que

³⁷ Estos elementos definitorios ya se habían precisado por la Comisión en su Comunicación “Reafirmación de la libre circulación de trabajadores: derechos y avances importantes”. COM (2010) 373 final, págs. 4-6.

³⁸ Un estudio pormenorizado sobre el concepto de subordinación en el derecho europeo y comparado en NOGLER, L., *The concept of “subordination” in European and comparative Law*, Universidad de Trento, Italia, 2009.

³⁹ Sobre la apreciación del criterio de subordinación se ha pronunciado el TJUE en la sentencia del caso Jany y otros contra Staatssecretaris van Justitie (C-268/99).

⁴⁰ Sobre este criterio, Danosa (C-232/09).

se ocupa de coordinar y dirigir la prestación de servicios y, por ende, se trata de una prestación de servicios en régimen de subordinación⁴¹.

Con todo no hay que olvidar que “las notas tradicionales de laboralidad se presentan muy atenuadas en las prestaciones de servicios que tienen lugar en el nuevo entorno digital”⁴². Concretamente se aprecia cómo el concepto de subordinación o dependencia se erige en el elemento clave para delimitar en que supuestos existe relación laboral en la prestación de servicios por cuenta ajena, perdiendo relevancia en estos casos el elemento de la ajenidad. Tal afirmación coincide con la postura mantenida por el TJUE al entender éste que “la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución”⁴³. Además, cabe indicar que “que en muchas plataformas puede concurrir el elemento de ajenidad en su distintas vertientes: a) En los medios, dado que la app y plataforma virtual se consideren el elemento más importante para realizar la prestación; b) En los frutos, en la medida que sea la plataforma quien perciba los importes de la prestación y decida la retribución del prestador; c) en los riesgos de la actividad, en la medida en que sea la plataforma quien asuma las consecuencias de los daños o de los errores; y d) En el mercado al asumir la política de los servicios, sus características y teniendo la relación directa con los clientes”⁴⁴.

Sin embargo, determinar la concurrencia del requisito de la dependencia en la relación entre el prestador de servicios y la plataforma se torna un hazaña difícil ante la existencia de elevadas dosis de libertad y auto-organización favorecida por los medios electrónicos en el entorno digital⁴⁵. Por tal motivo, en el nuevo panorama de relaciones de empleo a través de plataformas digitales, se empieza a hablar de “parasubordinación”⁴⁶, entendiendo que concurre la nota de dependencia (ahora no absoluta sino flexibilizada) cuando el prestador de servicios se encuentra inserto en el círculo rector y disciplinario de la empresarial⁴⁷, de modo que la protección laboral alcanza a personas que trabajan previo encargo del cliente o con sin sujeción a un horario establecido, siempre que desarrollen su trabajo dentro del ámbito de una organización empresarial⁴⁸. Este concepto flexibilizado de la nota de subordinación no es nuevo, ya que es doctrina consolidada de la sala cuarta del Tribunal Supremo entender que el trabajo subordinado no es incompatible con un espacio – indefinido, más o menos amplio – de autonomía en el desarrollo de la actividad profesional⁴⁹.

2.2. La aplicación del test de laboralidad por los tribunales: el caso Uber

Hasta el momento, han sido varios los tribunales que han tenido la ocasión de aplicar sus test tradicional de laboralidad para determinar la naturaleza de la

⁴¹ AGOTE, R., “On demand economy... cit., pág. 15.

⁴² CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit., pág. 47.

⁴³ STJCE de 3 de julio de 1986. Asunto C-66/85.

⁴⁴ AGOTE, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, cit., nota a pie nº8, pág. 12.

⁴⁵ TODOLÍ SIGNÉS, A., *El trabajo en la era ...cit.*, págs.. 25 yss.

⁴⁶ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa ... cit., págs. 3 y ss.

⁴⁷ STSJ Navarra 30 de diciembre de 2000 (AS 2001/366).

⁴⁸ STS de 19 de julio de 2002

⁴⁹ SSTS de 6 de octubre de 2010 (RJ 5017) y de 19 de febrero de 2014 (RJ 2075).

relación jurídica entre los prestadores de servicios y las plataformas electrónicas de intermediación de bienes y de servicios a través de las cuales contactan con los clientes⁵⁰. A tal fin, y a falta de una normativa específica al respecto, los tribunales han analizado si en la prestación de servicios en este nuevo escenario de la *on demand economy* concurren los indicios de laboralidad en atención a la existencia de indicios de voluntariedad, dependencia, ajenidad, libertad y retribución. Teniendo en cuenta estas notas características que permiten distinguir entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia cabe igualmente hacer una referencia analítica a los cambios que se han producido en la interpretación de estos conceptos en el nuevo escenario de las nuevas tecnologías y los procesos de descentralización productiva.

El ejemplo más paradigmático hasta el momento es el propio de la relación entre Uber y los prestadores de servicio de transporte, pues la empresa se ha ido encontrando con la corrección realizada por los tribunales en países como Estados Unidos⁵¹, Dinamarca, Alemania, Reino Unido⁵² y España⁵³, que han declarado la naturaleza laboral de Uber con sus conductores –rechazando el carácter de autónomos– por carecer los conductores de una auténtica organización empresarial propia y autónoma y encontrarse sujetos a la dirección, instrucciones y control de Uber⁵⁴.

La inserción de Uber en el mercado de transporte de personas por carretera en ciudad ha generado una serie de conflictos jurídicos asociados a la pretensión de la empresa de “autodefinirse como simple intermediario entre el cliente y el prestador de servicios a través de su *app* (...) sin atender a ciertas obligaciones y exigencias legales: disponer de una autorización administrativa y contar con una tarifa previamente determinada que impediría la competencia desleal con las empresas”⁵⁵. Uber entiende que no existe relación laboral con los conductores –*partners*– toda vez que su actividad se limita a la puesta a disposición de una plataforma virtual donde los clientes pueden localizar a la persona concreta que prestará el servicio a través de una aplicación móvil gratuita que facilita el acceso vía GPS al conductor de Uber que se encuentre en activo. Para Uber los conductores tienen la consideración de trabajadores autónomos, en tanto que, además de titulares de un vehículo y asumir directamente los gastos de la actividad, deciden “libremente” cuánto y cuándo trabajar, sin estar sujetos a una jornada mínima ni a horarios concretos⁵⁶. Esta supuesta libertad organizativa es la que

⁵⁰ AGOTE, R., “On demand economy... cit., pág. 7.

⁵¹ Decisiones del United States District Court (Northern District of California), de 11 de marzo de 2015 (asunto O'Connor et al. Vs. Uber Technologies Inc.) y de 3 de junio de 2015 (asunto Barbara Ann Berwick vs Uber Technologies Inc.). También la decisión de la Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon de 14 de octubre de 2015 y la decisión de 1 de junio de 2015 de la California Unemployment Insurance Appeals Board (case No. 5371509-Reopened)

⁵² Resolución de 28 de octubre de 2016 del Central London Employment Tribunal (caso número 2202551/2015 y otros)

⁵³ Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña de 9 de marzo de 2015 (expediente núm. 8/0025767/14). Sobre la actuación de la ITSS, *vid.* Blog de E. ROJO TORRECILLA, de 3 de noviembre de 2016, y de 31 de agosto de 2015. <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2016/11/pues-si-uber-merece-serobjeto-y-lo.html>.

⁵⁴ Una exposición del debate judicial relativo a la caracterización jurídica de la relación entre la empresa Uber y sus conductores, TODOLÍ SIGNÉS, A., *El trabajo en la era...cit.*, págs. 56 y ss., y CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit., págs. 48-53.

⁵⁵ TRILLO PÁRRAGA, F., “Relaciones de trabajo ...cit., pág. 8.

⁵⁶ Según consta en la decisión del United States District Court¹⁸, el contrato firmado entre los conductores y Uber establece que las partes “expressly agree that tis Agreement is not an

utiliza la empresa para declarar su naturaleza de mera empresa tecnológica, cuya actividad consiste únicamente en disponer los medios técnicos y organizativos para facilitar el contacto entre usuarios y titulares de vehículos para desplazamientos urbanos.

Obvia Uber que en su relación con los conductores concurren todos los presupuestos sustantivos que caracterizan la relación laboral de acuerdo con lo previsto en el art. 1.1 LET (o en la respectiva legislación nacional del país de que se trate o el derecho europeo), de manera que deben ser dados de alta como trabajadores por cuenta ajena en el Régimen General de la Seguridad Social. De modo simplificado se enumeran a continuación algunas de las características más significativas de la relación entre Uber y los conductores que han permitido a los tribunales –y a la ITSS en nuestro país– detectar la concurrencia de las notas de dependencia, ajenidad y retribución⁵⁷.

Así, se ha apreciado como primer indicio de dependencia el proceso de selección al que tienen que enfrentarse las personas que desean acceder a la plataforma para ser conductores de Uber, y es que para poder ser socio-conductor de Uber exige superar un proceso de selección consistente en superar un test de aptitud del conocimiento de la geografía de la ciudad donde presta el servicio de transporte de personas, acreditar disponer de un permiso de conducir válido durante un mínimo de tres años, y que el vehículo que se utilice para la prestación del servicio disponga de seguro en vigor y no tenga una antigüedad superior a diez años. Además, Uber posee los datos personales de los pasajeros y de los trayectos, que no comparte con los conductores, y también asume el riesgo de la actividad, puesto que el precio del trayecto es fijado por Uber y abonado por el usuario a Uber, sin que se admita la libre fijación de precios por los conductores ni la aceptación de propinas. Otros indicios de la asunción del riesgo por parte de Uber son el hecho de que sea la plataforma la que asuma los costes derivados de la limpieza del vehículo cuando el pasajero lo ensucia, o bien aquellos costes provocados por actuaciones fraudulentas de clientes. En otros casos (como en el de Reino Unido) quedó comprobado que Uber asumía los costes derivados de quejas por los clientes, sin perjuicio de poder detraer esos costes de los importes que abona a los conductores con carácter semanal; y que gestiona esas quejas sin, en ocasiones, consultar la cuestión con el conductor afectado. En materia de tiempo de trabajo, frente a la supuesta “absoluta libertad” de que dispone el conductor, se detecta que Uber establece una “prestación de servicios mínima”⁵⁸ reservándose la posibilidad de deshabilitar temporal o definitivamente a un conductor cuando éste haya recibido evaluaciones negativas por parte de los usuarios o rechace demasiados servicios (indicio de poder disciplinario), además de fijar los requisitos para la cancelación de trayectos por parte de los conductores. Como muestra de su poder de dirección y control, Uber prohíbe expresamente a sus conductores permitir a alguien acceder al software o al servicio sin previa

employment agreement or employment relationship” Northern District of California, O’Connor et al. Vs Uber Technologies Inc., Núm. C-13-3826 EMC, 11 de marzo 2015, pág.3.

⁵⁷ Analizando las sentencias sobre Uber, *vid.* Rodríguez FERNÁNDEZ, M. L., “Plataformas, microworkers y otros retos del trabajo en la era digital”, contribución a la Conferencia Nacional OIT “El futuro del trabajo que queremos”, Madrid, 28 de marzo de 2017, págs. 8 y ss.; VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa ... cit., pág. 6

⁵⁸ Según el Informe de la Inspección de Trabajo de Cataluña, a pesar del reconocimiento formal de la libertad horaria de que disfruten los conductores, entiende que Uber les impone de manera indirecta, el seguimiento de un horario establecido, al estar sujetos a un sistema de productividad consistente en estar conectados un mínimo número de horas al día o a la semana, que con carácter previo se fija por parte de Uber según su propia conveniencia.

autorización por escrito de la empresa o utilizar un conductor que no haya sido autorizado por la empresa para realizar la tarea ofrecida por este servicio (considerándose éstas prácticas de incumplimiento del contrato); y establece a los conductores “recomendaciones” (en realidad, auténticas instrucciones empresariales con el fin de estandarizar la prestación de servicio que ofrece Uber a los usuarios⁵⁹) sobre la forma de prestación de los servicios que incluyen: vestir de forma profesional, apagar la radio o reproducir música suave durante un servicio, abrir la puerta al cliente o incluso acompañarlo con un paraguas al entrar y salir del vehículo en caso de lluvia⁶⁰.

A la vista de la concurrencia de todos estos factores o indicios de laboralidad que delatan la existencia de una relación laboral, se concluye que a pesar de que Uber se presente como una simple proveedora de tecnología (plataforma tecnológica), esta organización tiene un negocio de transporte y emplea a los conductores que le proporcionan el trabajo cualificado que ella necesita para prestar sus servicios y conseguir sus beneficios. Admitir lo contrario sería satisfacer el “sueño empresarial de alcanzar utilidades patrimoniales a través del trabajo humano sin que ello implique ninguna obligación para con la persona que lo desarrolla, olvidando uno de los principios fundamentales del mal llamado mercado de trabajo como es el hecho de que los conductores que trabajan bajo el control de la empresa Uber son merecedores de una especial protección por cuanto la relación que se establece no es de igualdad, sino de subordinación”⁶¹.

3. SOBRE LA NECESARIA CREACIÓN DE UNA NUEVA CATEGORÍA PROFESIONAL PARA LOS TRABAJADORES DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Una de las características esenciales por las que la relación entre la plataforma y el prestador de servicios tiene difícil encaje en el contrato de trabajo ha sido la falta de concurrencia de uno de los elementos de la relación sinalagmática laboral, esto es, la falta de concreción de un número de horas cierto durante las cuales se presta servicios (art. 12 y 34 LET). Poniendo de nuevo por ejemplo el caso de Uber, en principio parece que el conductor cuenta con libertad de poner a disposición de la empresa determinada cantidad de tiempo de trabajo, como si se tratara de un auténtico trabajador autónomo. Estos conductores de Uber pueden elegir cuándo trabajar y, por tanto, aceptar o no el encargo de trabajo, si bien una vez aceptado el servicio ha de ser realizado obligatoriamente por el conductor⁶². Si entendemos que el contrato de trabajo deber marcar las características temporales de la prestación (tiempo de dedicación exigido por el empresario), ¿puede calificarse de contrato de trabajo una prestación de servicios caracterizada por la libertad absoluta del prestador para realizar su prestación el número de días y horas que prefiera, sin que exista una obligación de prestación mínima?⁶³.

⁵⁹ VALLECILLO GÁMEZ, M.R., “Economía colaborativa...cit., pág. 10.

⁶⁰ *Ibidem*.

⁶¹ TRILLO PÁRRAGA, F., “Relaciones de trabajo...cit., pág. 8.

⁶² Si bien, esta aparente autonomía se ve matizada por el hecho de que el Manual del conductor de Uber determina que Uber se reserva el derecho de investigar los motivos por los que los conductores rechazan algún servicio, advirtiendo la posibilidad de desactivarlos cuando hayan rechazado un número determinado de servicios. *Idem*, pág.7.

⁶³ Manteniendo una postura negativa a la existencia de un contrato de trabajo en estos casos, sobre la base de que “la libertad de trabajar cuando y si se quiere elimina radicalmente el requisito de la dependencia –inherente a la relación laboral por cuenta ajena–”, *vid.* AGOTE, R., “On demand economy... cit., pág. 14.

Ante la dificultad de ajustar los indicios tradicionales del test de laboralidad a las características que concurren para la prestación de servicios a través de plataformas, algunos expertos han defendido la pertinencia de crear una categoría de trabajadores específicos propia y diferenciada para aquellas personas que presten servicios a través de plataforma electrónicas. El “status laboral” de la mayor parte de las personas que desarrollan su actividad profesional a través de las nuevas plataformas digitales no se corresponde de forma nítida e indubitada con la figura del trabajo autónomo, ni tampoco con la propia del trabajador por cuenta ajena, generándose en consecuencia “una mayor vulnerabilidad de este colectivo, en la medida en que no cuenta con la protección legal de las/os asalariadas/os, pero tampoco con las mismas condiciones de las/os autónomas/os”⁶⁴. En este sentido, es importante tanto concretar la categorización del trabajo prestado en el entorno digital como también adaptar la regulación existente –o, en su caso, intervenir legislativamente para crearla– a fin de crear herramientas normativas capaces de proteger eficazmente a los trabajadores en la economía colaborativa (al “cybertariado”⁶⁵), delimitando así su propio estatuto.

Partiendo de que resulta inadecuada la aplicación en bloque de la normativa laboral a este nuevo tipo de trabajadores en el entorno digital debido a su amplia libertad de decisión sobre cómo y cuánto trabajar, la fluctuabilidad de los ingresos obtenidos, el seguimiento tecnológico permanente de su actividad, etc., se ha considerado oportuno buscar una solución alternativa⁶⁶. En este sentido, se ha indicado que “la equitativa pretensión de dotar de un estatuto protector, inspirado en el que proporciona el Derecho del Trabajo, a ciertas categorías de trabajadores no dependientes, debería discurrir, no por vía de desdibujar el concepto de dependencia para hacer entrar en él formas de trabajo cuasi o semidependiente, sino por la más clara y rigurosa de asimilar dichas categorías a los trabajadores dependientes”⁶⁷. En concordancia con este razonamiento se ha planteado como posible solución introducir en el ordenamiento jurídico una relación de tercer tipo entre el trabajo dependiente y el trabajador autónomo, que dotaría de un estatuto jurídico propio a este conjunto de relaciones de prestación de servicio que, como se ha visto, no pueden equipararse a las relaciones laborales en sentido estricto⁶⁸.

Se estaría de esta manera cumpliendo con las previsiones del nacimiento del “trabajo libre por cuenta ajena” que se anunciaba a mediados del siglo pasado⁶⁹, pero que choca frontalmente con el criterio mantenido por la jurisprudencia según el cual el trabajo subordinado no admite espacios de autonomía o la utilización de

⁶⁴ ROCHA SÁNCHEZ, F., “La digitalización y el empleo ...cit., p. 8.

⁶⁵ Así denomina Huws a las personas conectadas a una app a la espera de un encargo. HUWS, U., *The Making of a Cybertariat: Virtual Work in a Real World*, *Montly Review Press*, 2003.

⁶⁶ Afirmando que “la protección de las condiciones laborales existentes actualmente no parece que se adapten completamente a los nuevos modelos de negocio”, TODOLÍ SIGNÉS, A., “El impacto de la “UBER ECONOMY” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, núm.3, 2015, p. 15

⁶⁷ MONTOYA, A.: “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo”, *REDT*, núm. 91, 1998, pág. 724.

⁶⁸ REVILLA, E., *La noción de trabajador en la economía globalizada*, Navarra, Aranzadi, 2003, págs. 317 y 318.

⁶⁹ Se afirmaba entonces que “En un sentido amplio, que es el que nos parece más defendible sobre todo proyectado con vistas al futuro, el objeto del Derecho laboral vendría representado por ser el trabajo libre por cuenta ajena, comprendiéndose así no sólo el englobado bajo la noción de subordinación, sino también aquel otro que fuese prestado sin atender a tal situación de dependencia”, ALONSO GARCÍA, M., *Introducción al estudio del Derecho del Trabajo*, Bosch, Barcelona, 1958, pág.94.

medios de producción propios⁷⁰. Sobre esta cuestión resulta especialmente clarificador el razonamiento de quienes afirman que “en un futuro, probablemente será necesario el replanteamiento de la nota de laboralidad de subordinación y dependencia jurídica. El trabajo en el marco de plataformas virtuales y formas de organización de la producción como el crowdsourcing hace pensar en posibles formas de trabajo en las que la tradicional nota de dependencia se encuentra fuertemente alterada o, incluso, desvirtuada. Esto es, a diferencia del actual trabajo desarrollado en plataformas como Uber, Lift o Taskrabbik que claramente puede definirse como trabajo subordinado, podrían aparecer en el futuro empresas que, a pesar de intervenir en el servicio, no emplearan trabajo subordinado en el sentido actual del término. Las nuevas tecnologías –en un futuro no necesariamente lejano– permitirán formas de trabajo cada vez más independiente”⁷¹.

Una de las posibles alternativas que se han planteado en este debate en torno al status del trabajador en el seno de la economía colaborativa, sobre todo en el mundo anglosajón, ha sido la posible creación de una nueva categoría profesional denominada “trabajador independiente”⁷². Uno de los países que ha marcado un gran avance en este sentido ha sido Francia en su reforma laboral de agosto de 2016 al introducir unas obligaciones específicas para los trabajadores independientes que desarrollen su actividad en Francia para compañías que, independientemente de dónde estén localizadas físicamente, conectan personas por medios electrónicos para venderles bienes, prestarles servicios o intercambiar bienes o servicios⁷³. La regulación se destina de manera específica a aquellas plataformas que prestan un servicio y establecen las características esenciales de la actividad económica (características de bien o del servicio, y su precio). Al detectarse en estos supuestos concretos una cierta dependencia económica de los prestadores (trabajadores independientes que trabajan a través de estas plataformas), les otorga a éstos unos derechos económicos y laborales, que se concretan en las siguientes obligaciones que ha de asumir la plataforma: “(i) asumir el coste de una cobertura equivalente a la establecida para accidentes de trabajo por la correspondiente norma de seguridad social, y (ii) responder del derecho a su formación profesional continua, siempre que la plataforma tecnológica suponga un nivel de ingresos determinado para el prestador. En todo caso, y sea cual sea el nivel de ingresos obtenido a través de la plataforma, los trabajadores independientes que presten sus servicios para dichas plataformas verán reconocidos: (i) el derecho a concertar colectivamente la interrupción de su prestación de servicios con la finalidad de defender sus intereses profesionales, sin que este comportamiento, salvo que tenga carácter abusivo, pueda determinar responsabilidad contractual por incumplimiento para el individuo, la extinción de su contrato o cualquier penalización, y (ii) el derecho de sindicación”⁷⁴.

La traslación a España de este debate en torno a la calificación jurídica de los trabajadores a demanda vía app y de las propuestas acerca de la creación de una categoría profesional de trabajadores independientes en el marco de la economía colaborativa en nuestro ordenamiento jurídico ha propiciado la

⁷⁰ STS de 29 de diciembre de 1999 (RJ 1427)

⁷¹ GINÈS i FABRELLAS, A. y GÁLVEZ DURAN, S. “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret*, núm.1, 2016, pág. 37.

⁷² HARRIS, S.; and KRUEGER, A. A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First Century Work: The “Independent Worker”. The Hamilton Project. Discussion Paper 2015-10

⁷³ AGOTE, R., “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, cit., págs. 15 y 16.

⁷⁴ *Idem*, pág. 16.

aparición de propuestas de regulación alternativas. Una de las opciones que se han formulado ha sido la equiparación a la figura del “trabajo autónomo económicamente dependiente” (en adelante, TRADE) conforme a lo previsto en Ley 20/2007 de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo (arts. 11 y ss.). Esta vía fue la empleada por muchas startups de economía colaborativa españolas para intentar cumplir con la legalidad y evitar posibles sanciones de la ITSS por clasificación errónea como autónomos. Ahora bien, la figura del TRADE tiene difícil encaje en este nuevo modelo de negocio. Voces reconocidas señalan que resulta inadecuado recurrir al TRADE como una figura intermedia entre el trabajador autónomo y el trabajador por cuenta ajena, dado que el TRADE es una “subcategoría de los trabajadores autónomos”⁷⁵ sin que pueda tener subordinación, dependencia ni ajenidad de la plataforma o de ningún otro empresario. Por tanto, si se puede detectar que la plataforma interviene en la prestación de servicios ejerciendo el control y dando instrucciones a los prestadores de servicios (como en el caso de Uber), no podríamos hablar de autónomo (sea o no económicamente dependiente) sino de trabajador común⁷⁶. Otra de las razones por las que la figura de los TRADE no puede ser aplicada a los prestadores de servicios de la economía colaborativa se basa en que la legislación exige que éstos (los TRADE) tengan un cliente mayoritario (con dependencia económica del 75%), mientras que en el seno de la economía colaborativa, en los casos en que las plataformas virtuales ejercen únicamente como intermediarios que ponen de en contacto la persona que desea un servicio con la persona que lo provee, los prestadores de servicios suelen pertenecer a varias plataformas virtuales para poder garantizarse unos ingresos.

Descartada la posibilidad de emplear la figura del TRADE más allá de aquellos supuestos en que efectivamente se cumplan los presupuestos propios de esta figura, la propuesta más factible para la categorización de la relación entre la plataforma y los prestadores de servicios, es la que propugna la creación de una nueva relación laboral especial (art. 2 LET)⁷⁷, cuya regulación específica habría de introducir las adaptaciones y modificaciones de la normativa laboral —en materia de jornada, retribución, descansos, horas extraordinarias, etc.— que sean requeridas de acuerdo con las particulares características de este modelo de negocio. Especial mención merecerán, por su especial singularidad, las cuestiones relacionadas con la titularidad, uso y protección de los medios de producción (apps, dispositivos móviles, etc.), las cuestiones relativas a prevención de riesgos laborales, así como las referidas a la protección social. Respecto a estas últimas, se ha apuntado la oportunidad de crear un sistema especial *ex art. 11 LGSS* dentro del régimen de seguridad social para trabajadores por cuenta ajena (régimen general) y configurar reglas específicas en materia de encuadramiento, afiliación cotización y recaudación⁷⁸.

⁷⁵ TODOLÍ SIGNÉS, A., “¿La figura del TRADE resuelve los problemas laborales de la uber economy?”, en el Blog *Argumentos de Derecho Laboral*; del mismo autor *El trabajo en la era ...cit.*, pág. 64.

⁷⁶ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit.”, pág. 55

⁷⁷ En este sentido, TODOLÍ SIGNÉS, A., *El trabajo en la era ...cit.*, págs. 64-65.

⁷⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit.”, pág. 54.

4. FÓRMULAS PARA ALCANZAR LA NECESARIA PROTECCIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

En la “nueva sociedad del conocimiento digital”, la aparición de nuevas formas de trabajo ha hecho desaparecer “el prototipo clásico—trabajo seguro y de calidad—”⁷⁹, se precisa poner en marcha una reforma por la que las leyes laborales y la cultura sindical se ajusten y legitimen esta nueva realidad⁸⁰. Así lo ha venido a reconocer la Comisión Europea indicando que “la aparición de la economía colaborativa y la entrada en el mercado de nuevos modelos de negocio ofrecen una oportunidad a los responsables políticos y los legisladores de los Estados miembros. Pueden considerar si los objetivos perseguidos en la legislación existente siguen siendo válidos, tanto en relación con la economía colaborativa como con los prestadores de servicios que operan de manera tradicional”⁸¹. La preocupación por el futuro del trabajo y el mercado digital emergente es un objetivo al que también se orienta también el Pilar Europeo de los Derechos Sociales⁸², que diseñado como respuesta al compromiso de la Unión Europea de ofrecer una Europa más social, aboga por garantizar la igual protección de todas las formas de empleo, tratando de reducir la dualidad de los mercados de trabajo actuales, ofreciendo orientaciones para garantizar la aplicación eficaz de la legislación existente, así como reforzando la aplicación y el cumplimiento del acervo existente, también a través de medidas no legislativas, —incluyendo el apoyo a una mayor toma de conciencia de los derechos, mecanismos que garanticen su cumplimiento o mejores orientaciones interpretativas en caso necesario—.

Sin negar los potenciales beneficios en la calidad del empleo (empleo decente) y en las condiciones de trabajo⁸³, la digitalización plantea a corto y medio plazo riesgos para la calidad de las condiciones de trabajo y de los derechos laborales que inevitablemente afectan también al trabajo desarrollado en el marco de la economía colaborativa. Entre los efectos negativos para las condiciones de trabajo se enumeran⁸⁴: “(a) los bajos salarios; (b) el subempleo, provocado por el hecho de que en un elevado porcentaje de casos las actividades realizadas se fragmentan en “micro-tareas”; y (c) el trato injusto recibido por parte de los clientes y de las plataformas intermediarias, que incluye entre otras

⁷⁹ Esta situación se corresponde con lo que anunciara hace un siglo Rifkin en *El fin del trabajo*. Paidós, Barcelona, 1995.

⁸⁰ El profesor Molina Navarrete hace referencia la necesidad de que se construya teóricamente el modelo del futuro que legitime y fomente el nuevo paradigma social, de economía y de trabajo y su mercado, siendo para ello necesario que el Derecho lo institucionalice en materia de empleo, trabajo y protección social. MOLINA NAVARRETE, C., “Derecho del Trabajo en la era Digital...cit., p.4.

⁸¹ COM (2016) 256 final.

⁸² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Establecimiento de un pilar europeo de derechos sociales”. COM (2017) 250 final, y cuyo antecedente más inmediato es la Resolución del Parlamento Europeo de 27 de enero de 2017 (2016/2095(INI).

⁸³ Se ha señalado que “la digitalización puede favorecer mejoras en las condiciones de trabajo en relación a aspectos como: la liberación de actividades peligrosas y tareas repetitivas; una mayor flexibilidad y autonomía en la organización del tiempo de trabajo; el enriquecimiento de los contenidos de trabajo; la mejora en las cualificaciones, y el reforzamiento de las posibilidades de cooperación”, *vid.* ROCHA SÁNCHEZ, F., “La digitalización ...cit., p. 7 haciendo referencia a los resultados extraídos por VALSAMIS, D.; DE COEN, A.; VANOETEREN, V.; VAN DER BECKEN, W., “Employment and Digital Skills. Aspects of the Digital Single Market Strategy”, European Parliament, 2015.

⁸⁴ Se sigue en esta enumeración a ROCHA SÁNCHEZ, F., “La digitalización...cit., p. 7.

manifestaciones: los cambios unilaterales en las condiciones y términos del pago, e incluso la negación del mismo; la “desactivación” abusiva de las plataformas; la carencia de mecanismos fiables de resolución de disputas con los clientes; y problemas para el desarrollo de actividad sindical online, debido a la mayor capacidad de control y vigilancia digital”. Junto a estos efectos, se suelen citar otros como “(a) la intensificación y aceleración de los ritmos de trabajo con su correlato en términos de agudización del estrés y la ansiedad; (b) la dislocación del tiempo de trabajo, con crecientes requerimientos empresariales en términos de flexibilidad y disponibilidad de las/ trabajadoras/es; y (c) la pérdida de autonomía y privacidad, como consecuencia del desarrollo de nuevas formas de seguimiento y control del trabajo en las empresas”⁸⁵.

Este conjunto de potenciales riesgos requieren propuestas de solución capaces de conformar y garantizar un nivel adecuado de protección en el nuevo escenario social y económico desarrollado por las NTICs. A tal fin, el nuevo paradigma económico y social propio de la era digital exige no sólo adaptaciones que maten el impacto jurídico- laboral y de protección social con el fin de que la robotización de la economía y la economía colaborativa no vean debilitados (o anulados) los derechos individuales y colectivos de las personas trabajadoras, sino también adaptaciones desde el punto de vista cualitativo, es decir, de adaptación a los nuevos modelos de negocio y de empleo, que aparecen. Se trata, por tanto, de responder a los desafíos que origina la permeabilidad del mercado de trabajo a los avances tecnológicos a través de una estrategia integral en la que se implique toda la comunidad laboral: empresas, trabajadores, agentes sociales, legislador, órganos judiciales, etc.⁸⁶. En este sentido, se ha apuntado que “resulta imprescindible la articulación de una estrategia integral para la transición justa a la economía digital que favorezca la creación de empleo decente, y contribuya en paralelo a prevenir y mitigar los riesgos de segmentación y exclusión social entre la población”⁸⁷. Tal estrategia debe tener como eje vertebrador “un nuevo y más flexible marco regulador, adaptado a las peculiares características y a los diversos modelos de economía colaborativa que pueden darse, de modo que se impidan los abusos y la realización de actividades lucrativas encubiertas”⁸⁸.

Algunas de las medidas necesarias para la transición hacia una economía digital –al menos para evitar los impactos a corto plazo– son, entre otras: a) la reorientación hacia un cambio de modelo productivo que fomente cambios en la composición sectorial de la actividad económica y el empleo, potenciando la modernización de los sectores tradicionales y el desarrollo de otros emergentes⁸⁹; b) el desarrollo de una nueva política empresarial orientada hacia la innovación, la inversión productiva, los productos y servicios de mayor valor añadido y la calidad del empleo; c) la previsión de un marco legal suficiente –una respuesta normativa flexible– que defina el entorno legal, administrativo, laboral y fiscal y, especialmente, que revise los parámetros de protección laboral y adopte los cambios necesarios para garantizar la tutela jurídica de las personas que desarrollan su actividad profesional en las plataformas digitales descartando la arcaica consideración de los mismos como un “un universo paralelo y aislado de la economía”⁹⁰; d) la mejora de las cualificaciones y formación de los trabajadores

⁸⁵ *Idem*, p. 8.

⁸⁶ SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Generalización tecnológica...cit., p. 3.

⁸⁷ ROCHA SÁNCHEZ, F., “La digitalización... cit., p.10.

⁸⁸ CAVAS MARTÍNEZ, F., “Las prestaciones de servicios ... cit., p. 41.

⁸⁹ *Idem*, p. 11.

⁹⁰ *Ibidem*.

para evitar su segregación o expulsión del mercado de trabajo⁹¹; e) el fortalecimiento la negociación colectiva para garantizar su papel constitucional como instrumento central para la defensa y preservación de los derechos y condiciones laborales de las/os trabajadoras aprovechando su dinamismo para reconocerla como instrumento y cauce idóneo para la solución de los problemas que se planteen; f) el establecimiento de un conjunto de garantías en materia de salarios para los prestadores de servicios (mínimo rango salarial) y un marco de prevención de riesgos laborales; g) la previsión medidas de política pasiva de carácter complementario y transitorio como por ejemplo el establecimiento de una renta básica o mínima universal que compense la reducción de puestos de trabajo tradicionales y ampare los estados de desempleo que puedan producirse⁹², o la implantación de un sistema impositivo específico por la utilización de robots en las empresas (cotización por los mismos a la Seguridad Social); y h) el desarrollo de la responsabilidad social empresarial (RSE) en materia de tiempo de trabajo (derecho a la desconexión digital) y conciliación de la vida laboral, personal y familiar.

⁹¹ En este concreto ámbito de actuación se propone que las políticas que se adopten incidan “en todas las fases del sistema educativo, pero asimismo prestar una especial atención al sistema de formación profesional para el empleo planteándose dos ejes centrales de actuación: (a) el reforzamiento de las cualificaciones digitales, tanto las de carácter genérico como las especializadas y complementarias; y (b) el desarrollo de una estrategia orientada a disminuir el desajuste existente entre la demanda y oferta de profesionales con competencias TIC”. *Idem*, pp. 11 y 12. También insistiendo en la necesidad de hacer una importante inversión en formación con el fin de afrontar los retos del proceso de digitalización, *vid.* RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., “Plataformas...cit., p.3 y ss.

⁹² Aunque las medidas de política pasiva se contemplaron inicialmente como únicas por el Parlamento Europeo en su *Proyecto de Informe con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, 31 de mayo de 2016*, luego matizaría su planteamiento en la *Resolución con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica, 16 de febrero de 2017* para indicar que tales medidas pasivas han de ser meramente complementarias y transitorias. Sobre estas propuestas, RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, M. L., “Plataformas...cit., pp. 3 y ss.; y SAN MARTÍN MAZZUCCONI, C., “Generalización tecnológica: ... cit., p. 7. En nuestro país, en febrero de 2017 el Congreso de los Diputados aprobó la toma en consideración de una iniciativa legislativa popular presentada por CC.OO. y UGT para garantizar una prestación de ingresos mínimos a todos los hogares sin renta.