nº 17 (4º Trimestre 2018)
ISSN: 2386-7191 – ISSNe: 2387-0370

Elementos conceptuales para la fijación del nivel de (des)protección social del prestador de servicios en la economía colaborativa[1]

Conceptual elements for setting the level of (un) social protection of the service provider in the sharing economy

FRANCISCO VILA TIERNO
PROFESOR TITULAR DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL
UNIVERSIDAD DE MÁLAGA
MAGISTRADO (SUPL) TSJA

Resumen

La aparición de la cada vez más extendida economía colaborativa y el uso de las plataformas como fórmulas para la gestión de servicios, tiene una incidencia directa en la ordenación de las relaciones laborales. En primer término, porque según la categorización jurídica de sus protagonistas, pueden que escapen del propio concepto de laboralidad. Se trata, en este primer trabajo –de un conjunto de dos– de delimitar la naturaleza de los servicios prestados, la realidad que se presenta y las consecuencias en el marco de la protección social de los sujetos implicados.

Palabras clave

economía colaborativa; trabajo autónomo; protección social

Abstract

The emergence of the increasingly widespread sharing economy and the use of platforms as methods of managing services has a direct impact on the management of labour relations. Firstly because depending on the legal categorisation of its main players, they may evade the very concept of employment. In this first work –of a set of two– we wish to define the nature of the services provided, the reality of the sharing economy and the consequences within the framework of the social protection for the subjects involved.

Keywords

sharing economy; self-employment; social protection

1. CON CARÁCTER PREVIO…

Resulta una realidad evidente que se ha producido un desarrollo exponencial de las Nuevas Tecnologías. Un desarrollo que se ha insertado, para quedarse, en el sector productivo y en el marco de las relaciones de prestación de servicios. Y es que, en la actualidad, es impensable plantearse una realidad, independientemente del sector de actividad. Así, si se quiere hacer un desplazamiento, deseamos recibir alguna mercancía, reservar un apartamento turístico o gestionar un alojamiento, tramitar un seguro, solicitar las entradas para un evento, realizar compras, etc. nos encontramos ante la posibilidad, en la mayor parte de los casos, de que exista la opción de ejecutar todo el procedimiento a través de una aplicación informática o para *Smartphone*. Y ello resulta tan natural como importar anglicismos para denominar lo que

[1] En la elaboración de este trabajo ha colaborado Ernesto Ruíz Pulido, en calidad de investigador novel vinculado al Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Málaga. Dicha colaboración ha consistido en la aportación de materiales sobre plataformas, así como una selección jurisprudencial, que han contribuido de manera esencial para la redacción del epígrafe 3.

Fecha Recepción: 25-10-2018 – Fecha Revisión: 3-11-2018 – Fecha Aceptación: 5-11-2018
Pags. 151-170

tiene su traducción al español. Lo cierto es que todo este fenómeno de cambio tiene una importante repercusión en el diseño tradicional de las relaciones laborales y de protección social, puesto que introducen nuevas fórmulas colaborativas que escapan del ámbito de cobertura del Orden Social, o al menos, eso parecen pretender.

Estos antecedentes nos llevan, necesariamente, a una reflexión sobre el esquema que deba seguirse cuando se proyecta, de un modo amplio, el estudio de los cambios tecnológicos en las relaciones de trabajo y la actividad empresarial. Un esquema que se sustenta, como punto de partida, sobre varios elementos que requieren una precisa delimitación conceptual, sin que ello sea, por sí solo, el objetivo central del análisis que ahora se presenta. En este sentido, es preciso clarificar varios conceptos, por cuanto que éstos son los que predeterminan los resultados de un estudio que se concibe estructurado en dos partes bien diferenciadas –y que, por tanto, se presentan como dos publicaciones distintas– si bien, interconectas mediante el nexo de unión de la economía colaborativa. No obstante, mientras que la primera se limita a aspectos estrictamente conceptuales, la segunda, de carácter más práctico, se reserva a realizar un recorrido por los distintos instrumentos que se refieren al grado de protección social para los sujetos que prestan servicios en el seno de esta realidad socio-económica.

El planteamiento resulta meridianamente claro: la economía colaborativa –que aún no hemos definido– nos presenta una realidad en la que un prestador de servicios –tampoco definido–, efectúa una labor que debe tener su correspondiente categorización jurídica, para lo que habrá de determinarse, del mismo modo, si aquellos servicios se prestan para una figura que pueda considerarse empleador. No obstante, estas realidades, con una relevancia significativa en el contexto actual, no suponen, por sí mismas, el elemento central de análisis –que también– sino que adquieren un alcance que, si bien no podemos catalogar de instrumental, sí aparecen como un presupuesto para determinar un parámetro muy concreto: como los sujetos que realizan su labor profesional en este campo, se encuentran abocados, en el ámbito de una rebaja de las condiciones sociales, a una importante desprotección frente al trabajador tipo[2]. En este orden, interesa, en primer término, delimitar la figura del prestador de servicios de la economía colaborativa y establecer cuáles son los criterios de diferenciación que lo sitúa en un estatus desigual al trabajador por cuenta ajena. Ello debe identificarse, necesariamente, con un estrado de protección social distinto y minorado.

De esta forma, parece lógico que una primera tarea investigadora consista en concretar quién es esa figura desprotegida para, en un momento posterior, profundizar en qué consiste tal desprotección, siendo el objeto de este primer trabajo, exclusivamente, delimitar los caracteres de la reiterada figura y su relación con la rebaja de los márgenes de protección. Para ello, no obstante, debemos precisar el alcance del estudio que, parte, necesariamente desde una dimensión internacional –dado el origen de esta actividad económica– pero que pretende dar una respuesta conforme a nuestro derecho interno, puesto que, a pesar del tratamiento a nivel comunitario, como veremos, en esta materia cobra especial protagonismo la norma nacional y la actuación de los órganos judiciales, también internos –que no por ello dejan de revisar la doctrina del TJUE–.

Comencemos con ello.

[2] VILA TIERNO, F. (2018) "Emprendimiento y trabajo autónomo como formas de huida del estándar de trabajo decente", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, n. 421, págs. 45-76.

2. UNA BREVE REFERENCIA GENÉRICA A LA ECONOMÍA COLABORATIVA

El término «economía colaborativa», ha afirmado la Comisión Europea[3], 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. La economía colaborativa implica a 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) usarios de dichos servicios;
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. Y justamente en este punto es en el que se cuestiona que los denominados prestadores de servicios puedan considerarse trabajadores, puesto que no se identifica esta actividad con un modelo tradicional de negocio, ni, en consecuencia, con una empresa en la que se reconozca de manera clara la figura de un empleador.

No obstante, en esta materia, esto es, sobre la naturaleza como empresario de la plataforma digital, resulta determinante el pronunciamiento del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (Asunto C-434/15)[4], cuando da respuesta a la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n. 4 de Barcelona, en el proceso planteado por la Asociación Profesional Elite Taxi frente a Uber, y en el que se cuestiona, precisamente, el carácter de esta entidad. Y la Resolución viene a señalar que no puede identificarse este servicio, de manera exclusiva, como servicio de la sociedad de información, sino como servicio del sector del transporte. En este sentido, no se contempla como una realidad distinta a una empresa que puede actuar en calidad de empleador y ello a pesar de los matices que se plantean en relación a los propios prestadores de servicios.

Y es que, viene a concluir que "un servicio de intermediación, como el del litigio principal, que tiene por objeto conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a cambio de una remuneración, a conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo con personas que desean efectuar un desplazamiento urbano, está indisociablemente vinculado a un servicio de transporte y, por lo tanto, ha de calificarse de «servicio en el ámbito de los transportes»…" Recuérdese que, en este sentido, la exclusión que realiza el ET de su ámbito de aplicación en el art. 1.3 y, por tanto, de la consideración de trabajador, es muy reducida, quedando limitada a "la actividad de las personas prestadoras del servicio de transporte al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, realizada,

[3] Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social eEuropeo y al Comité de las Regiones "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", {SWD(2016) 184 final}.

[4] Vid. texto completo de la sentencia en http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=198047&pageIndex=0&doclang=es&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=366293

mediante el correspondiente precio, con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten, aun cuando dichos servicios se realicen de forma continuada para un mismo cargador o comercializador". Identificándose, en tal sentido, con un tonelaje determinado para el vehículo, al margen de la concurrencia de otros elementos adicionales de carácter indiciario (como tributación, licencias…) Sensu contrario debe identificarse como trabajador aquél que presta servicios de manera personal, retribuida, voluntaria, por cuenta ajena o dependiente, pero esta es la cuestión principal sobre la que más adelante se debe volver[5].

Sea como fuere, lo importante, hasta ahora, es identificar la realidad en la que se desarrolla la actividad que, más adelante, trataremos de categorizar jurídicamente, pero con una finalidad concreta: situar su marco de protección social.

Y, a tal efecto, uno de los aspectos más destacados es la falta de un concepto unívoco, principalmente por lo novedoso del término y de su configuración actual. Así, en un repaso global por la definición conceptual, la doctrina económica ha venido a identificar economía colaborativa con "*un concepto emergente en el ámbito de la empresa y la economía en los últimos años, que plantea la aparición de nuevas oportunidades de negocio y de generación de ideas basadas en las tecnologías de la comunicación… es un concepto que ha emergido recientemente a nivel internacional a partir de dos publicaciones distintas (Gansky, 2010; Botsman y Rogers, 2010), que presentaban diversos casos de modelos de negocio novedosos que atendían necesidades de los consumidores aprovechando el desarrollo de internet. La novedad del término supone que no exista una definición generalmente aceptada del mismo, existiendo un debate sobre las características que deberían tenerse en cuenta y los efectos que su surgimiento tiene sobre la sociedad y el medioambiente… Partiendo de una definición básica, la economía colaborativa es «un movimiento que engloba nuevas prácticas económicas que tienen en común algún grado de participación u organización colectiva en la provisión de bienes y servicios» (Opciones, 2013). Esta definición pone el énfasis en aquellas prácticas y modelos de negocio basados en redes horizontales y la participación de una comunidad, construida sobre «energía distribuida y la confianza dentro de las comunidades en lugar de instituciones centralizadas» (Botsman y Rogers, 2010), borrando los límites entre el productor y el consumidor e interactuando en internet y plataformas peer-to-peer (P2P), así como incluyendo otras experiencias offline (Ouishare, 2016). Esta aproximación incluye el aspecto colectivo y comunitario, así como la necesidad de confianza y participación para desarrollar la actividad, y extiende el ámbito de la economía colaborativa más allá de las tecnologías de la información y la comunicación (TIC), incluyendo los intercambios y la colaboración en el entorno local. No obstante, la economía colaborativa está esencialmente vinculada a la tecnología peer-to-peer (P2P) y business-to-peer (B2P) para su funcionamiento… Por otro lado, la diferenciación entre P2P y B2P… es utilizada… para señalar «la necesidad de diferenciar entre las empresas que tratan de monetizar servicios alrededor de comunidades de usuarios y aquellas empresas tecnológicas que conectan a unos usuarios con otros y cobran una comisión por ello"». Así, cabría separar aquello que puede ser considerado ciertamente como economía colaborativa de aquella actividad comercial basada en la tecnología B2P… Finalmente, desde un punto*

[5] LUJÁN ALCARAZ, J. "Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo: calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte", *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 83, págs. 101 y ss.

de vista más amplio, economía colaborativa puede entenderse como un «ecosistema socio-económico construido alrededor de compartir recursos humanos, físicos e intelectuales, lo que incluye la creación, producción, distribución, comercio y consumo compartido de bienes y servicios por diferentes personas y organizaciones a través de la tecnología peer-to-peer (P2P) y referido más al acceso y uso de recursos y activos físicos y humanos antes que el hecho de que no haya intercambio monetario» (Thepeoplewhoshare, 2016)..."[6]

De un modo más clarificador el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo –en adelante CESE– sobre el tema «La economía colaborativa y la autorregulación» (Dictamen exploratorio) (2016/C 303/05)[7] avanza en tal definición, pero añade, además, dos elementos decisivos: de un lado, los caracteres definidores de esta realidad y, de otro, los problemas que surgen como consecuencia, fundamentalmente, de su falta de ordenación normativa, sea en el plano internacional, comunitario o nacional.

De esta forma, una vez que respalda la definición anteriormente citada de BOTSMAN, R. y ROGERS, R (en tanto que manifiesta la necesidad de dotarse de un concepto definitivo), viene a reconocer los siguientes caracteres de la economía colaborativa:

- el hecho de que esta práctica no conduce a la propiedad de bienes ni a su copropiedad, sino a un uso o utilización compartidos,
- la intermediación de una plataforma que pone en contacto, en particular por medios electrónicos, a una pluralidad de predisponentes de bienes o servicios y una pluralidad de usuarios,
- el objetivo común de aprovechar mejor los bienes y servicios de que se trate mediante su uso compartido,
- el hecho de que las partes finales en estos negocios de estructura triangular compleja sean primordialmente «pares» (P2P) y nunca relaciones contractuales (B2C).

Siendo así, lo más relevante es distinguir cuando estamos realmente hablando de economía colaborativa y cuando estamos utilizando este concepto para tratar de una realidad distinta, en cuyo caso, resulta necesaria una regulación precisa –sobre los parámetros antes definidos– que no permita a algunas empresas que simulan su pertenencia a este ámbito, eludir la normativa que les sería aplicable, entre otras, las normas relativas a los derechos de naturaleza laboral o de seguridad social[8]. En síntesis, "el CESE considera que la UE debe

[6] DIAZ-FONCEA, M.; MARCUELLO SERVÓS, C. y MONREAL GARRIDO, M. "Economía social y economía colaborativa: encaje y potencialidades", en *Economía Industrial,* Núm. 402: Economía Colaborativa, 4º trimestre, año 2016, págs. 27 y 28. Las referencias bibliográficas son: BOTSMAN, R. Y ROGERS, R. (2010). *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*. New York, USA: Harper Business; GANSKY, L. (2010). *The Mesh: Why the Future of Business is Sharing*. Londres, UK: Penguin Books Ltd; Opciones (2013). "Economías colaborativas". *Revista Opciones*, nº 44. Disponible en http://opcions.org/es/revista/44-economias-colaborativas; OUISHARE (2016). Definición de economía colaborativa. *Ouishare, connecting the collaborative economy: http://ouishare. net/es/*; SCHOLZ, T. (2016). "Platform Cooperativism: Challenging the Corporate Sharing Economy". New York, USA: Rosa Luxemburg Stiftung. THEPEOPLEWHOSHARE (2016). "What we know about the Global Sharing Economy report". *Theproplewhoshare: http://www.thepeoplewhoshare.com/reports/*

[7] Diario Oficial de la Unión Europea, 19.8.2016.

[8] Y así, manifiesta literalmente la "necesidad de que estos nuevos modelos de negocio cumplan la legislación nacional y de la UE aplicable y respeten, en particular, los derechos de los trabajadores".

definir con urgencia un marco jurídico claro y transparente para el desarrollo y el ejercicio de estas actividades en el espacio europeo".

Pero, como ya hemos adelantado, debe señalarse que, con la aparición de la economía colaborativa y las NN.TT. se ven afectados tanto el desarrollo de los procesos de producción como la prestación de servicios. Esto es, que los cambios tecnológicos y la economía digital inciden, de manera directa, en aquellas "empresas" que se dedican, como actividad principal a la elaboración de productos manufacturados, pero también a aquellas otras cuyo desempeño consiste en la prestación de unos servicios a la sociedad[9].

El enfoque, por tanto, debe ser diverso, puesto que, aunque existe un nexo de unión entre ambas, la implantación del cambio tecnológico, la repercusión no es la misma, o no tiene que ser la misma, puesto que mientras que unas el resultado es *ad intra* en otras es *ad extra* y, por tanto, más visibles. Y ahí situamos, precisamente a las nuevas *apps* o plataformas digitales que se han implantado hasta ocupar un lugar central en el marco del comercio electrónico[10].

Pero recuérdese que el origen de la economía colaborativa, en parte hoy superado, nace como alternativa al intercambio especulativo, teniendo como finalidad buscar vías de colaboración que permitan dar respuesta a los intereses de particulares al margen de una actividad económica. De este origen, lo único cierto que se conserva es su configuración a través de sistemas de comunicación y contacto basado en la tecnología móvil, *on line* o

[9] Muy ilustrativa es la distinción que realiza el citado Dictamen del CESE en el apartado 5 sobre algunos ejemplos de lo que se puede considerar o no economía colaborativa:
"*En el sector del alojamiento destacan Airbnb, Rentalia, Homeaway, Couchsurfing y Bedycasa, plataformas en las que se registran propietarios de viviendas para compartir de forma temporal una habitación o la casa completa, pero también es posible que albergues, casas rurales y otros alojamientos turísticos ofrezcan sus alojamientos en ellas. Dada la facilidad con que cualquier persona puede incluir su inmueble en estas redes colaborativas y el beneficio que los propietarios obtienen de esta actividad, la proliferación de alojamientos en este segmento ha conducido a acuerdos de colaboración para la recaudación y el pago de impuestos entre las plataformas y las autoridades fiscales, en especial en París y Ámsterdam. En Ámsterdam, Barcelona, Londres y Berlín se ha creado un régimen de registro obligatorio de estos alojamientos y normas de limitación en el tiempo, con el objetivo de no perjudicar el alquiler a largo plazo e impedir el consiguiente aumento de los arrendamientos.*
En el sector del transporte cabe citar Blablacar, Umcoche, Liftshare y Karzoo, aplicaciones en las que se registran los propietarios de vehículos particulares que desean compartir las plazas libres en sus viajes (carpooling). En algunas de estas plataformas se pueden compartir los gastos de viaje, pero no se permite el cobro de importes con fines lucrativos. No obstante, merece la pena distinguir el caso de Uber, ya que ofrece servicios de vehículos particulares compartidos (UberPop, prohibido en casi toda la UE), pero también permite solicitar servicios de desplazamiento con conductores profesionales (Uberblack y UberX, más cercanos al servicio tradicional de taxi). Su caracterización no está clara, pues el modelo de negocio de la empresa no es transparente, y ya se ha discutido, incluso en el ámbito judicial, si los conductores de Uber son empleados de la empresa (2). Este servicio ha provocado manifestaciones en ocasiones violentas e incluso procedimientos judiciales prácticamente en toda Europa. Solo el Reino Unido y Estonia han adoptado una legislación para legalizarlos, a la espera de la respuesta del TJUE a las cuestiones prejudiciales remitidas por tribunales de Barcelona y Bruselas para el esclarecimiento de su naturaleza (3).
Ejemplos de financiación colaborativa son la financiación mediante préstamo con remuneración de intereses, como Zopa y Auxmoney; la financiación de capital con participación social en la empresa creada, como Fundedbyme y Crowdcube; la financiación con recompensa, como Kickstarter o Indiegogo; y, por último, la financiación a través de donativos, en la que no se acuerda ninguna contrapartida".

[10] Así, por ejemplo, del ámbito del transporte de pasajeros, en el que aparecen, de manera definitiva, como forma de contratación de servicios.

internet. Si bien, se ha transformado, tal y como se ha afirmado, en una auténtica alternativa real de negocio.

Hasta tal punto que, como ha puesto de manifiesto la propia Comisión Europea[11], se ha convertido en un auténtico modelo de negocio, con un volumen que alcanzó los 28.000 millones de euros en 2015. Se ha configurado, de esta forma, como un medio en el que basar una parte importante del desarrollo y crecimiento económico de la UE.

Sin embargo, debemos insistir en una consideración: que se trata de una nueva realidad cuya falta de regulación es muy significativa, por lo que pueden detectarse importantes problemas, entre otros, aquellos que anidan en el campo de las relaciones de prestación de servicios, empezando por reconocer –o no– su naturaleza laboral y, por ende, la protección social de los prestadores de servicios.

3. EL PRESTADOR DE SERVICIOS. ENTRE EL AUTÓNOMO Y EL FALSO AUTÓNOMO

3.1. La relación de prestación de servicios en el marco de la economía colaborativa. Planteamiento

El mismo CESE ha seguido marcando la pauta para seguir avanzando en esta materia, pero ya centrados en la relación entre el prestador de servicios y la plataforma que los oferta. Así, de manera sucesiva en el año 2017 ha presentado los documentos "Papel y perspectivas de los interlocutores sociales y otras organizaciones de la sociedad civil en el contexto de las nuevas formas de trabajo" y "Asignación y desarrollo de capacidad, incluidas las competencias digitales, en el contexto de las nuevas formas de trabajo: nuevas políticas y evolución de los papeles y responsabilidades".

Y es que, dedica su atención, de una manera concreta a "La realidad laboral de las plataformas". En este punto, tal y como hemos sugerido, dos son los planos de análisis, la actividad laboral en las citadas plataformas, todavía relativamente reducido, y la incidencia de las NNTT en las empresas ordinarias, realidad mucho más consolidada y a la que considera que el diálogo social debe prestar una especial dedicación –con un 17 % de los trabajadores que se pueden incluir en este marco–.

En esta línea, el CESE demanda que se clarifique el estatuto contractual de los trabajadores que participan en plataformas de trabajo en régimen de externalización abierta… y en otras nuevas formas de relaciones laborales[12], así como las obligaciones de los intermediarios, con vistas a la negociación de las condiciones laborales. Son necesarias aclaraciones respecto a estas formas de trabajo y a los regímenes fiscal y de seguridad social aplicables". Y es que, no debe obviarse que en el contexto de un programa por el Trabajo Decente impulsado por la OIT y que se manifiesta en el modelo europeo de relaciones

[11] Bruselas, 2.6.2016, COM(2016) 356 final, Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una Agenda Europea para la economía colaborativa", {SWD(2016) 184 final}.

[12] *Eurofound, New forms of employment*, Luxemburgo 2015, sugiere diferentes y novedosas figuras que pueden considerarse nuevos modelos de relaciones de empleo entre empleador y trabajador y entre las que puede incluirse las establecidas en el marco de la economía colaborativa.

laborales, es necesario garantizar que "todo trabajador disfrute de unos derechos y una protección social adecuados"[13].

Con este objeto –reconocer la posible existencia de una relación laboral–, la misma Comisión ha establecido unos criterios mínimos, de acuerdo a las legislaciones nacionales y jurisprudencia del TJUE, para considerar la existencia de una relación de empleo[14]. Criterios que pueden ser perfectamente aplicables a este ámbito concreto de la economía[15].

En este contexto, con la mirada puesta en esas referidas "relaciones de intercambio", varios son los elementos que debemos considerar en un escenario de cambio económico y social. Y así, la repercusión en la organización productiva y de la misma prestación de servicios no es uniforme. Si tomamos como referencia una aplicación informática o de telefonía móvil que asume las labores de una empresa tradicional, encontramos, por una parte, que para la atención al público se ha sustituido la asistencia personal por la mencionada *app*. Por otra parte, en el diseño y mantenimiento de las herramientas informáticas, se necesita un personal especializado cuya prestación se puede articular de un modo diverso. Y, por último, el servicio prestado por el personal que se relaciona de manera directa con el mercado, por ejemplo, el que realiza transporte de pasajeros –o mensajería, reserva de alojamientos, etc.– se enfrenta, a su propia definición y categorización jurídica, puesto que las fronteras actuales del Derecho del Trabajo y de la norma laboral resultan a veces, insuficientes para dar respuesta a estas realidades –así, pueden citarse las dudas suscitadas en torno a Uber, Bla Bla Car, Delivero, u otras en las que también habrá prestaciones de servicios como AirB&B, etc.–.

Todo ello tiene una repercusión sobre el colectivo de trabajadores –entendido el concepto de una manera amplia–, puesto que la posible introducción de una nueva fórmula de relación, la adaptación de las existentes para dar cabida a esta nueva y potente realidad, o su inclusión, sin ambages, en el marco del trabajo autónomo, supone un trasvase de la actividad económica a estos contornos en los que las condiciones laborales se reconocen por su grado de desprotección, lo que se traduce en un efecto que se generaliza extendiendo a la baja las referidas condiciones para el colectivo en su conjunto. Pero además, la apuesta por aquellas nuevas tecnologías añade diferentes efectos sobre las plantillas, bien aligerando las mismas de personal en favor de procesos robotizados, bien provocando la falta de creación de empleo, sea propio, sea de terceros. O, finalmente, fomentando un efecto de sustitución por trabajo autónomo o por la externalización con empresas externas –por ejemplo, de mantenimiento de los equipos de procesamiento de datos o del software–, que pueden estar radicadas en países con condiciones laborales a la baja, con un objetivo claro de rebaja de costes. O incluso, pretender situar estas prestaciones en un ficticio escenario colaborativo, de prácticas no laborales o, en síntesis, ajenas al ámbito laboral.

[13] Vid. al respecto: VILA TIERNO, F. "Extinción del contrato de trabajo y trabajo decente" en AA.VV. (Monero Pérez, Gorelli Hernández y De Val Tena, Direcc). *El Trabajo Decente*, Comares, 2018, págs. 263 y ss.

[14] Págs. 12 a 14 de la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones "Una Agenda Europea…" op. cit.

[15] Vid. Resolución del Parlamento Europeo, de 26 de octubre de 2017, sobre las políticas económicas de la zona del euro (2017/2114(INI), destacando la importancia de entender las nuevas formas de empleo y de recopilar datos comparables al respecto, a fin de incrementar la eficacia de la legislación del mercado laboral. Vid. en http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2017-0418+0+DOC+XML+V0//ES

Ello, a su vez, tiene una lectura adicional y que se concreta en la incidencia de un cuadro de Protección Social minorado para los prestadores de servicios en el marco de la economía colaborativa. Y es que la rebaja de condiciones sociales, lo es en todos los sentidos, tanto a nivel interno, esto es, respecto al propio prestador, como a nivel externo, es decir, como se extiende al resto tirando hacia la baja en una clara y explícita aplicación de la ley de la oferta y la demanda. La lectura, por tanto, se hace evidente: unas remuneraciones –si las hay– reducidas, nos lleva a unas cotizaciones –si las hay– escasas –incluso minoradas por mecanismos de reducción como Tarifas Planas[16]– y, en consecuencia, a unas prestaciones –si las hay– casi insignificantes. Queda, por tanto, expuesto el reiterado prestador a una desprotección que alcanza mayores cotas a medida que se va alejando de la cobertura de una relación laboral.

En cualquier caso, no nos referimos a una realidad absolutamente nueva, coyuntural, esporádica y con visos de desaparición, sino de algo ya muy consolidado en los últimos años y que va unido al desarrollo exponencial del comercio electrónico frente al comercio tradicional sea cuál sea el sector de actividad. En este sentido, la rebaja de costes sociales se traduce en la posibilidad de un negocio de venta on line o de oferta turística a la carta, sin horarios, sin restricciones, al alcance a través de medios como las redes sociales y ofrecidos a través de grandes plataformas a precios altamente competitivos –que no puede asumir otro tipo de empresa tradicional–.

Ello nos sitúa, de nuevo, ante el mismo escenario, el escenario de la denominada economía digital o colaborativa[17]. Y de nuevo a la Comisión Europea en la tan reiterada Comunicación sobre la Economía Colaborativa.

Así, esta viene a decir que "…la economía colaborativa plantea a menudo cuestiones relacionadas 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. Esto puede crear incertidumbre sobre las normas aplicables, especialmente cuando se combina con la fragmentación reglamentaria resultante de enfoques reguladores divergentes a nivel nacional o local… Al mismo tiempo, existe el riesgo de que se aprovechen las zonas grises reglamentarias para eludir normas diseñadas para proteger el interés público…"

3.2. Autónomo versus cuenta ajena[18]

De una forma bastante clarificadora el Informe del Parlamento Europeo sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa de 11.5.2017[19] reconoce de manera expresa

[16] VILA TIERNO, F. (2017) "Empleo, reformas laborales y sostenibilidad del sistema de pensiones", *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF, núm. 417, págs. 21-56.

[17] Un seguimiento completo en ROJO TORRECILLA, E. (Recopilación) Textos sobre economía colaborativa y relaciones laborales (31.8.15 a 30.1.2018) en El nuevo y cambiante mundo del trabajo. Una mirada abierta y crítica a las nuevas realidades laborales, Blog, http://www.eduardorojotorrecilla.es/2018/01/recopilacion-textos-sobre-economia.html

[18] Vid. con detalle: TODOLÍ SIGNES, A. *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, editorial Tirant lo Blanch, 2017.

[19] http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2017-0195+0+DOC+XML+V0//ES

las nuevas oportunidades que ofrece la economía colaborativa. En este contexto, se presenta como una vía de acceso, a través de nuevas y flexibles formas de empleo que responden a las necesidades específicas de los operadores en esta economía[20], para distintos colectivos de usuarios, pero que pueden tener especial incidencia para los trabajadores por cuenta ajena, los desempleados y las personas que en la actualidad están excluidas del mercado laboral.

En este sentido, puede servir como fórmula de acceso al mercado de trabajo. Una fórmula que podría tener una mayor repercusión en los denominados colectivos vulnerables. Sin embargo, a veces se ha cuestionado hasta que punto puede rebajarse la calidad del empleo para facilitar la inserción laboral. Hasta el punto de llegar a ocultar la propia existencia de una relación de trabajo.

Este hecho puede desembocar en situaciones de precariedad por lo que, aunque reconoce la necesidad de que, por una parte, el mercado laboral sea flexible, por otra, de que los trabajadores gocen de seguridad económica y social. Y, en este punto es esencial recordar que todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y que se les debe clasificar en consecuencia. Precisamente de ello dependerá el alcance de su protección. De este modo, insta a los Estados miembros y a la Comisión a que, en sus ámbito compentencial, garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus jurídico.

Sin embargo, hoy por hoy, y a la espera de una regulación normativa en tal sentido, la legislación europea que garantiza los derechos de los trabajadores se aplica exclusivamente a los que tienen tal condición, pero sin que exista un concepto cerrado y definitivo de trabajador en el ámbito comunitario. Cada normativa interna determina quién lo es, pero la normativa comunitaria lo ha venido definiendo para su aplicación en determinados campos, aunque sin que se haya establecido de manera general. En cualquier caso, el TJUE ha contribuido, de un modo decisivo a avanzar en tal concepto. Y de este modo, aunque la norma interna no reconozca a un sujeto como trabajador, sí podría hacerse desde la perspectiva del derecho comunitario, aunque, de momento, lo que puede reconocerse es la línea de "*tendencia del TJUE:*

1) Avance en la construcción jurisprudencial de un concepto uniforme, comunitario y autónomo de trabajador con fundamento en los límites, mínimo y máximo, que impone al ámbito de aplicación del Derecho nacional del Trabajo como garantía de la plena eficacia de las normas comunitarias y de la protección comparable de los derechos de los trabajadores en los diferentes EMs.

2) Concepto amplio de trabajador basado en criterios objetivos y readaptación de los presupuestos típicos del contrato de trabajo, en particular, de la dependencia, entendida en un sentido flexible que en gran medida converge con la construcción jurisprudencial de los tribunales nacionales, en especial, de los españoles.

[20] GOERLICH PESET, J. M., "¿Repensar el Derecho del Trabajo? Cambios tecnológicos y empleo", *Gaceta Sindical (Reflexión y debate)*, 2016, núm. 27, págs. 179 y ss.

3) Primacía de la realidad fáctica frente a la voluntad contractual de las partes para corregir elusiones o evasiones del concepto de trabajador a través del falso o ficticio autónomo.

4) Mantenimiento de la división binaria entre trabajador (employee) y trabajador autónomo, sin que aún se haya avanzado en una definición positiva y restrictiva de trabajador autónomo (frente a la opción predominante en sentido negativo o a sensu contrario) y en la construcción de una categoría intermedia basada en la cuasi-subordinación o dependencia económica que permitiera replantear con finalidad convergente algunas opciones legales de los EMs"[21].

Estos parámetros pueden resultar decisivos en el marco de la mal denominada economía colaborativa –aunque sigamos manteniendo esa definición a efectos del fenómeno social y económico que actualmente se identifica con la prestación y demanda de servicios o mercancías a través de plataformas digitales–. Partamos, en este punto de la reflexión que ya hicimos con anterioridad respecto a la realidad que esconde el término colaborativo en la dinámica de negocios actual de las grandes plataformas de servicios, esto es, que el carácter colaborativo o no lucrativo es una característica que se ha ido perdiendo con el tiempo, hasta el extremo de que en la actualidad se configuran como una empresa más en la economía de mercado. Y, en este escenario, las relaciones de prestación de servicios deben de identificarse al amparo de la evolución del concepto de trabajador en el TJUE, en la que los elementos determinantes son, como hemos advertido: la dependencia, la realidad fáctica frente a la utilización de falsos autónomos y la ausencia de figuras intermedias como trabajadores parasubordinados o económicamente dependientes.

En esta línea, insiste –nuevamente– la Comisión en su Agenda para la Economía Colaborativa, el TJUE señaló 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". No obstante, la cuestión de si existe una relación de empleo o no debe determinarse en función de cada caso, considerando los hechos que caracterizan la relación entre la plataforma y el prestador del servicio subyacente, y la realización de las tareas en cuestión, basándose acumulativamente en particular en los tres criterios esenciales que ya hemos sugerido y que, en otras palabras se reconocen expresamente como:

- la existencia de un vínculo de subordinación (libertad de elección);
- la naturaleza del trabajo (actividad con valor económico no residual); y
- la existencia de una remuneración (se excluye prestación voluntaria)

[21] SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M.Y. "Concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea. Una aproximación sistemática y un enfoque propositivo", Lección presentada al Concurso para la provisión de una Plaza de Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM, Julio 2017, http://eprints.ucm.es/45390/1/CONCEPTO%20DE%20TRABAJADOR%20EN%20LA%20UNI%C3%93N%20EUROPEA.pdf, pág. 68.

Lo que se debería –o se debe– utilizar en los mimos términos en ámbitos nacionales, que tendrían que basarse en criterios similares. Pero ¿aplicamos tales criterios o existe alguna regulación específica interna en esta materia?

La respuesta es taxativa: no existe tal normativa[22] y, en consecuencia debemos volver nuestra mirada a aquellos criterios jurisprudenciales que son los que nos van a servir para definir la naturaleza jurídica de la relación entre el prestador de servicios y la plataforma digital.

3.2.1. Tímidos intentos de regulación nacional

A la fecha de presentación del presente artículo, los intentos de poner en marcha una regulación más explícita y detallada de las relaciones en el marco de la economía colaborativa o, más propiamente de las plataformas digitales de prestación de servicios o compraventa de bienes, han sido todavía tibios y tímidos. Sin embargo, denotan una especial preocupación por una realidad que se va imponiendo como práctica comercial dominante y que, a pesar de ello, adolece de una falta de ordenación normativa absoluta, que pone en peligro el estatus propio de trabajador y el conjunto de derechos que lleva aparejada tal condición.

En este sentido, en el seno de la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados se aprobó el 13 de diciembre de 2017 una Proposición no de ley sobre la definición de las modificaciones normativas necesarias para adecuar las relaciones económico-laborales entre individuos y empresas en el marco de las plataformas digitales. Esto es, que su principal objeto de atención es, precisamente, la relación que une al prestador de servicios y la plataforma digital. En dicha Proposición de plantea de manera expresa la necesidad, urgente, de abordar esta materia:

"*El Congreso de los Diputados insta al Gobierno a presentar, antes de finalizar el próximo período de sesiones, y teniendo en cuenta a los interlocutores sociales, un informe que identifique las reformas necesarias para adecuar la legislación económica laboral vigente, tanto por cuenta propia como por cuenta ajena, a los desafíos del cambio tecnológico sobre nuestro sistema productivo, así como a las plataformas digitales y a sus usuarios.*

Dicho informe deberá sentar las bases sobre la interrelación entre el tiempo de trabajo y los cambios tecnológicos en la prestación laboral, con el fin de asegurar la necesaria seguridad jurídica entre empresarios y trabajadores, y garantizar la necesaria protección social de las actividades de trabajo en plataformas digitales, así como la seguridad jurídica de éstas y de sus usuarios proveedores de bienes y servicios, incorporando la flexibilidad que requiere la economía digital.

[22] Vid. sobre la ausencia de normativa al respecto: SANMARTÍN MAZZUCONI, C., "Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo", (*Contribución a la Conferencia Nacional OIT "El futuro del trabajo que queremos"*), marzo de 2017 (vid en http:// www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-decente-para-todos).

Este informe será presentado a la Comisión de Empleo y Seguridad Social del Congreso de los Diputados" [23].

No obstante, no han concluido ahí la actividad parlamentaria sobre esta cuestión, puesto que se ha seguido insistiendo en la necesidad de regular todo el fenómeno de prestación de servicios en un marco absolutamente desregulado, destacando, en este punto, la interpelación al Ministerio de Empleo y Seguridad Social para que se clarifiquen las medidas a adoptar para garantizar unas condiciones de empleo dignas en el ámbito de la economía digital[24].

En cualquier caso, en un mercado que tiene como objeto maximizar los recursos y obtener el mayor beneficio asumiendo el menor coste, aparecen también una serie de prácticas que no son compatibles con el mantenimiento de un Sistema Público de Protección Social. En este sentido, se señala, de igual modo, la necesidad de control del uso fraudulento o irregular de instrumentos para generar autoempleo que repercuten sobre nuestros recursos públicos, como el de la tarifa plana para autónomos por empresas de economía colaborativa[25].

Todo ello pone de manifiesto que no sólo se huye del concepto de trabajador por cuenta ajena ante la ausencia de una normativa más clara, sino que, incluso, podríamos decir en términos coloquiales, que se incrementa la "picaresca" para aprovechar los incentivos que se reservan a los trabajadores autónomos, cuando lo que estamos aquí dilucidando es si en este marco se reconoce a los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena –y en consecuencia falsos autónomos– o no cabe tal consideración.

Conviene destacar, en este punto, el significativo trabajo realizado en el Consejo Económico y Social, en el que los importantes especialistas que lo conforman, ponen de manifiesto aquellas realidades que se plantean como retos de la sociedad actual y que requieren una especial atención por los poderes públicos. Y ello, que no tiene da como resultado una norma jurídica de manera directa, sí marca las líneas por las que debe discurrir la producción normativa del legislador en el presente y futuro más cercano.

---

[23] El texto completo puede consultarse en http://www.congreso.es/public_oficiales/L12/CONG/DS/CO/DSCD-12-CO-406.PDF

[24] Interpelación urgente a la Ministra de Empleo y Seguridad Social sobre las medidas que piensa adoptar el Gobierno para asegurar unas condiciones de trabajo dignas y de calidad en la economía digital. (172/000105). Presentado el 08/02/2018, calificado el 13/02/2018 Autor: Grupo Parlamentario Socialista. Resultado de la tramitación: Tramitado por completo sin req. acuerdo o decisión Tramitación seguida por la iniciativa: Pleno Contestación desde 13/02/2018 hasta 14/02/2018. Concluido desde 14/02/2018 hasta 21/02/2018. Boletines: BOCG. Congreso de los Diputados Núm. D-302 de 21/02/2018 Pág.: 8. Diarios de Sesiones: DS. Congreso de los Diputados Núm.103 de 14/02/2018 Pág: 40 (Vid. en http://www.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Iniciativas?_piref73_2148295_73_1335437_1335437.next_page=/wc/composicionGrupo&idGrupo=202&idLegislatura=12).

[25] Pregunta al Gobierno con respuesta escrita. Control de la utilización fraudulenta por las empresas de la conocida como economía colaborativa de la tarifa plana de autónomos (184/027666). Presentado el 29/01/2018, calificado el 06/02/2018. Documentos: Pregunta Autor: Vidal Sáez, Aina (GCUP-EC-EM). Situación actual: Gobierno Contestación (vid. en http://en.congreso.es/portal/page/portal/Congreso/Congreso/Diputados/BusqForm?_piref73_1333155_73_1333154_1333154.next_page=/wc/servidorCGI&CMD=VERLST&BASE=IW12&PIECE=IWB2&FMT=INITXD1S.fmt&DOCS=9-9&FORM1=INITXLDU.fmt&NUM1=256&FULT=28/11/2017&DES1=Vidal+S%C3%A1ez%2C+Aina&QUERY=D.ACIN3.+y+%28256+ADJ+D%29.SAUT.+y+%40FECH%26gt%3B%3D20171128).

Este planteamiento es, precisamente, el que comparte el Informe 03/2017 sobre Digitalización de la Economía, de 25 de octubre[26], en el que se dedican varios apartados a la incidencia del factor digital en los ámbitos del empleo y las relaciones laborales, especialmente el apartado 5 del capítulo II y el apartado 4 del capítulo III: "Medidas en el ámbito sociolaboral para la adaptación a la transformación digital" y "Relaciones Laborales y Condiciones de trabajo en la economía digital", respectivamente.

En el primero de ellos, se viene a señalar la enorme importancia de los cambios tecnológicos para el empleo, subrayando que "*los procesos de digitalización y sus efectos están incidiendo notablemente en los ámbitos de la economía, el trabajo y la sociedad, alterando parámetros, conductas y procedimientos que venían siendo, hasta el momento, habituales en dichos terrenos. En el campo del trabajo, la transformación digital está cambiando la propia naturaleza del mismo y la estructura del mercado de trabajo. Así, por ejemplo, algunos empleos se están sustituyendo, otros se están creando y muchos se están transformando*…"[27].

Todo ello se traduce en unos resultados concretos que se vislumbran, de manera directa, en las relaciones de prestación de servicios en la economía colaborativa: "*los avances en la digitalización del conjunto de la economía, se proyectan con un alcance multisectorial y multifuncional. Lo primero porque la digitalización impacta, bien que con rasgos diferenciales, en el trabajo de la industria y de los servicios, y dentro de estos últimos tanto en los que cabría denominar tradicionales como en los llamados "negocios disruptivos" vinculados, sobre todo, a la economía de plataformas; lo segundo, porque potencialmente afecta a las relaciones laborales y las condiciones de trabajo en todas las ocupaciones y empleos. En este contexto transversal de cambios, la digitalización de la producción de bienes y servicios puede afectar, entre otros aspectos relevantes de las relaciones laborales, a la propia aplicación de la relación de trabajo asalariado, del contrato de trabajo, en el contexto de la aparición de formas de empleo novedosas; al contenido de la prestación laboral; al ejercicio de los poderes empresariales de dirección y control; al lugar y al tiempo de la prestación de trabajo; a los salarios; a la formación en el empleo; a la seguridad y salud en el trabajo; al acceso a la protección social; o, en el plano colectivo, a los instrumentos de representación y negociación colectiva*"[28].

Todo ello nos sitúa frente a la aparición de nuevas formas de empleo y trabajo subordinado en la que destaca una característica que es propia de la prestación de servicios en la economía *on line*: la desaparición de la regularidad típica de la prestación tradicional de trabajo como mecanismo de flexibilidad para adaptarse a las necesidades concretas de espacio y tiempo que requiere la comunicación telemática[29] y, en este contexto, cobra un especial protagonismo el trabajo a través de las plataformas digitales. Un protagonismo que se traduce, a su vez, en una fuente de incertidumbre sobre tres aspectos concretos: la naturaleza de las relaciones de servicio, las condiciones laborales y los niveles de protección social.

[26] Vid. texto completo en http://www.ces.es/documents/10180/4509980/Inf0317.pdf
[27] Informe 03/2017, cít. pág. 55.
[28] Ibídem, pág. 111.
[29] Ibídem, pág. 113.

Siendo así, y ante la ausencia de una norma, de un marco regulador, destaca la importancia que para cubrir esta laguna puede tener el diálogo social y la negociación colectiva[30].

3.2.2. Criterios jurisprudenciales para reconocer el trabajo por cuenta ajena

Todo lo anterior nos lleva, necesariamente, a falta de una regulación normativa clarificadora, acudir a los criterios clásicos de laboralidad elaborados por nuestra jurisprudencia. Ello no quiere decir, sin embargo, que se excluyan los criterios que vienen asentándose en el TJUE, puesto que nuestra doctrina jurisprudencial no difiere sustancialmente, por una parte, mientras que, de otra, en caso de discrepancia debería prevalecer el criterio comunitario.

No obstante, es preciso dar una respuesta, en el marco nacional, atendiendo al ámbito de nuestras normas y la competencia de nuestros órganos judiciales y de la Administración Laboral. Y, en tal sentido, recuperar los tradicionales criterios de laboralidad para distinguir un trabajador por cuenta ajena de un trabajador autónomo.

En este marco de distinción cobran especial trascendencia las recientes SSTS 608/2018, de 24 de enero (RJ\2018\817) y 589/2018, de 8 de febrero (JUR\2018\58238), que se basan en la comparación entre prestaciones equiparables en la empresa y la prevalencia de requisitos de laboralidad frente a una posible consideración de trabajador autónomo –por la existencia de algunos indicios propios de esta figura– en un concreto supuesto de hecho. Esto es, que se confrontan los elementos característicos de uno y otro –definidos en la normativa vigente– y, en caso, de concurrencia de los primeros prevalecerían sobre los segundos.

Tomando como referencia las normas centrales que ordenan el trabajo por cuenta ajena y propia, el Estatuto de los Trabajadores (ET) y el Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA), respectivamente, son los caracteres definidos en su correspondiente artículo 1.1 los que deben servir como guía para delimitar el marco regulador del prestador de servicios en la economía colaborativa.

Como es sabido, el art. 1.1 ET determina como su ámbito de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario. Por su parte, el artículo 1.1 del Estatuto del Trabajo Autónomo señala qué se entiende por trabajo por cuenta propia[31], entendiendo que, incluye como ámbito subjetivo de tal concepto a las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena.

No obstante, en aquella contraposición que hemos formulado entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, no se encontraba presente una nota que la jurisprudencia también incluye para reconocer a un sujeto como trabajador y es el carácter personal de la prestación.

[30] Ibídem. Págs. 116 y ss.

[31] Y que hasta su entrada en vigor se venía distinguiendo del trabajo asalariado por contraposición con lo establecido en el art. 1.1 ET.

Curiosamente, no obstante, se trata de un concepto que si figura en el marco del art. 1.1 LETA como rasgo definitorio, pero que no se incluye en el art. 1.1 ET. Sin embargo, ello no ha sido óbice para que la jurisprudencia lo haya considerado como determinante para la existencia de una relación laboral. En cualquier caso, ello debe ser matizado, por cuanto que aunque resulta ser un rasgo imprescindible el carácter personalísimo de la prestación, exigiéndose que se trate de una persona física y sin que quepa la sustitución novatoria del trabajador[32], el hecho de que este elemento aparezca presente no excluye la consideración de otro tipo de relación distinta a la de naturaleza estrictamente laboral[33].

De manera inversa a lo que ocurre en relación con el rasgo anterior, el carácter voluntario se recoge de manera expresa en el art. 1.1 ET, pero no así en el equivalente de la LETA. Aunque no por ello deba dejar de reconocerse también en dicho ámbito como manifestación de la libre elección de profesión consagrada en el artículo 35 de la Constitución española. De este modo, debemos reconocerlo como un elemento común del trabajo asalariado y del trabajo autónomo, que únicamente sirve como parámetro de diferenciación con otras prestaciones de carácter obligatorio.

Respecto a la remuneración, en el artículo 1.1 ET, existe la referencia concreta a los "servicios retribuidos" mientras que en el art. 1.1 LETA, se refiere a una actividad económica o profesional a título lucrativo. Es decir, que en ambos casos existe una contraprestación económica, pero únicamente en uno de ellos se reconoce como salario según la definición positiva de este concepto en el art. 26.1 ET. En este punto resulta especialmente interesante la flexibilidad con la que se interpreta tal precepto y como resulta ser amplia la presunción a favor del salario y, por ende, de la existencia de una relación laboral, ante cualquier percepción económica del trabajador. De ahí que, por ejemplo, no tenga que existir una continua regularidad, sino que cabría la remuneración por "pieza"[34], lo que nos da una idea de lo que podría entenderse respecto a las prestaciones discontinuas en el marco de las plataformas.

Los criterios absolutamente definitorios son la dependencia y la ajenidad para distinguir ambas figuras, esto es, el trabajo asalariado y el autónomo. Así, comenzando por el último citado, mientras que el art 1.1 ET incluye los servicios por cuenta ajena, el equivalente de la LETA se ciñe a las actividades económicas o profesionales por cuenta propia. Para reconoce tal rasgo, esto es, la ajenidad, se han venido utilizando las ya clásicas, tradiciones y asentadas fórmulas que se han basado en la propiedad de los resultados o de los frutos, así como de los útiles de trabajo; la separación respecto al mercado de productos y servicios o en relación al consumidor final y, la relativa a la falta de asunción de riesgos empresariales por el trabajador. Sea cuál sea la fórmula asumida, lo que se denota es la falta

[32] Así, v.gr. en STS de 17 de junio de 2010 (RJ\2010\2707) se falla declarando la ausencia de carácter laboral en la relación entre una maquilladora y Televisión Española, S.A., entre otras razones, por no concurrir el carácter personalísimo propio de una relación de trabajo, en tanto que podía designar otra persona que la sustituyese sin que mediara autorización expresa de la empresa. En sentido contrario se había pronunciado el TS en Sentencia de 20 de septiembre de 1995 (RJ\1995\6784) en la que se manifiesta que no se desacredita el carácter laboral de la relación por conceder a una trabajadora la facultad de designar a su sustituta durante las vacaciones.

[33] En este sentido, se ha pronunciado de manera tradicional el TS. Así, pueden citarse las ya clásicas SSTS de 19 de mayo de 1987 (RJ\1987\3733) y de 23 de octubre de 1989 (RJ\1989\7310) en las que se reconoce el desempeño personal como característica del contrato de mandato del artículo 1721 del Código civil.

[34] Por ejemplo: STS de 19 de febrero de 2014 (RJ\2014\2075).

de un aprovechamiento para sí del resultado del trabajo del propio trabajador, sino que dicha labor produce un incremento patrimonial al empleador que, a su vez, es el propietario de los medios de producción, el que sume los riesgos de la actividad económica y el que dispone de los productos para su colocación en el mercado de bienes o servicios[35].

Por último, resta por repasar el concepto de la dependencia. Concepto que aparece ciertamente desdibujado, a efectos de delimitación con el trabajo autónomo cuando aparece la figura del TRADE[36]. En cualquier caso, aparentemente, de la lectura de los arts. 1.1 tanto del ET como de la LETA, se desprende que un elemento divergente para situar una relación en uno u otro marco.

Concretamente, mientras que en el ámbito de aplicación del ET se incluyen los trabajadores dentro del ámbito de organización y dirección de la persona que se identifica como empleador, la LETA alcanza a los trabajadores que se encuentran fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona. Pero no siempre es fácil determinar si existe o no dependencia y ello por dos factores. En primer término porque aunque se reconoce una subordinación y sometimiento del trabajador al poder de dirección del empresario, tal afirmación no supone una estricta obediencia a las instrucciones y órdenes del empresario, sino más bien la inclusión del trabajador en el ámbito de organización y dirección de otra persona. Y, precisamente eso es lo que se identifica con el segundo factor: la flexibilidad con la que ha venido interpretando el TS este elemento, más aun desde la irrupción, cada vez más frecuentes, de nuevos modelos de relación, de actividad, de negocio…

Hasta tal punto ha sido así que la determinación de la existencia del requisito de la dependencia se ha terminado por configurar como algo de carácter extremadamente casuístico, en el que el modo de actuación ha sido la comprobación de la concurrencia de una serie de indicios que impliquen inclinar la balanza a favor del trabajo asalariado o por cuenta propia. Indicios que, entre otros, han podido ser la prestación regular o la inserción en una organización de trabajo[37], y que hoy chocan, al menos aparentemente con fórmulas como la prestación de servicios en las plataformas digitales ¿o es que únicamente es necesaria una

[35] La reciente STS 44/2018, de 24 de enero (RJ\2018\817), se hace eco de la mayor parte de las formulaciones al afirmar la ajenidad en los frutos del trabajo de un trabajador se reconoce cuando la empresa se apropia directamente de tales frutos en el momento mismo de su generación, pasando ab initio a manos de la sociedad y no del propio trabajador. De igual modo, considera que en la relación laboral existe ausencia de riesgos empresariales por el trabajador, tanto de los riesgos derivados de los resultados del mercado o de otros como la custodia de los bienes que se hallen en posesión de aquél. La ajenidad de mercado se acredita cuando es el empresario quien decide cómo acceden al mercado los bienes y servicios que ofrece y que son generados por el trabajo del asalariado, del mismo modo que es el empresario quien toma toda decisión relacionada con la entrada y la relación del producto con el mercado. La separación de los útiles del trabajo se declara en la referida sentencia aun cuando en el contrato con el montador (con sus útiles) se hacía expresa mención de arrendamiento de servicios.
Los mismos criterios en un supuesto idéntico se reproducen en la STS 127/2018, de 8 de febrero (JUR\2018\58238), en la que también reconoce –como la anterior- una relación laboral, aun cuando podían concurrir las notas características tanto de trabajo asalariado como de trabajo autónomo y esta última había sido la opción elegida.

[36] Vid. a estos efectos, el estudio en profundidad por VILA TIERNO, F. "El trabajador autónomo económicamente dependiente" en El trabajo autónomo en el marco del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social: Estudio de su régimen jurídico. Actualizado a la Ley 6/2017, de 24 de octubre de Reformas Urgentes del Trabajo Autónomo / coord. por José Luis Monereo Pérez, Francisco Vila Tierno, 2017, págs. 27-52.

[37] Vid. v. gr. 25 de marzo de 2013 (RJ\2013\4757).

adaptación o actualización? Tal es el caso de la posible equiparación del acceso regular a la plataforma como acceso regular al centro de trabajo, como ya parece apuntarse[38].

3.2.3. A título de ejemplo: el filtro de laboralidad en el marco de una plataforma digital

Es sobradamente conocido el seguimiento por la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Uber en España, habiendo llegado a la conclusión de que se cumplían los rasgos de laboralidad antes definidos y que ha sido objeto de comentario en brillantes análisis doctrinales[39].

Se quiere, por tanto, presentar un análisis complementario que nos sitúe ante esa realidad, no como un caso aislado, sino como la existencia o no de rasgos comunes en estas relaciones de servicios en el marco de plataformas de manera que puedan extraerse conclusiones más definitivas.

En este caso, siendo el transporte de mercancías una actividad en la que se ha implantado con fuerza la economía colaborativa, se toma como referencia, a título de ejemplo "Glovo", definida como "una compañía tecnológica, cuya actividad principal es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica mediante la que a través de una aplicación móvil o de una web permite a determinadas tiendas locales de algunas ciudades en diferentes territorios ofertar sus productos a través de la misma, y en su caso, si los usuarios de la App y consumidores de las citadas tiendas locales así lo solicitan a través de la App, de forma accesoria, intermedia en la entrega inmediata de los productos"[40]. El funcionamiento de la misma se basa en la oferta de una serie de productos que pertenecen a establecimientos privados y que un consumidor desea obtener sin tener que desplazarse a ese lugar físico, sino a través de la petición por la plataforma que actúa como intermediaria. Cuando el pedido se ha realizado, los "Glovers", como repartidores o mensajeros entregan el pedido sin que ellos hayan tenido que realizar abono alguno. A este mensajero se le presenta como a un trabajador autónomo con libertad de horarios y de organización y con sus propios útiles de trabajo.

Pero si se consultan los datos extraídos de la propia página web de la compañía, así como de las cláusulas de contratación entre Glovo y los repartidores, se pueden extraer una serie de consideraciones. En primer lugar, se establecen franjas horarias concretas. El repartidor puede acogerse a alguna de ellas, pero se acoge, a fin de cuentas, a un horario. En segundo término, la plataforma avisa con carácter general a los Govers y cualquiera puede concurrir a las ofertas de reparto o no, pero una vez aceptado el mismo, está sometido a unas instrucciones que marcan el lugar de recogida y entrega. Además, no puede elegir los clientes, puesto que éstos le son dados por la plataforma/compañía. Pero es que además asume obligaciones de comunicación al cliente, de conservación del producto en caso de ausencia del mismo, de registro de la entrega, etc.

[38] Así se sugiere por el propio Investigador Ernesto Ruíz Pulido en las anotaciones realizadas sobre las plataformas y las relaciones laborales aportadas para la realización de este epígrafe.
[39] V.gr. Blog de Eduardo Rojo, cit.
[40] Cláusula 1, referida al objeto, en su párrafo 1º, de las Condiciones Generales de Uso y Contratación de Glovoapp23, S.L.

Por otra parte, es Glovo quien diseña la organización y estructura, quién factura y cobra por los servicios de mercadería y quien compensa al Glover (que factura a la compañía por sus servicios).

Ciertamente, se ha presentado como un trabajador autónomo. Se quiere que sea un trabajador autónomo, pero ¿existe retribución, voluntariedad, ajenidad y dependencia? Parece que sí, aunque ello requeriría un estudio más detallado. Lo más relevante es que al amparo de las recientes sentencias, ya citadas, de 24 de enero y 8 de febrero de 2018, en caso de coexistir los requisitos para entender la existencia de laboralidad o trabajo por cuenta propia, se entenderán que prevalecen los primeros.

¿Puede suponer por tanto, que estas resoluciones judiciales son el fin de la utilización abusiva del trabajo autónomo en este nuevo modelo de negocio? De esta respuesta se derivará un determinado marco de protección social, entre otros elementos.

4. RELACIÓN ENTRE PRESTADOR DE SERVICIOS DE ECONOMÍA COLABORATIVA Y DESPROTECCIÓN SOCIAL

En un marco internacional que podemos incluir dentro del contexto de la Protección del Trabajo Decente[41], es necesario crear un nivel de suficiencia y de protección de derechos del prestador de servicios para las plataformas digitales, pero, sin embargo, la realidad parece ir en sentido contrario: "*el consumo colaborativo, a través de medios digitalizados o sin ellos, y la digitalización de la economía pueden dar lugar a un incremento ficticio del trabajo autónomo y de las relaciones de trabajo encubiertas*", frente a las que la OIT, recuerda, "*recomienda luchar de modo que de los acuerdos contractuales entre las partes no pueda resultar que los trabajadores se vean privados de la protección a la que tienen derecho*". De no ser así, "*sus consecuencias ineludibles apuntan al ahondamiento del deterioro de las condiciones de trabajo y a la reducción de la protección social*"[42].

Y así se ha puesto claramente de manifiesto en distintas Instancias Europeas. Sirva de ejemplo la Resolución del Parlamento Europeo, de 14 de enero de 2014, sobre la protección social para todos, incluidos los trabajadores autónomos (2013/2111(INI)) cuando advierte que "*si bien la mayoría de los modelos tradicionales de protección social y, en particular, los sistemas de seguridad social y de Derecho laboral, han sido concebidos para salvaguardar los derechos sociales y laborales de los trabajadores asalariados, existe el riesgo de que, ante las nuevas formas de empleo que están surgiendo y con un número cada vez mayor de trabajadores que ejercen una actividad autónoma, los nuevos grupos de trabajadores puedan tener que aceptar una protección social inferior*". A lo que se añade que "*podría ser oportuno definir claramente el fenómeno del falso trabajo autónomo y prevenir posibles abusos al respecto a fin de evitar vulneraciones de los derechos sociales de los trabajadores, distorsiones de la competencia y el riesgo de dumping social… Considerando que el falso trabajo autónomo es, fundamentalmente, una forma de evasión parcial de cotizaciones…*"

[41] Pueden citarse, v.gr. Recomendación núm. 198 de la OIT (2006) sobre la relación de trabajo y Resoluciones del Parlamento Europeo de 19 de enero y 4 de julio de 2017.

[42] CASAS BAAMONDE, M.E. "Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas ¿Hacia un trabajo digno?", *Revista de Derecho de las Relaciones Laborales*, núm. 9 (octubre 2017), págs. 867 y ss.

Pronunciamiento que se refuerza más adelante, v.gr. mediante el Informe del Parlamento Europeo sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa de 11.5.2017 –ya citado– en el que se hace eco del riesgo de precariedad, en un contexto en el que los trabajadores son, *o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y que se les debe clasificar en consecuencia*; debiendo dotarles, en cualquier caso, de una adecuada protección en materia de seguridad social.

Sin embargo, lo anterior se traduce, en la práctica en la cotización a niveles muy bajos o incluso la ausencia de cotización, lo que se traduce en una mínima o ninguna protección social al trabajador[43] que, o se sitúa fuera de la órbita del Derecho del Trabajo, bien en el contexto de una relación no profesional, bien, como trabajador autónomo. Nos situamos, así ante un trabajador desprovisto de derechos, en el que su prestación se valora en términos estrictamente económicos y muy alejados del valor como trabajo decente[44]. Siendo así parece preciso reconducir o repasar la normativa en materia específica de Seguridad Social. Pero eso es ya otra historia…

[43] TODOLÍ, A. op. cit. pág. 82.

[44] Vid. las reflexiones al respecto en MONEREO PÉREZ, J.L. "La racionalización jurídica de las relaciones laborales y la emergencia de nuevas fuentes reguladoras en el orden internacional", Lex social: revista de los derechos sociales, Nº. 1, 2018, págs. 1-44.