

EL IMPACTO DE LA “UBER ECONOMY” EN LAS RELACIONES LABORALES: LOS EFECTOS DE LAS PLATAFORMAS VIRTUALES EN EL CONTRATO DE TRABAJO¹

Dr. Adrián Todolí Signes²

Departamento de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad de Valencia

Abstract

Las nuevas plataformas virtuales están cambiando la forma en la que se presta servicios. La tecnología está transformando las organizaciones empresariales de forma que el trabajador subordinado es menos necesario. Un nuevo tipo de empresas –“on demand economy” “uber economy”– se dedican a conectar al cliente directamente con el prestador de servicios. De esta forma, estas compañías desarrollan su principal actividad a través de trabajadores autónomos. En este contexto, el Derecho del Trabajo se enfrenta a su mayor desafío, teniendo que regular una realidad muy diferente a la existente en el momento en el que fue creado. En este estudio se analiza, desde un punto de vista jurídico, la adecuación del nuevo tipo de empleados al concepto legal de trabajador. Posteriormente, se hace una crítica a esta posibilidad y se propone un modelo regulatorio alternativo desde la perspectiva de la política del derecho.

The digital era has changed dramatically industrial relationships. This has caused a considerable legal uncertainty about which rules apply to cyberspace. Technology is transforming business organization in a way that makes the employee –as subordinate work– less necessary. A new type of companies "on demand economy" "sharing economy"– dedicated to connecting customers directly with individual service providers are emerging. Thus, these companies develop their core business completely through workers classified as self-employed. In this context, employment law is facing its greatest challenge, dealing with a very different reality compared with the one existing when it was created.

IUSLabor 3/2015, p. 1-25, ISSN 1699-2938

¹ Investigación financiada por el Proyecto de Ministerio de Economía y Competitividad con referencia DER 2013-45142 titulado “Análisis y evaluación del marco regulatorio del empleo juvenil y propuestas de mejora”.

² Adrian.todoli@uv.es

Title: The impact of the “uber economy” in labor relations: the effects of virtual platforms in the employment contract.

Palabras clave: descentralización productiva, trabajador autónomo, contrato de trabajo, “uber economy”, TRADE.

Keywords: outsourcing, sharing economy, employment contract, self-employment, “uber economy”, economic dependency.

Sumario

1. Las nuevas formas de prestación de servicios en la era digital
2. El impacto del nuevo modelo de negocio sobre las relaciones laborales
3. Las diferencias en la protección requerida por el nuevo tipo de trabajador
4. Fórmulas para alcanzar la necesaria protección
5. Conclusiones

1. Las nuevas formas de prestación de servicios en la era digital

1. *Nuevo tipo de empresas*

El concepto de trabajador subordinado por cuenta ajena nació en un contexto donde no existía internet. Con la entrada en la era digital las formas de prestación de servicios han cambiado radicalmente creando gran inseguridad jurídica respecto a qué normas son aplicables al ciberespacio. La primera alarma provino con el auge del teletrabajo³, no obstante, los trabajadores online no han resultado los únicos afectados. La tecnología está transformado la forma de organización de las empresas de tal modo que el trabajador subordinado es cada vez es menos necesario. Un nuevo tipo de empresas está surgiendo dedicada a poner en contacto clientes directamente con prestadores de servicios individuales. De esta forma, estas empresas desarrollan actividad principal completamente a través de trabajadores calificados como autónomos⁴. Las formas organizativas, permitidas por las nuevas tecnologías, parece que vayan a concluir el proceso iniciado hace años de "huida del Derecho del Trabajo"⁵.

2. *Uber economy*

Este nuevo modelo de negocio ha sido llamado por la doctrina Estadounidense como la "*uber economy*" o *crowdwork offline específico*. El *crowdwork* consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria⁶. De esta forma, estas nuevas empresas de base tecnológica, en principio, se limitan a poner en contacto al cliente –solicitante de una prestación de servicios– con la persona que realiza finalmente la prestación –el trabajador o autónomo–. Tal nivel de descentralización productiva no había sido posible hasta el desarrollo de la tecnología actual. Las empresas dedican su negocio a la creación de una plataforma virtual (página web, apps, etc.) donde los clientes pueden

³ GABEL J. y MANSFIELD N., "The information and its Impact on the employment relationship: An analysis of the cyberspace workplace", *American Business Law Journal*, nº 49, 2003, p. 304.

⁴ Este nuevo modelo de organización empresarial ha sido llamado "Uber economy", pero también "on demand economy", economía colaborativa, "peer to peer economy" o "1099 economy". Cada nombre busca resaltar unas características concretas dentro de un universo de nuevos modelos de negocio que comparten la idea de la existencia de una plataforma virtual que busca conectar oferta y demanda.

⁵ BAYLOS GRAU, A. "La "huida" del derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaborización", *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, 2000, p. 44.

⁶ HOWE J., "The rise of Crowdsourcing", *Wired*, June 2006, p. 176-179.

localizar directamente a una persona individual que realice la prestación de servicios demandada.

Estas empresas propietarias de la plataforma virtual alegan ser únicamente una base de datos donde clientes y prestadores de servicios pueden encontrarse, permitiendo la calificación de los trabajadores como autónomos. De esta forma, con la inaplicación de las protecciones concedidas por el Derecho del Trabajo –especialmente por la inaplicación del salario de convenio– el cliente, a través de estas plataformas, puede obtener el servicio a un precio mucho menor que el que una empresa tradicional podría ofrecer.

Los posibles negocios del sector terciario afectados por este nuevo tipo de empresas son casi infinitos. Actualmente, a modo de ejemplo, se puede nombrar; Uber –para transporte de pasajeros–; Sandeman –para guías turísticos–; FlyCleaners –lavandería personal–; Myfixpert –reparación de aparatos electrónicos–; Chefly –cocinero a domicilio–; Helpling –limpieza del hogar–; Sharing academy –profesores particulares–. Como se ve, no se está ante tele-trabajadores que pueden realizar todo el trabajo online, sino ante actividades que requieren una ejecución local del trabajo –*offline*. Es importante advertir, además, que las empresas, descritas –y que se pretenden analizar– cada una de ellas pertenece a un sector concreto y el cliente, cuando recurre a ellas, busca obtener una prestación de servicios específica. No se trata de empresas que poseen un tablón de anuncios donde cualquier usuario puede hallar cualquier tipo de trabajador, sino ante un definido y concreto tipo de negocio. La diferencia es importante dado que las plataformas que se atienen a una actividad concreta, en la mayoría de casos, ejercen un control mucho mayor sobre sus trabajadores. Es decir, como lo haría una empresa tradicional, una compañía que se dedica al transporte de pasajeros desea mantener su marca en alta consideración, para ello debe proveer de un buen servicio y asegurarse de que sus "colaboradores" así lo hagan. A pesar de ello, las empresas siguen calificando como autónomos a este nuevo tipo de trabajador que presta servicios a través de una plataforma virtual.

3. Uberpop

Como exponente del *crowdsourcing offline* se debe resaltar el caso Uber. La empresa Uber es propietaria de una plataforma virtual donde se pueden obtener servicios de transporte de pasajeros en ciudad⁷. La mecánica es sencilla. Cualquier usuario, mediante

⁷ Por tanto, estamos ante un Crowdsourcing específico. No obstante, también existen plataformas web de crowdsourcing offline genérico, que ponen a disposición trabajadores para cualquier tipo de trabajo. Ver TaskRabbit.com o Gigwalk.com, donde se pueden contratar trabajadores para repartos a domicilio, para

la aplicación móvil que Uber ofrece gratuitamente a cualquier persona, puede acceder automáticamente, vía GPS, al conductor Uber en activo más cercano y solicitar, a través de la aplicación, un viaje. No obstante, Uber no contrata conductores ni posee una flota de automóviles; por el contrario, Uber cuenta con que sus "socios" conductores hagan el trabajo. Dichos colaboradores, deben enviar una solicitud y superar con éxito el proceso de autorización para formar parte de la flota. Dicho proceso incluye enviar a Uber la licencia de conductor, el registro del coche y el seguro. En algunos casos, dependiendo de la ciudad, se puede solicitar superar un test de conocimiento geográfico del lugar y tener una entrevista con un empleado de Uber. Uber requiere al conductor que el vehículo que se utilice sea de menos de 10 años de antigüedad. El coste del servicio no es negociable para ninguna de las dos partes, por el contrario, viene fijado por Uber. Las propinas al conductor están prohibidas por Uber. Uber obtiene sus beneficios por cada viaje realizado donde cobra entre 10 y el 20% de cada transacción. Los clientes pueden evaluar al conductor y estas evaluaciones son públicas para el resto de clientes⁸. En caso de obtener evaluaciones negativas, Uber puede deshabilitar el acceso a la aplicación del conductor impidiéndole trabajar más con ellos. Uber también puede retirar el acceso a la aplicación por otras razones; como criticar a la empresa en las redes sociales⁹.

Por otra parte, el conductor puede elegir cuándo trabajar y cuándo no, además de poseer la potestad de no aceptar los encargos que no desee realizar con la única salvedad de que una vez aceptado un viaje debe ser realizado¹⁰. Sumado a ello, el "Manual del conductor" de Uber señala que se espera que los conductores acepten todos los viajes y que se investigará, con la posibilidad de desactivar al conductor, si se rechazan demasiados viajes. En caso de que no se trabaje como conductor durante un periodo de tiempo, Uber desactiva al conductor (aunque solamente tiene que solicitar volver a estar de alta, para volver a poder prestar servicios de nuevo). El manual –que no es vinculante, sino que se presenta como meras sugerencias– también invita a los conductores a vestir de forma profesional, así como, propone que la radio esté apagada o con música suave de Jazz. También dentro de las recomendaciones al conductor, se sugiere que abra la puerta de su cliente para que entre en el vehículo¹¹ y que se tenga

montajes de muebles, tareas domésticas, auditorías de almacenes, comprobación de precios, "phantom costumer", entre otras.

⁸ AVI ASHER-SCHAPIRO, "Against Sharing", Jacobinmag (disponible en: <https://www.jacobinmag.com/2014/09/against-sharing/>)

⁹ HUET, E., "Uber Deactivated A Driver For Tweeting A Negative Story About Uber". *Forbes* <http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2014/10/16/uber-driver-deactivated-over-tweet/>

¹⁰ Uber Terms and Conditions www.uber.com/legal/usa/terms

¹¹ ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept", *Legal Studies Research Papers Series*, Temple University, 2015, p. 11.

preparado un paraguas en caso de lluvia para que el cliente no se moje al entrar o salir del vehículo¹².

Sumado a lo anterior, el conductor debe pagar por los gastos –gasolina, seguro impuestos–, proveerse de vehículo y asume los riesgos de accidente. No obstante, Uber ofrece un seguro a todos sus conductores, a mejor precio que el mercado, a través de una aseguradora con la que tiene un convenio.

4. Características del modelo negocio

Con la descripción del funcionamiento de Uberpop se pretende realizar un análisis del nuevo modelo de negocio que sea extrapolable con independencia de cuál sea el sector productivo. De esta forma, se pueden obtener las siguientes características:

1) *Menor dependencia*. La principal característica, y la que conlleva a que se realice el presente estudio, es que este nuevo tipo de empresas no van a necesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Las empresas, a través de la tecnología, van a confiar en las evaluaciones realizadas por sus clientes de los resultados del trabajo para tomar decisiones en materia de selección de futuros prestadores de servicios y de ceses (control *ex ante* y control *ex post*). Ni siquiera las empresas tendrán razones para formar a aquellos que prestan servicios pues estos, si desean trabajar, tendrán que estar formados y listos para el trabajo. El trabajo moderno, a través de redes virtuales, se configura con una menor subordinación y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. A pesar de ello, se observa que la plataforma virtual retiene gran parte del control sobre la forma en la que se presta el servicio. En efecto, en las plataformas que se dedican a un negocio concreto, la empresa propietaria de la plataforma, y la marca, tiene interés en que el servicio se preste correctamente, dado que su marca distintiva depende de ello.

2) *Economías de escala o necesidad de una masa crítica*. El negocio se basa principalmente en acumular una gran cantidad de prestadores de servicios y de usuarios. Precisamente, el hecho de que se cuente con una gran cantidad de ellos es lo que hará innecesario a la empresa contratar trabajadores propios y señalarles un determinado horario de trabajo o una jornada. La empresa cuenta con que el gran número de "colaboradores" asociados haga que los clientes siempre encuentren un prestador de servicios disponible. Derivado de esta necesaria masa crítica de usuarios y prestadores

¹² Recogido en los hechos probados del auto por el que se admite a juicio una demanda de los trabajadores contra Uber por calificación errónea como autónomos –*independent contractors*–, ver O’connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, 2015.

de servicios, el mercado va a tender a convertirse en un monopolio no pudiendo existir más de dos o tres empresas que se dediquen al mismo sector. En cualquier caso, alcanzar la masa crítica necesaria implicará unos costes de entrada elevadísimos que reducirá la competencia.

3) *Negocio global*. Una vez creada la plataforma, expandirla por todo el mundo tiene relativamente poco coste, por lo que también estas empresas tenderán a ser globales y prestar servicios en todas partes del mundo¹³. Además, la expansión de la marca por todo el mundo permitirá aprovechar claras economías de escala permitiendo obtener la confianza de los clientes en todas partes del mundo, haciendo más sencillo alcanzar la masa crítica necesaria, pero a su vez aumentando los costes de entrada para nuevas plataformas.

4) *Algo más que una base de datos*. Una de las cuestiones clave, todavía abiertas a debate, es la propia naturaleza de las nuevas empresas. En este sentido, se discute si son empresas de índole tecnológica, esto es, una mera base de datos o, por el contrario, son empresas dedicadas a la prestación de servicios en el sector en el que actúan¹⁴. En el primer caso, si se considera que la empresa propietaria de la plataforma virtual se limita a la confección de una base de datos donde los actores –clientes y prestadores de servicios– pueden encontrarse, la propia empresa no podría ser declarada responsable por la mala calidad de la ejecución del servicio, ni por daños causados durante la prestación del servicio. De la misma forma, no tendría obligación de cumplir con la normativa vigente aplicable a las empresas del sector¹⁵. Además, a efectos laborales, sería difícil considerar que aquellas personas que prestan servicios a través de sus plataformas virtuales sean trabajadores de estas empresas.

Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse un Tribunal en EE.UU. declarando que Uber no puede ser considerada una "empresa tecnológica" dado que una empresa de este tipo se abstendría de intervenir en la prestación del servicios¹⁶.

En efecto, como se ha visto, este nuevo tipo de empresas no se dedican exclusivamente a conectar oferentes con demandantes sino que exige una serie de requisitos a los conductores con objeto de conseguir una buena prestación del servicio para el cliente.

¹³ Una idea similar se desprende de ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept..." op.cit., p. 10 y 30.

¹⁴ Uber en su clausulado general de terminos y condiciones establece que no son una empresa que provea de servicios de transporte y por tanto renuncia a cualquier tipo de responsabilidad por los servicios prestados por sus conductores, ver *Uber Terms and Conditions*, www.uber.com/legal/usa/terms

¹⁵ Por ejemplo, en el caso de Uberpop, si se considera una simple empresa de base tecnológica no tendría responsabilidad alguna al incumplir las ordenanzas municipales del servicio de Taxi.

¹⁶ O'connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, 2015.

Además de este control sobre la prestación de servicios, se debe advertir que los ingresos de este tipo de empresas, no provienen del "acceso" a la base de datos, sino que la plataforma percibe sus ingresos por cada tarea/trabajo realizado¹⁷. En fin, en mi opinión, los consumidores no acuden a estas plataformas porque tenga un listado de personas que pueden proveer diferentes servicios, sino que acuden a una plataforma específica para obtener un servicio de concreto¹⁸. Ello deriva en que la reputación de la empresa dependa de que sus "colaboradores" hagan correctamente su trabajo. Esa es la razón que justifica que las plataformas online desactiven a todos los colaboradores que no mantengan alta las evaluaciones de los clientes.

2. El impacto del nuevo modelo de negocio sobre las relaciones laborales

5. Las cuestiones a resolver en el ámbito laboral

Ante el surgimiento de esta nueva forma de interactuar en el mercado se plantean dos cuestiones fundamentales. La primera, de orden jurídico, consiste en analizar si el concepto tradicional de trabajador subordinado sigue amparando esta nueva forma de trabajar. La segunda es una cuestión de política del derecho y radica en considerar si existe necesidad de ampliar el ámbito de protección del Derecho del Trabajo, haciendo una desconexión entre el trabajo subordinado y la aplicación de la normativa. Incluso, habrá que plantearse la posibilidad de que la protección requerida por este nuevo tipo de prestadores de servicios sea diferente a la de los trabajadores subordinados teniendo que diversificar el tipo de tutelas ofrecidas por el ordenamiento laboral.

6. Existencia de dependencia

Tradicionalmente se ha considerado autónomo a aquél que trabaja directamente para el mercado, ofreciendo su trabajo a uno o varios empresarios sin integrarse en el ámbito de organización de estos. El autónomo, para ser considerado como tal, debe tener una organización propia e independencia para decidir cómo prestar servicios con libertad para aceptar o no encargos, aportando medios de producción –materias primas, maquinaria, herramientas, etc.– no cediendo anticipadamente el fruto de la prestación de

¹⁷ Una empresa que solamente se dedicara a construir una base de datos cuyo negocio se dedicara exclusivamente a permitir su acceso, sus ingresos provendrían precisamente de este acceso. Por el contrario, Uber permite el acceso libre a la base de datos, cobrando únicamente cuando se realiza una prestación de servicios (exactamente cómo funcionaría una empresa dedicada el transporte de pasajeros). En este sentido se pronuncia también ALOISI, A., "Commoditized Workers. The Rising of On-Demand Work, a Case Study Research on a Set of Online Platforms and Apps", *SSRN*. 2015, p. 17.

¹⁸ En el caso de Uber, los clientes acuden a Uber porque desean un servicio de transporte por ciudad y porque saben que Uber les proveerá de ese servicio.

servicios y atendándose al resultado económico favorable o adverso del negocio¹⁹. De esta forma, el nuevo tipo de trabajador –que presta servicios a través de una plataforma virtual–, que aporta sus propios medios de producción, elige cuándo trabajar –libertad de horario– y cuánto –libertad de jornada– e incluso que tiene autonomía para elegir cómo prestar sus servicios, no parece encajar con la definición tradicional de trabajador.

Ante situaciones similares, la respuesta tradicional ha tendido a tratar de expandir la calificación de trabajador dependiente a nuevas formas de empleo que por definición habrían de entenderse como no subordinadas²⁰. En este sentido, se ha dicho que un trabajo organizado, determinado, utilizado y aprovechado por el empresario, no es incompatible con la existencia de un ámbito de autonomía del trabajador en el desarrollo de la prestación laboral debida, sin que lo convierta en un trabajador autónomo²¹. Por ello, la cuestión central será conocer si los trabajadores que prestan servicios en estas nuevas plataformas virtuales siguen, de alguna forma, dentro del ámbito de dirección y control o, por el contrario, la libertad concedida para la prestación del servicio es suficiente para convertirles en trabajadores independientes y, por tanto, autónomos.

En EE.UU., donde se están planteando los primeros conflictos, la doctrina mayoritaria se inclina por defender que este nuevo tipo de empresas están calificando erróneamente a sus "colaboradores" debiendo considerar que son trabajadores por cuenta ajena²². Los argumentos seguidos son los siguientes:

7. Nuevas formas de control

Las formas tradicionales de vigilancia y control de la calidad de la prestación de servicios por parte de los trabajadores consistían en dar formación específica de la empresa al trabajar y dictar instrucciones concretas sobre cómo realizar el trabajo, unido a un sistema de vigilancia que aseguraba el cumplimiento de dichas instrucciones. En las nuevas empresas nada de esto existe, no obstante, se defiende que ello no significa

¹⁹ MARTÍNEZ BARROSO, M. R., "Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, análisis y propuestas de reforma", *Estudios Financieros*, nº 273, 2005, p. 122.

²⁰ MARTÍNEZ BARROSO, M.R., "Trabajo autónomo y trabajo subordinado...", op. cit., p. 106

²¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador" en CRUZ VILLALÓN, J. (Editor), *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, 1999, p. 21.

²² En nuestro país, la Inspección de Trabajo, ante la denuncia presentada el 20 de octubre de 2014 por los representantes legales de tres organizaciones sindicales de taxistas de Barcelona ante la ITSS contra la empresa Uber Systems Spain por incumplimiento de las obligaciones de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, considera que los conductores de Uber son trabajadores por cuenta ajena, ver http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html

que las formas de control de la prestación del servicio hayan desaparecido sino que simplemente se han transformado²³. Las empresas confían en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios. De esta forma, las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando posteriormente dicha información para tomar decisiones sobre despidos²⁴.

En efecto, aunque las empresas solamente establezcan "recomendaciones" sobre cómo prestar servicios, aquellos profesionales que no las sigan, pueden fácilmente verse desactivados por unas malas evaluaciones de los clientes que esperan que dichas recomendaciones –que son de conocimiento público– se cumplan²⁵. De hecho, se razona que el nivel de monitorización del trabajo que reciben estos nuevos tipos de trabajadores es mucho mayor que los trabajadores tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento²⁶ y sin coste alguno para la empresa. En las estructuras productivas tradicionales, los mandos intermedios eran costosos para las empresas por lo que tendían a mantener un nivel "óptimo" de vigilancia y no un nivel "máximo". En definitiva, la inexistencia o reducción de instrucciones por parte del empresario, en conjunción con la evaluación del trabajo resultado por parte del cliente, parece que como mucho implicará que el trabajador estará ahora sometido a obligaciones de resultado y no de medios²⁷.

8. *El control necesario*

Otra parte de la doctrina se inclina por defender que, aunque realmente haya habido una disminución del control por parte de la empresa, ello no significa que el trabajador deje

²³ En el mismo sentido en el trabajo a distancia se ha mantenido que el haz de indicios tradicional resulta ser totalmente ineficaz para reconocer nuevas formas de "dependencia jurídica". Se afirma que los rasgos de integración productiva –en el teletrabajo actual– son muy diferentes a los que identificaban la prestación laboral en el modelo fordista de la producción. Al respecto ver, RODRIGUEZ SAÑUDO, F., "La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral", en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p. 104; SELMA PENALVA A., "Propuestas y reconsideraciones sobre el teletrabajo", *Anales de Derecho*, nº 28, 2010, p. 24.

²⁴ BENJAMINE SACHS, *Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control*, On Labor, <http://goo.gl/RvT6iv>

²⁵ ALOISI, A. "Commoditized Workers..." op. cit. p. 18.

²⁶ SPRAGE, R., "Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to fit in Round Holes". *31 A.B.A. Journal of Labor & Employment Law*. Wyoming. University of Wyoming, 2015, p. 18.

²⁷ La doctrina española también ha observado, con anterioridad, esta transformación de las formas de control. En concreto, los nuevos métodos de dirección participativa el poder empresarial se ejerce diferente: mediante una evaluación de los productos del trabajo y no mediante una prescripción de su contenido, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador..." op. cit., p. 37.

de ser subordinado. Es decir, que exista cierta libertad en la ejecución de forma inherente al tipo de trabajo ello no va a desvirtuar la relación subordinada²⁸. En este sentido, lo importante no será cuánto control el empresario ejerce, sino cuánto control el empresario se reserva el derecho a ejercer.

De esta forma, que las plataformas virtuales decidan permitir que los trabajadores elijan su jornada de trabajo y su horario –dado que las nuevas tecnologías hacen innecesario dictar instrucciones en este respecto– no implicará que el trabajador pase a ser independiente. La empresa podría en cualquier momento dictar nuevas instrucciones y los trabajadores deberían obedecer, por ello, que la empresa decida no ejercer ese poder de dirección no va a querer decir que no lo posea.

En definitiva, que la empresa dicte solamente las "instrucciones necesarias" no querrá decir que el trabajador deje de estar subordinado a la empresa²⁹. Lo relevante será saber si el empresario ha dictado las instrucciones suficientes para –y con el objetivo de– mantener el control sobre el proceso productivo. El problema que plantea la presente concepción de subordinación es que no queda claro cuándo la empresa estará dictando las instrucciones necesarias para controlar el proceso y cuándo no. Sin embargo, la idea está muy enlazada con la desigualdad en el poder de negociación, dado que un alto desequilibrio conllevará a que la empresa pueda elegir qué instrucciones dar y cuáles no.

9. Desequilibrio del poder negociador

Desde hace tiempo, la doctrina ha defendido que el Derecho del Trabajo en su vertiente protectora debe alcanzar al económicamente más débil, tendiendo a su aplicación a personas en una situación socioeconómica muy similar a los trabajadores dependientes aunque no posean tal característica³⁰. Sin embargo, en los últimos años, el prototipo normativo ha acabado marginando el tipo social, a través de una construcción de un concepto jurídico de dependencia que suprime a la figura del contrato de trabajo de cualquier referencia económica, social o política³¹. En este contexto, parte de la doctrina sostiene que debe volver a existir una correlación entre la "condición social" de trabajador, su subordinación económica y social y la "trasposición jurídica" de esta

²⁸ SPRAGE, R., "Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy:..." op. cit. p. 15

²⁹ ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept..." op.cit., p. 13

³⁰ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo, *Revista de Política Social*, nº 71, 1969 p. 59-63; GONZALEZ ORTEGA, S. "La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo", *Relaciones Laborales*, vol. II, 1987, p. 278.

³¹ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., "Contrato de trabajo y autonomía del trabajador..." op. cit., p. 24.

condición en un sistema de reglas de tutela del contratante débil³². De esta forma, se defiende que el contrato de trabajo debe aplicarse a todo prestador de servicios sometido a una desigualdad en el poder negociador con independencia de la forma en la que se ejecute la prestación –sujeta a dependencia o independencia³³.

10. Integración en organización ajena

Otros autores, más apegados a la literalidad del concepto clásico de trabajador, entienden que la dependencia no debe buscarse en la existencia de instrucciones directas sobre la forma de ejecutar el trabajo, sino en la integración en la organización del empresario; o, en sentido contrario, en la falta de una organización empresarial propia por parte del trabajador³⁴. De esta forma, se ha considerado que solamente puede ser un auténtico trabajador autónomo cuando se cuenta con su propia organización y se asumen los riesgos y beneficios de la actividad³⁵. Por el contrario, desde el momento en el que se integra en "territorio ajeno" donde el empresario ejerce su libertad de empresa en la vertiente funcional, estableciendo la organización y sus reglas, se está ante un trabajador dependiente. La aplicación de la presente doctrina al nuevo tipo de empresa, deja pocas dudas de que la plataforma es la que dicta las normas organizativas de obligado cumplimiento que considera necesarias, mientras que el trabajador solo puede aceptarlas o no trabajar. No nos encontramos ante el paradigma de la "coordinación de actividades" entre empresarios³⁶, sino ante una serie de normas impuestas por la empresa propietaria de la plataforma virtual que el trabajador que quiera sumarse ha de cumplir.

11. Falta de oportunidades empresariales

Otro argumento esgrimido, por gran parte de la doctrina, para entender que se está ante un trabajador subordinado, es la inexistencia de oportunidades empresariales. Los trabajadores que prestan servicios a través de una plataforma virtual solamente están aportando puro trabajo o mano de obra sin que exista posibilidades de desarrollo

³² BAYLOS GRAU, A., "La "huida" del derecho del trabajo. tendencias y límites de la deslaborización", op. cit., p. 48-49; 36 p. 105.

³³ ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept..." op.cit., p. 14, 25

³⁴ MONTOYA MELGAR, A., "Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo" en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 91, 1998, p. 709-724.

³⁵ RODRIGUEZ-PIÑERO, M. "La huida del Derecho del Trabajo", *RL*, 12, 1992, p. 7.

³⁶ MARTIN VALVERDE, A., "El discreto retorno del arrendamiento de servicios ", en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 1990, p. 227.

empresarial³⁷. En efecto, se entiende que un trabajador autónomo debe aportar experiencia, formación y habilidades que la propia empresa no posee y, por ello, debe recurrir a un tercero independiente que se la provea³⁸. Por el contrario, estas nuevas empresas confían toda su mano de obra a terceros, personas que no aportan un especial valor añadido a la empresa más allá de su trabajo.

El propio *know-how*, si es en algún caso necesario, es aportado por la propia empresa³⁹ y transmitido en forma de "recomendaciones" o instrucciones necesarias. En realidad, se observa que la única ventaja comparativa con los trabajadores tradicionales es la menor protección social y, derivado de ello, los menores costes a los que puede la empresa ofrecer el servicio: no parece que esta sea el objetivo principal de la existencia de la figura del autónomo⁴⁰. Por el contrario, un autónomo para considerarlo empresario debe prestar servicios en una actividad donde pueda existir un desarrollo profesional, obteniendo sus propios clientes, a través de una buena prestación del servicio, que le permitan desarrollarse como empresa⁴¹. No sería muy coherente calificar como empresario independiente a aquél que solamente ofrece su trabajo y no tiene posibilidades –ni siquiera potenciales– de obtener los beneficios inherentes a un emprendedor⁴².

12. Irrelevancia de ciertas características de la prestación a la hora de calificar contrato de trabajo

Por último, existen ciertas cuestiones que la doctrina entiende que no son relevantes a la hora de decidir que se está ante un contrato de trabajo o ante un trabajador autónomo. En primer lugar, los materiales aportados por los trabajadores tienen relativamente poco valor como para entender que existe una verdadera ajenidad. De la misma forma, los riesgos o costes asumidos por el trabajador son de poca importancia como para afirmar que el trabajador está asumiendo los riesgos del negocio. El contrato de trabajo, cuando fue definido, y hablaba de ajenidad en los medios de producción, hacía referencia a las grandes fábricas donde el trabajador nunca podría llegar a ser propietario. No obstante,

³⁷ ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept..." op.cit., p. 5

³⁸ SPRAGE, R., "Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy:..." op. cit., p. 15, 19.

³⁹ LUJAN ALCARAZ, J., *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo*, Murcia, Universidad de Murcia, 1991, p. 605-606.

⁴⁰ Tal y como expone el informe de expertos de la Comisión Europea *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo Europeo*, 1999.

⁴¹ SPRAGE, R., "Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy:..." op. cit., p. 10

⁴² MARVIT, M., "How Crowdworkers became the ghosts in the digital machine", *The Nation*, 2014 <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>

hoy en día, un vehículo o un carro de limpieza puede ser adquirido por cualquier persona y ello no debería ser determinante para su exclusión del ámbito de protección.

De hecho, en las empresas descritas en este trabajo, los verdaderos medios de producción son los tecnológicos. La inversión en la tecnología que crea la plataforma virtual es realmente la parte costosa de los medios de producción, por ello, en comparación, los materiales aportados por el trabajador son insignificantes⁴³.

De la misma forma, modalidades contractuales como el trabajo a distancia se basan en una vigilancia del resultado y no del *modus operandi* de la prestación, sin que ello impida su calificación como relación laboral⁴⁴. El concepto de trabajo subordinado lleva años adaptándose a las nuevas realidades, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para elegir cuándo realiza el trabajo –o cómo– sea relevante para su calificación jurídica. Es precisamente la elasticidad del concepto la que permitirá su adecuación a la "realidad social del tiempo" en el que ha de ser interpretado⁴⁵.

13. Problemas del encaje del nuevo tipo de trabajadores en el concepto tradicional de contrato de trabajo

De lo visto hasta ahora, parece que existen argumentos suficientes para que un juez pudiera calificar a este nuevo tipo de prestadores de servicios a través de plataformas virtuales como trabajadores tradicionales. En EEUU, varios pronunciamientos judiciales, incluido algún precedente lejano del Tribunal Supremo⁴⁶, apuntan hacia esta dirección⁴⁷. En este país, se está extendiendo la idea de aplicar el contrato de trabajo a toda prestación de servicios donde exista un desequilibrio del poder negociador de las partes⁴⁸. Esto es, con una interpretación teleológica del contrato de trabajo, los Tribunales buscan proteger a todos los prestadores de servicios cuya autonomía de la voluntad está mermada –debido su debilidad negocial–, con independencia de si existe subordinación o dependencia.

⁴³ ROGERS, B., "Employment as a Legal Concept..." op.cit., p. 15.

⁴⁴ MARTÍNEZ BARROSO, M.R., "Trabajo autónomo y trabajo subordinado..." op. cit., p. 115.

⁴⁵ PÉREZ DE LOS COBOS, F., "El trabajo subordinado como tipo contractual", *Documentación Laboral*, N°39, 1993, p. 39.

⁴⁶ Supreme Court NLRB v Jones & Laughlin Steel CO 301. U.S 1, 33-34 (1937).

⁴⁷ También parte de la doctrina defiende que la única razón por la que no se están aplicando las garantías del contrato de trabajo a los nuevos trabajadores es por la novedad e incomprensión de lo que ocurre en el trabajo virtual, CHERRY, M. A., "Working for (virtually) minimum wage: Applying the fair labors standards act in cyberspace", *Alabama Law Review*. n° 60, vol. 5, 2009, p. 1106

⁴⁸ Patrick Cotter v. Lyft 13-cv-04065-VC, Auto denegando la moción de desistimiento para apertura de juicio (N.D California 11 Marzo de 2015); Basándose en un precedente antiguo en S.G. Borello & Sons, INC., V. Departament Of Industrial Relations, 48, California, 3d 341, 351 (1989).

Los problemas de esta opción, en mi opinión, son dos. De un lado, el encaje judicial de esta nueva forma de prestación de servicios dentro del concepto tradicional de contrato de trabajo tendría como consecuencia jurídica la aplicación de toda la normativa laboral en bloque, resultando muchas de estas clásicas prescripciones incompatibles o incluso perjudiciales para este nuevo trabajador. Los jueces, con esta interpretación, no podrían elegir qué normativas tradicionales se aplican y cuáles no, ni tampoco qué nuevas soluciones se podrían desarrollar sino que, directamente, las plataformas virtuales se verían sometidas todas y cada una de las normativas laborales incluidas aquellas que son manifiestamente incompatibles. Por poner algunos ejemplos, los propios trabajadores probablemente prefieran mantener cierta independencia técnica respecto a cómo y cuándo realizar su trabajo como ocurre ahora en su empleo. Una sentencia que los considerara empleados comunes del Estatuto de los Trabajadores podrían fácilmente llevar a las empresas principales a aumentar las instrucciones dictadas a sus empleados así como las empresas podrían decidir poner fin a la libertad de horarios que disfrutaban ahora. Del mismo modo, en caso de ser calificados legalmente como empleados podría significar, el fin de la autonomía jurídica que tienen, actualmente, los empleados para decidir cómo ejecutar su trabajo.

Por otro lado, esta solución, venida de la mano de la jurisprudencia, implicaría que hasta el momento de la resolución judicial las empresas vendrían actuando al margen de la legalidad. Es decir, si un Tribunal dictamina que la correcta clasificación es la de trabajador laboral ello implica, a su vez, que la clasificación como trabajador autónomo hasta dicho momento fue ilegal, con todas las sanciones y responsabilidades que ello implicará para la empresa. Por estas razones, y entrando en el ámbito de la política del derecho, quizá se deberían estudiar otras posibilidades partiendo del análisis de qué tipo de protección requieren los nuevos trabajadores.

3. Las diferencias en la protección requerida por el nuevo tipo de trabajador

14. Una nueva protección para un nuevo modelo de relaciones laborales

Que se pueda interpretar el contrato de trabajo de tal forma que quepan en ella relaciones *cuasi-independientes*, no significa, que la protección otorgada por el legislador deba ser de las mismas características que la tradicional.

La protección de las condiciones laborales existentes actualmente no parece que se adapten completamente a los nuevos modelos de negocio. La flexibilidad horaria para el trabajador es una de las características principales del nuevo tipo de negocio. El trabajador va a poder elegir cuándo desea trabajar, algo incompatible con las viejas regulaciones sobre jornada, horarios, descansos y vacaciones existentes. Por otra parte,

el salario fijo, medido por horas, también parece incompatible con un modelo de negocio basado en que el trabajador puede elegir cuantas horas trabaja⁴⁹.

Sumado a ello, ni siquiera las regulaciones sobre bolsas de trabajo o los derechos de preferencia para trabajar (ej. en los contratos "a llamada" o fijos discontinuos) parecen compatibles con este nuevo modelo de negocio que confiere la potestad al cliente para elegir quién presta el servicio (mediante la publicación de las evaluaciones que realizan otros clientes sobre los prestadores de servicios). De esta forma, el cliente, confiando en estas evaluaciones, preferirá a un trabajador o a otro.

La negociación colectiva, tal y como existe actualmente, es otra regulación complicada de aplicar en los nuevos modelos de negocio. Conocer las unidades de negociación es muy complejo en un mercado virtual donde es difícil computar cuanta gente está realmente activa. Además, pueden trabajar a la vez para diferentes plataformas virtuales⁵⁰. De hecho, en un negocio donde los trabajadores no se conocen entre sí, ni tienen trato directo entre ellos, es muy complejo crear relaciones de confianza suficientes para elegir representantes⁵¹.

Por último, en la regulación laboral actual todos los gastos sufridos por el trabajador con ocasión de su prestación de servicios deben ser reembolsados por el empresario. No obstante, esto es poco acomodado a un modelo de negocio que confiere tanta libertad al trabajador –es decir, sin subordinación al empresario–. En principio, en este nuevo modelo de negocio se basa en que los trabajadores aportan al trabajo, material o patrimonio que ya tienen –bienes "infrautilizados" ej., ordenador, conexión a internet, teléfono, cámara, coche-, por lo que exigir, posteriormente, que el empresario sufrague dicho material no parece la mejor solución. Por otra parte, existen otros gastos que sí parecen merecedores de reembolso, sobre todo, aquellos gastos que se realizan exclusivamente como consecuencia de la prestación de servicios.

⁴⁹ FISHER, D., "Uber Says Drivers Oppose Lawsuit That Would Make Them Employees", *Forbes*, 2015 (<http://www.forbes.com/sites/danielfisher/2015/07/09/uber-says-its-drivers-want-no-part-of-lawsuit-to-make-them-employees/>); WEBER, P. M y TURCIOS, E. N., "Uber Hits a Speed Bump. in California: Labor Commissioner Rules Driver is an Employee" *Employee Benefit Plan Review*, September 2015. p. 12.

⁵⁰ FELSTINER, A. "Working the Crowd: Employment and Labor Law in the Crowdsourcing Industry". *Berkeley Journal of Employment and Labor Law*. Nº 32, Vo. 1, 2011 ,p. 183-185

⁵¹ BEYER J.L., "Expect Us: online Communities and Political Mobilization", Oxford University Press, 2014; SALEHI, N. *et al.*. "We Are Dynamo: Overcoming Stalling and Friction in Collective Action for Crowd Workers". *CHI'15*, 2015 p. 1621

4. Fórmulas para alcanzar la necesaria protección

15. La autoregulación

Parte de la doctrina argumenta que las propias dinámicas de estos nuevos mercados llevarán al desarrollo de la democracia en las nuevas industrias en internet aumentando los salarios y reduciendo las horas de trabajo. De hecho, estos autores defienden que, en cualquier caso, el legislador no debería intervenir hasta que la actividad económica en internet sea clara. Entienden que una intervención regulatoria prematura podría, sin pretenderlo, impedir el desarrollo de dicha industria, acabando con oportunidades de negocio e innovación que desconocemos⁵². Básicamente, se propone que no exista intervención pública que marque la regulación del nuevo sector. Sin embargo, en realidad, siempre va a existir ordenación en el sector, solamente que sin intervención pública la reglamentación existente será dejada a la libre autonomía de las partes⁵³.

En este contexto, cabría señalar que cualquier autoregulación debería poder contar con la voz –y aprobación me atrevería a añadir– de todos los intervinientes: incluido los trabajadores⁵⁴. El problema surge por la dificultad de obtener una correcta representación. Las dinámicas de estas empresas hacen difícil la existencia de una representación unificada. Nuevos trabajadores se unen diariamente a las plataformas y algunos se quedan solamente por unos días o semanas⁵⁵. Sumado a ello, actualmente, las plataformas no ponen a disposición de los trabajadores ningún medio técnico para ayudar a que esa voz unificada exista. Por el contrario, las primeras manifestaciones de unión se han tenido que realizar en plataformas virtuales paralelas, creadas por algunos trabajadores, donde anónimamente se puede evaluar a los empresarios, realizar recomendaciones para otros trabajadores y recolectar información que les ayude e incluso donde se ha planteado alguna acción colectiva menor⁵⁶. Sin embargo, el simple

⁵² TROTTER HARDY, "The Proper Legal Regime for "Cyberspace", *University of Pittsburgh Law Review*, V. 55, 1994 p. 993 y ss <http://scholarship.law.wm.edu/facpubs/656>

⁵³ También se ha propuesto que se constituyan agencias públicas de regulación de la economía colaborativa como existen en otros sectores como el sector eléctrico, bancario, o incluso como los colegios profesionales. SUNDARARAJAN, A., "Trusting the 'Sharing Economy' to Regulate Itself", *The New York Times*, 2014, <http://economix.blogs.nytimes.com/2014/03/03/trusting-the-sharing-economy-to-regulate-itself/>

⁵⁴ DE STEFANO, V., "The Rise of the 'Just-in-Time Workforce'", Conference en RDW2015, <http://slideplayer.com/slide/5283210/>

⁵⁵ SALEHI, N. *et al.* "We Are Dynamo..." op. cit. p. 1624

⁵⁶ Ver Turkopticon. Esta plataforma es un foro que permite a los trabajadores evaluar a los solicitantes e intercambiar importante información para evitar a los empleadores que más explotan. MARVIT, M. , "How Crowdworkers became..." op. cit.; IRANI LILLY y SILBERMAN SIX., "Turkopticon: interrupting worker invisibility un Amazon Mechanical Turk", *Changing Perspectives*, Paris, 2013, p. 611-620.

hecho de que estos trabajadores presten servicios de forma individual y aislada dificulta que se creen redes de confianza entre los trabajadores y que el movimiento gane visibilidad⁵⁷.

En cualquier caso, excepto que se encuentre una manera de obtener la representación de los trabajadores rápidamente, cualquier forma de autoregulación vendrá a significar una regulación unilateral por parte de las plataformas virtuales (empresa).

Desde la perspectiva contraria, se argumenta que procrastinar en la regulación puede tener consecuencias extremadamente negativas para la efectividad de la protección laboral. Efectivamente, si el modelo de negocio se crea en base a una regulación, difícilmente con posterioridad esta normativa podrá ser cambiada. En primer lugar, porque la efectividad del Derecho del Trabajo muchas veces proviene de la propia auto-imposición, o respecto a la ley, más que de un efectivo control público del cumplimiento. Por lo que unas "malas" costumbres pueden resultar imposibles de modificar vía legislación⁵⁸. Piénsese en la temporalidad en España. La permisividad con esta forma contractual durante una pequeña época en los años 80, se convirtió en una forma de actuar de los empresarios españoles que en el 2015 todavía pasa factura.

En segundo lugar, si se deja que el tiempo pase y se construya una industria en base a unos costes laborales bajos, es posible que cuando se quiera actuar, la industria tradicional haya desaparecido bajo la implacable mano invisible del mercado.

En tercer lugar, una vez establecida la industria como *lobby* va a ser mucho más complicado realizar cualquier tipo de regulación. De hecho, es posible que una reglamentación realizada cuando el sector esté "maduro" no pretenda realmente mejorar la situación de los trabajadores, sino controlar el mercado e imponer barreras de entrada. Por todo ello, la regulación de la "*Uber economy*" puede ser una cuestión de ahora o nunca.

⁵⁷ De hecho, el modelo de negocio de las plataformas virtuales se base fundamentalmente en la desunión de los trabajadores. Piénsese que las plataformas no son las grandes fábricas del S.XIX cuyo capital estaba en manos del empresario y era inaccesible para el trabajador. Hoy en día las plataformas virtuales están constituidas por un algoritmo y una marca, esto es lo único que aportan a parte de los trabajadores. Por ello, la unión de los trabajadores podría fácilmente acabar con el modelo capitalista de las plataformas virtuales convirtiendolo en una cooperativa donde los trabajadores fueran socios propietarios de la plataforma. Obviamente esta es una idea más utópica que realista dado que, desde que el momento en el que la sociedad funcionara como una cooperativa con sueldos dignos, esa cooperativa dejaría de ser competitiva en un mercado desregulado. SALEHI, N. *et al.*. "We Are Dynamo..." op. cit. p. 1625

⁵⁸ FELSTINER, A. "Working the Crowd..." op. cit. p. 198.

16. La intervención legislativa

La tercera opción proviene de un cambio legislativo que proteja a los trabajadores pero, a su vez, tenga en cuenta las particularidades y necesidades del nuevo modelo productivo. Con un cambio legislativo, además de permitir una mejor adaptación de la legislación laboral a las singularidades de la nueva industria, se impediría (o se dificultaría) que se sancionara a la emergente industria por las actuaciones realizadas en materia laboral hasta el cambio legislativo. En caso de que el legislador tuviera que modificar la normativa para incluir a los trabajadores *cuasi-independientes* en el contrato de trabajo, y en la normativa protectora, se estaría, implícitamente, convalidando su exclusión hasta ese momento. Con ello, desaparecerían los peligros de sanciones y otras consecuencias negativas.

A este respecto, parte de la doctrina defiende la creación de una nueva figura contractual donde se proteja este tipo de trabajadores⁵⁹.

17. El TRADE y los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales

Antes de continuar con la proposición de la creación de una nueva figura contractual que proteja estos sujetos se hace necesario analizar, aunque sea brevemente, la figura del TRADE y su encaje con este nuevo modelo de negocio. Adelantando la conclusión debo decir que, a mi juicio, la figura del TRADE no resuelve la cuestión aquí en conflicto. Como se ha visto, el conflicto jurídico surge porque las plataformas virtuales alegan, en la mayoría de casos, que son meros intermediarios que solamente ponen de en contacto la persona que desea un servicio con la persona que lo provee. De esta forma, aceptando esta versión de la situación, el trabajador no tendría un cliente mayoritario, sino que prestaría servicios a cientos de clientes sin que existiera una dependencia económica con ninguno de ellos. Si por el contrario se entiende que la plataforma virtual interviene en la prestación de servicios a través de instrucciones se

⁵⁹ SACHS, B., “A New Category of Worker for the On-Demand Economy?”, *On labor*, 2015, <http://onlabor.org/2015/06/22/a-new-category-of-worker-for-the-on-demand-economy/>; DAVIS, K., “A New Class Of Worker Could Fix The On-Demand Economy”, *The Crunch*, 2015, <http://techcrunch.com/2015/07/17/a-new-class-of-worker-could-fix-the-on-demand-economy/#.xj6brj:FmSu>.

En EEUU parte de la doctrina defiende la incorporación de los TRADE (*dependent contractor*) como forma de defender este colectivo. Sin embargo, como acertadamente señala DAVIS, la figura de los TRADE no encaja, ni protege, este nuevo colectivo, dado que precisamente se basa en tener una variedad de clientes y también en pertenecer a varias plataformas virtuales para tener en todo momento ocupación. Por el contrario, la legislación de los TRADE solamente protege a los autónomos cuya facturación proviene mayoritariamente de un solo cliente.

estaría ante un trabajador común. A mi juicio, en este nuevo modelo de negocio, el camino intermedio en el cual, el trabajador presta servicios para la plataforma virtual, pero de forma autónoma –aunque económicamente dependiente– parece bastante poco probable⁶⁰.

En cualquier caso, aunque este camino "intermedio" fuera jurídicamente posible, no parece que sea deseable. En nuestro país, mucho se ha discutido sobre cómo proteger a los TRADE; bien a través de una regulación propia y específica al margen del Derecho del Trabajo⁶¹; bien como relación laboral especial integrada dentro del ordenamiento laboral pero con ciertas particularidades. A este respecto, el legislador optó por mantener al TRADE fuera del ordenamiento laboral otorgándole, en tal caso, escasas protecciones –en comparación a un trabajador común– frente a posibles abusos cometidos por el principal. Sumado a ello, se debe tener en cuenta que siete años después de la aprobación de la normativa de los TRADE, del millón y medio de trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo –potenciales sujetos a proteger– menos de diez mil se han inscrito como TRADE⁶²; datos que viene a suponer el fracaso de dicha normativa.

⁶⁰ Téngase en cuenta que admitir esta posibilidad seguiría implicando que se está ante una empresa que presta *todos* sus servicios a través de trabajadores externos, porque recordemos que el TRADE sigue siendo un trabajador autónomo.

⁶¹ Esta posición doctrinal ha sido defendida principalmente por CRUZ VILLALÓN, J., "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado" en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, Tecnos, 1999, p. 185; MARTÍNEZ BARROSO, M.R., "Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, Análisis y Propuestas de Reforma", op. cit., p139; MARTÍNEZ BARROSO M., "El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones a raíz del proyecto de ley del Estatuto del trabajo autónomo", op. cit., p. 451; VALVERDE ASENSIO A.J., "Condiciones de trabajo del trabajador autónomo dependiente: Protección y tutela del contratante débil", *Temas Laborales*, 81, 2005, p. 131; CAVAS MARTÍNEZ F., "Los trabajadores autónomos dependientes: una nueva encrucijada para el Derecho del Trabajo", *AS*, 14, 2004. Por el contrario, otra parte de la doctrina ya se decantó en su momento por integrar los nuevos tipos de trabajadores –en ese momento los TRADE– dentro del ordenamiento laboral. En este sentido, SAGARDOY BENGOCHEA J., *Los trabajadores autónomos: hacia un nuevo derecho del trabajo*, Madrid, Cinca, 2004, p. 110-118; MARTÍN VALVERDE A., "La Ley y el Reglamento del Estatuto del Trabajador Autónomo: puntos críticos (I)", *AL*, 11, 2009, p. 1268; GUERRERO VIZUETE E., "La (¿acertada?) regulación del...", op. cit., p. 18; SELMA PENALVA A., "El trabajo autónomo dependiente en el Siglo XXI", *Civitas*, 133, 2007, p. 171; HERNÁNDEZ NIETO J.A., "La desnaturalización del trabajador autónomo: El autónomo dependiente", op. cit., p. 182.

⁶² Datos obtenidos de la web del MESS.

18. Relación laboral especial de trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales

Por las razones antes vistas, de las posibilidades existentes para una intervención legislativa, considero que la creación de una relación laboral especial es la más apropiada acogiendo la máxima de extender el ordenamiento laboral a todo tipo de trabajo, cualquiera que sea la forma jurídica en que se preste⁶³. De hecho, esto no es desconocido para nuestro ordenamiento jurídico, donde el propio Estatuto de los Trabajadores establece un buen número de relaciones laborales especiales. En este tipo de normativa se modifica el régimen jurídico de la relación laboral, para adaptarlo a las particularidades de una determinada profesión. De esta forma, sería relativamente sencillo incluir a los trabajadores de la "*Uber economy*" en el contrato de trabajo, pero modificando aquellos preceptos que son incompatibles con este nuevo modelo de relaciones laborales y adaptándolos a las especialidades de la nueva industria.

La relación laboral especial debería partir de su aplicación a aquellos trabajadores que prestaran servicios a través de plataformas virtuales como las aquí descritas. A partir de ahí, vistas las características del modelo de negocio, habría que proteger aquellos derechos básicos que no impidieran el desarrollo normal de la industria, garantizando especialmente procedimientos de representación de los trabajadores con el objetivo de permitir, en definitiva, la autorregulación vía negociación colectiva.

Algunas de las cuestiones, sin pretender ser exhaustivo, que debería contener dicha regulación serían las siguientes:

1) *Autonomía*: En mi opinión, la independencia del trabajador ha dejado de ser un buen delimitador del objeto del contrato de trabajo. Por el contrario, considero que los nuevos trabajadores de las plataformas virtuales –sean dependientes jurídicamente o independientes– son igual de merecedores de protección que aquellos trabajadores subordinados a la manera tradicional⁶⁴.

⁶³ CABRERA BAZÁN, J., "Límites materiales y formales de aplicación del Derecho del Trabajo, nº 71, *Revista de Política Social*, 1966, p. 37 y ss; En términos similares, LUJAN ALCARAZ, J., "Reflexiones sobre el papel del Derecho del Trabajo en la actual revitalización del trabajo autónomo" *AS*, 15, 2001, p. 1; APILLUELO MARTÍN, M., *Los derechos sociales del trabajador autónomo: especialmente del pequeño y del dependiente*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2006, p. 14; GUERRERO VIZUETE E., "La (¿certada?) regulación del...", op. cit., p. 5.

⁶⁴ Sobre la posibilidad de que exista una relación laboral sin existencia de dependencia jurídica parte de la doctrina se ha mostrado reacia. Se aboga más bien por una solución intermedia en la que sin considerarse trabajador se apliquen ciertas normativas protectoras. CRUZ VILLALÓN, J., "El proceso evolutivo de delimitación del trabajo subordinado" en AA.VV., *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*,

Por ello, también con objeto de cerrar el debate y dar seguridad jurídica, una hipotética nueva normativa, que regulara la relación laboral de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales, debería aclarar en su ámbito de aplicación, que la relación se presta con autonomía. Ello significaría que las empresas solamente podrían dictar las instrucciones que fueran estrictamente necesarias o imprescindibles para la ejecución del trabajo. Con ello, se dejaría en manos del trabajador la forma en la que se presta el servicio. A su vez, con esta delimitación se conseguiría que si una plataforma virtual desea dictar instrucciones precisas sobre como ejecutar el trabajo, ya no se estaría ante esta relación laboral especial sino ante un trabajador común del Estatuto de los Trabajadores.

La menor dependencia jurídica, como característica de una relación laboral especial, no es cuestión nueva. La doctrina defiende que el trabajo a distancia es incompatible con una limitación temporal de la jornada de trabajo "*pues la libertad de que goza en la ejecución del trabajo quien actúa a domicilio debe reflejarse fundamentalmente en la elección de las horas –comienzo y término– que se dediquen a la realización de la correspondiente tarea*"⁶⁵. Del mismo modo, los representantes de comercio, el personal de alta dirección o los artistas que interviene en espectáculos públicos se identifican precisamente por el menor control de su actividad que puede realizar el empresario⁶⁶.

En fin, el ámbito de aplicación de la relación laboral especial que se propone recaería en dos cuestiones. La primera prestar servicios individualmente para una empresa que actúa a través de una plataforma virtual. En segundo lugar, la prestación de servicios se realiza de forma independiente, pudiendo la empresa solamente dictar las instrucciones imprescindibles para el buen funcionamiento de su negocio.

2) *Libertad de horarios y jornada*. La regulación debería contemplar la libertad del trabajador para fijar su horario y su jornada como característica especial de esta nueva forma de trabajo. El empresario, sin embargo, debería poder fijar un número máximo de horas –pero no un mínimo– de trabajo semanal. A su vez, la regulación debería establecer un máximo imperativo de jornada semanal con objeto de evitar sobrecarga de trabajo e incentivar el reparto del trabajo y la reducción del desempleo. Este límite

Tecnos, 1999, p. 185. Sin embargo, en mi opinión, considero que el debate debería centrarse en qué tipo de protección es necesario y no tanto en cómo se desarrolla el trabajo -de forma dependiente o independiente- que se quiere proteger.

⁶⁵ DE LA VILLA GIL, L.E. y GARCIA NINET, J.I., "Contrato de trabajo a domicilio" en BORRAJO DA CRUZ, E. (Director), *El Estatuto de los Trabajadores, Tomo III*, Arts. 8 a 13, Edersa, Madrid, 1990.

⁶⁶ GUERRERO VIZUETE E., "La (¿acertada?) regulación del trabajador autónomo económicamente dependiente: Análisis del artículo 11 del Estatuto del Trabajo Autónomo", *Aranzadi Social*, nº 20, 2010 (BIB 2009/2329), p. 4.

máximo de jornada debería ser global, es decir, se aplicaría por trabajador, computando todas las horas trabajadas en las diferentes plataformas virtuales en las que prestara servicios.

3) *Libertad para trabajar en varias plataformas.* Con objeto de promocionar la libertad de entrada en el mercado, la regulación debería impedir que se pudieran firmar acuerdos de exclusividad con estos trabajadores. En caso de inexistencia de una regulación como la propuesta sería muy fácil que las empresas existentes en el mercado monopolizaran a todos los trabajadores de un sector impidiendo que prestaran servicios en otras plataformas. A su vez, los consumidores de este tipo de servicios también se verían limitados en sus posibilidades de encontrar un prestador de servicios si cada trabajador solo puede estar en una plataforma virtual.

4) *Responsabilidad por daños de los trabajadores.* Como resultado de la falta de subordinación en la ejecución del trabajo, las empresas no podrían ser consideradas responsables de las acciones de los trabajadores. Por ello, alejándose del criterio clásico, los trabajadores deberían responder por las negligencias cometidas durante su prestación de servicios, incluyendo aquí accidentes de trabajo o daños a los clientes e incluso daños a la marca o reputación de la plataforma virtual.

5) *Salario mínimo por el tiempo que prestan servicios.* Una de las cuestiones más complejas de regular sería la cuestión del derecho a un salario mínimo. En una forma de trabajo en la que el empleado elige cuántas horas quiere trabajar, y en qué horario, la existencia de un salario mínimo garantizado podría llevar al traste con las predicciones de costes de cualquier empresa. Por otra parte, la empresa no tendrá inconveniente en pagar un salario mínimo por el tiempo que efectivamente se esté prestando un servicio a un cliente. La controversia se encuentra en los tiempos de espera. ¿Qué ocurre en el tiempo que el trabajador está buscando un cliente a través de la plataforma? Por ejemplo, en Uber, los conductores deben estar activos –y en movimiento– para encontrar clientes. Una solución equitativa para este tiempo es considerarlo tiempo a disposición del empresario pero improductivo (*mora accipiendi*). Este tiempo, según el artículo 30 ET, debe ser retribuido como tiempo de trabajo, no obstante, la normativa especial podría mantener vigente esta regulación, pero permitiendo que la negociación colectiva la modificara. De esta forma, los acuerdos colectivos podrían reducir la retribución de los tiempos de espera por debajo del mínimo o incluso eliminar toda retribución si lo consideran conveniente.

6) *Compensación de gastos.* La normativa especial debería permitir que las empresas establecieran unos requisitos de bienes no consumibles que el trabajador debe poseer para poder formar parte de la plataforma. De esta forma, se podría exigir poseer

teléfono, coche, ordenador, etc., y estos bienes no deberían ser pagados por la empresa. Sin embargo, los bienes consumibles que son necesarios para la ejecución de trabajo deberían ser costeados por la compañía. Del mismo modo, cualquier gasto relacionado exclusivamente con la prestación del servicio debería ser costado por la plataforma.

7) *Subsidiariedad del Estatuto de los Trabajadores*. Por último, para todo lo no contemplado en dicha regulación se debería observar las prescripciones del Estatuto incluyendo la preferencia por la contratación indefinida.

5. Conclusiones

En el presente trabajo, se analiza un nuevo modelo de negocio. Un nuevo tipo de empresas que reclaman ser simples bases de datos donde conectar un prestador individual de servicios directamente con el cliente. Estas empresas argumentan que no existe control alguno sobre los prestadores de servicios y, por ello, no los califican de trabajadores sino de autónomos. Sin embargo, aunque indudablemente sea cierto que existe una mayor flexibilidad en la forma de ejecución del trabajo y un incremento de la libertad en la elección del horario y la jornada de trabajo, la doctrina mayoritaria sigue considerando que la posición del prestador de servicios en estas nuevas empresas es de trabajador subordinado. Lo contrario vendría a significar que el Derecho del Trabajo dejaría de proteger al sujeto que pretendió proteger desde su nacimiento. La necesidad de interpretar el Derecho conforme a la realidad del momento en el que se debe aplicar, hace necesario encontrar diversas fórmulas que permitan seguir entendiendo que aquél que vive de su trabajo estará protegido por esta disciplina.

No obstante, en este estudio, no se considera oportuna la aplicación en bloque de toda la normativa laboral para este nuevo tipo de trabajador. El trabajador que presta servicios en una plataforma virtual sufre unos riesgos diferentes al trabajador común y requiere una protección a medida. Por ello, se propone la creación de una relación laboral especial que contenga las particularidades observadas, modificando aquellos preceptos que son incompatibles con el nuevo modelo de relaciones laborales y adaptándolo a las especialidades de la nueva industria.

La inacción del legislador vendrá a significar que las nuevas empresas se impondrán en el mercado. El simple hecho de que puedan actuar sin los costes derivados de la aplicación del Derecho del Trabajo les asegurará poder prestar los servicios en mejor posición que las empresas de la competencia que sigan el modelo tradicional. De esta forma, las ventajas competitivas del nuevo modelo de negocio no nacen de una mejor organización ni de una mayor productividad, sino de la simple inaplicación de las normativas laborales.

En este sentido, el objetivo perseguido con la aplicación de la normativa laboral para este nuevo tipo de trabajadores *cuasi-independientes* no solo será proteger a los que viven de su trabajo⁶⁷ sino también evitar la competencia desleal y el *dumping* social⁶⁸ que, de lo contrario, acabará con todas las empresas que intenten mantener el modelo clásico, dejando únicamente unas pocas empresas en cada sector que actuarán de forma monopolística.

Fecha recepción: 18.11.2015

Fecha aceptación: 27.11.2015

⁶⁷ PÉREZ DE LOS COBOS, F., “El trabajo subordinado como tipo contractual...”, op. cit., p. 48

⁶⁸ RODRÍGUEZ-PIÑERO, M., “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador...”, op. cit., p. 27.