

El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral:

Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad

César Otero Gurruchaga

Abogado laboralista en *Laffer Abogados*

El crecimiento de la economía colaborativa en los últimos años ha propiciado la irrupción de nuevas formas de trabajo hasta hace poco desconocidas, entre las que destaca la prestación de servicios a través de plataformas virtuales. Estas plataformas recurren a una suerte de externalización productiva, conocida como *crowdsourcing*, consistente en ofrecer la prestación de un servicio a través de un llamamiento a una red indefinida de “colaboradores” unidos por un contrato de arrendamiento de servicios y formalmente encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Este nuevo tipo de prestación de servicios, que tradicionalmente eran realizados por empleados por cuenta ajena, comporta una serie de particularidades, como un mayor grado de independencia y una desvirtuación de la ajenidad, que la alejan del clásico concepto de empleo por cuenta ajena creando cierta incertidumbre jurídica a la hora de encuadrarlos en nuestro Derecho.

Ante esta nueva realidad laboral es preciso preguntarse: ¿Qué encaje tienen estas nuevas formas de prestación de servicios en nuestro Derecho? ¿Sería conveniente crear un marco regulador específico o nuestro Derecho Laboral y nuestros Tribunales tienen la suficiente capacidad de encaje como para asimilar sin problemas estas nuevas formas de trabajo?

**El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el
Derecho Laboral: Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad**

| | | |
|------------|---|-----------|
| I. | LAS NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS Y SU COMPLICADO ENCAJE EN EL DERECHO LABORAL | 7 |
| A- | UNA NUEVA REALIDAD DE TRABAJADOR EN LA FRONTERA DEL DERECHO LABORAL | 7 |
| 1. | <i>El concepto de prestación de servicios a través de plataformas virtuales.....</i> | 7 |
| 2. | <i>Las peculiaridades de la relación de los trabajadores de la economía colaborativa; en la frontera del trabajo por cuenta ajena.....</i> | 9 |
| B- | EL ENCAJE DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN NUESTRO MARCO NORMATIVO | 12 |
| 1. | <i>El marco normativo aplicable</i> | 12 |
| 2. | <i>Análisis de las notas de laboralidad en la relación de los trabajadores de la economía colaborativa.....</i> | 16 |
| 3. | <i>La excepción del artículo 1.3 g) E.T. para los transportistas y su posible aplicación a los conductores de Uber y Cabify</i> | 24 |
| 4. | <i>La externalización completa de la propia actividad y sus posibles consecuencias jurídicas</i> | 26 |
| II. | EL INMINENTE DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE UN MARCO NORMATIVO ESPECÍFICO | 28 |
| A. | LA CUESTIONADA SUFICIENCIA DEL DERECHO LABORAL Y SUS TRIBUNALES COMO MARCO REGULADOR DE LAS NUEVAS FORMAS DE TRABAJO..... | 28 |
| 1. | <i>La versatilidad y solidez del asentado Derecho del Trabajo español.</i> | 28 |
| 2. | <i>La difusa frontera de la laboralidad como justificación para una especificación legislativa; casuística de becarios, alterne y prostitución o falsos autónomos... ..</i> | 29 |
| B. | EL DEBATE SOBRE LA NECESIDAD DE UNA REGULACIÓN ESPECÍFICA DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS VIRTUALES | 30 |
| 1. | <i>Las directrices de la Unión Europea para establecer una regulación específica para la economía colaborativa.....</i> | 30 |
| 2. | <i>La perspectiva de un cambio de era de las Relaciones Laborales y la creación de un marco normativo ad hoc</i> | 30 |

El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral:

Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad

«El Derecho del Trabajo, es Penélope convertida en jurista»

(Gérard Lyon-Caen¹)

Cuando en una nevada tarde parisina del año 2008 Travis Kalanick y Garrett Camp (fundadores de Uber) aguardaban impacientemente la llegada de un taxi, no eran conscientes de que la idea que iban a concebir durante aquella espera revolucionaría el mundo del trabajo. El concepto era simple, pulsar un botón y conseguir un viaje a través de una plataforma virtual. Sin necesidad de comprar vehículos y operando mediante colaboradores autónomos, los conductores tendrían una amplia flexibilidad para elegir cuando trabajar y el coste del negocio sería muy reducido². En poco tiempo, el sistema de negocio propuesto por Uber ha ido extendiéndose como la pólvora a multitud de sectores, convirtiéndose en un fenómeno global³ que ha transformado el modelo de prestación de

¹ Considerado uno de los padres fundadores del Derecho Laboral francés, G.Lyon-Caen alude a la fábula de la tela de Penélope y a la teoría de “*corsi e ricorsi*” de G. Vico para explicar que “*hemos de apoyarnos necesariamente en instituciones tradicionales que redescubrimos, si es necesario, para promover reformas*”. (*Le droit du travail. Une technique reversible*. Dalloz, 1995, p. 3-8)

² Adam Lashinsky, *Wild Ride: Inside Uber's Quest for World Domination*. Penguin UK, 2017

³ De igual modo que los revolucionarios sistemas de producción ideados por Henry Ford y Frederick W. Taylor dieron lugar al “*fordismo*” y al “*taylorismo*” respectivamente, el modelo de

servicios hasta ahora conocido, deparando un reto inestimable para todas las áreas del Derecho y especialmente para el Derecho Laboral.

Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro. Dentro de la economía colaborativa, requiere especial atención para el Derecho Laboral una modalidad de externalización productiva, conocida como *crowdsourcing*, consistente en llevar a cabo la prestación de un servicio a través de un llamamiento a una red indefinida de personas.

Este modelo, que puede ser utilizado como un método de externalización total de los servicios de una compañía, requiere la interacción de tres agentes: i) prestadores de servicios; ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que, a través de una plataforma en línea, conectan a los prestadores con los usuarios y facilitan las transacciones entre ellos (plataformas virtuales). La plataforma sirve de intermediario entre el usuario que solicita la realización de una tarea y el prestador de servicios que la realizará. Los prestadores de servicios reciben de la plataforma una contraprestación por los servicios realizados, de la cual se descuenta un porcentaje por gastos de gestión de la misma. Generalmente, dicho abono solo se realiza cuando la prestación de servicios ha concluido de manera satisfactoria para el usuario y, en todo momento, los prestadores de servicios pueden decidir si aceptar o rechazar la solicitud de encargo.

En la práctica, y de manera generalizada, la relación existente entre la plataforma que actúa de intermediaria y el prestador de servicios que decide realizar una tarea encomendada por un usuario se está articulando a través de contratos civiles o mercantiles de arrendamiento de servicios, utilizando la figura del trabajador autónomo para la ejecución de un trabajo que tradicionalmente venía siendo realizado por empleados por cuenta ajena.

Esta nueva forma de trabajo, llevada a cabo por una persona física que es contratada para la ejecución de una microtarea, comporta una serie de particularidades como, por ejemplo, un mayor grado de independencia o una desvirtuación de la ajenidad, que alejan a esta del tradicional concepto de empleo por cuenta ajena.

prestación de servicios creado por Uber ha propiciado que se hable del fenómeno de la “*uberización*” de la economía, término que ha llegado a ser incluido en 2017 en los prestigiosos diccionarios franceses *Robert Illustré* y *Petit Larousse*

Ante la aparición de esta nueva realidad laboral es inevitable preguntarse: ¿Qué encaje tienen estas nuevas formas de prestación de servicios dentro de nuestro marco normativo? ¿Sería conveniente crear un marco regulador específico o nuestro Derecho Laboral y nuestros Tribunales tienen la suficiente capacidad de encaje como para asimilar sin problemas estas nuevas formas de trabajo?

Para dar respuesta a esta problemática conviene analizar las nuevas formas de prestación de servicios y su complicado encaje en el Derecho Laboral (I) para, a continuación, plantearse el inminente debate sobre la necesidad de un marco normativo específico para la economía colaborativa (II).

I. Las nuevas formas de prestación de servicios y su complicado encaje en el Derecho Laboral

A. Una nueva realidad de trabajador en la frontera del Derecho Laboral

1. El concepto de prestación de servicios a través de plataformas virtuales

Sin existir hoy en día consenso al respecto, la economía colaborativa puede definirse como “*aquellos 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*”⁴.

A la hora de denominar este nuevo fenómeno, con más o menos acierto, se emplean indistintamente multitud de términos como *sharing economy*, *consumo*

⁴ Comunicación, de 2 de junio de 2016, 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”. COM (2016) 356 final

colaborativo, economía circular, uber economy, gig economy o prestación de servicios a través de plataformas virtuales, entre otros.

Dentro de la prestación de servicios a través de plataformas virtuales, los modelos de negocio pueden dividirse⁵ en:

- Negocios basados en la ejecución de una tarea completamente *online*, denominados *online labour markets (OLMs)* o *crowdsourcing online* – por ejemplo, el negocio de Amazon M. Turk, consistente en la ejecución de sencillas microtareas *online* por parte de colaboradores que prestan sus servicios desde cualquier lugar del mundo-, y, por otro lado, aquellos negocios que requieren la ejecución manual de esta, denominados *mobile labour markets (MLMs)* o *crowdsourcing offline* – por ejemplo, el negocio de Uber o Cabify, consistente en la realización de viajes por conductores colaboradores de la plataforma-, que por defecto requieren de una ejecución geográficamente localizada, lo que implica la asunción de un marco legal específico en función del lugar de ejecución de la tarea.

- A su vez, estos negocios también pueden dividirse en función del espectro funcional de la plataforma virtual, distinguiendo *crowdsourcing genérico* -por ejemplo, el negocio de TaskRabbit, consistente en realizar cualquier tipo de tarea (limpieza, mudanzas, reparto, etc.) a través de sus colaboradores-, y *crowdsourcing específico* -por ejemplo, el negocio de Deliveroo, consistente en realizar específicamente tareas de reparto a través de sus colaboradores-.

Esta última diferenciación, basada en la especificidad de los servicios prestados, tiene también sus consecuencias en el grado de control en la ejecución de la tarea, al tratarse de un negocio concreto sobre el cual la plataforma suele establecer un estándar de cumplimiento determinado, lo que propicia una menor autonomía de sus prestadores de servicios a la hora de organizar y ejecutar su trabajo.

La diferenciación basada en el espectro de negocio de la plataforma goza de gran importancia a la hora de determinar si la plataforma es simplemente un mero medio de intercambio de información entre solicitantes y prestadores de servicios, perteneciente al

⁵ Celikel Esser, Funda, “The European Collaborative Economy: A research agenda for policy support”, Joint Research Centre (JRC), 2016, p.10

sector de los servicios de la sociedad de la información (beneficiándose del principio de libre prestación de servicios en la UE), o si por el contrario la actividad de ciertos tipos de compañías de *crowdsourcing offline específico* ha de subsumirse en algún sector concreto de actividad⁶.

Entre todas estas plataformas virtuales, son aquellas dedicadas al *crowdsourcing offline específico* las que han alcanzado un alto grado de popularidad y eco mediático⁷ en nuestro país, debido a las particularidades que presentan los servicios prestados por este tipo de trabajadores-colaboradores.

2. Las peculiaridades de la relación de los trabajadores de la economía colaborativa; en la frontera del trabajo por cuenta ajena

Cuando un usuario se dirige a una plataforma de *crowdsourcing offline específico* lo hace esperando recibir la prestación de un servicio concreto con un determinado estándar de calidad. Esta característica hace que gran parte de las empresas que operan a través de este tipo de plataformas ejerzan un control mucho mayor sobre sus colaboradores-trabajadores que el que puede ejercer una plataforma de *crowdsourcing* genérico que opere como un simple tablón de anuncios virtual en el que se ofrezcan pluralidad de servicios, ya que el éxito de su negocio consiste en crear una imagen de marca con una determinada reputación.

Este tipo de plataformas opera por lo general a través de colaboradores-trabajadores con quienes suscribe un contrato civil o mercantil de arrendamiento de servicios, los cuales se dan de alta (normalmente *ex profeso* para poder trabajar para la plataforma) en el Régimen Especial de Trabajadores autónomos (RETA). En la práctica,

⁶ En este sentido apunta en sus Conclusiones, de 11 de mayo de 2017, el Abogado General en el asunto C-434/15 -a falta de pronunciamiento por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE)- que, “la plataforma electrónica Uber pertenece al ámbito del transporte, de modo que puede obligarse a Uber a disponer de las licencias y autorizaciones requeridas por el Derecho nacional”.

⁷ Trabajadores-colaboradores de la empresa Deliveroo, dedicada al reparto de comida a domicilio, han convocado diversos paros a lo largo de 2017, en protesta por las condiciones de prestación de sus servicios (<http://www.efeagro.com/noticia/repartidores-deliveroo-guerra/>)

el desempeño de su labor suele presentar una serie de características comunes que hacen a esta relación de trabajo un tanto peculiar, entre las cuales cabe destacar:

- **Personas físicas:** Los prestadores de servicios de las plataformas virtuales son personas físicas unidas formalmente a estas por contratos mercantiles de prestación de servicios y sin trabajadores a su cargo.
- **Necesidad de autorización previa para acceder a la plataforma como prestador de servicios:** El prestador de servicios necesita superar un proceso de autorización para acceder a la plataforma virtual y poder acceder a las solicitudes de los clientes. Este proceso de autorización puede requerir en algunos casos acreditación de capacidades profesionales, de autorizaciones administrativas para el ejercicio de la profesión, de los medios materiales suficientes para prestar los servicios, del alta en el RETA, o incluso requerir una entrevista personal.
- **Coste del servicio y comisión prefijados por la plataforma:** El precio del servicio está prefijado por la plataforma, sin que el prestador de servicios pueda determinar la tarifa de la prestación ni tenga margen de negociación, permitiéndose únicamente en ocasiones la posibilidad de que el prestador acuerde con el cliente una reducción del precio del servicio, pero no un aumento del mismo. Del igual modo, el prestador de servicios pagará un porcentaje del precio de su servicio a la plataforma, siendo este porcentaje fijado unilateralmente por la plataforma.
- **Pago del servicio por parte de la plataforma y no por el cliente:** Una vez realizado el servicio, el cliente realiza el pago a la plataforma y no directamente al prestador del servicio.
- **Desactivación discrecional por parte de la plataforma:** La plataforma mantiene el poder discrecional de deshabilitar el acceso del prestador de servicios a la misma, impidiéndole trabajar más a través de ella. Por lo tanto, si la plataforma no estuviese satisfecha con el desempeño del trabajo del colaborador, no le fuese rentable por rechazar servicios o por cualquier otra causa que discrecionalmente aprecie, tiene el poder de extinguir unilateralmente la relación profesional desactivándole el acceso a la plataforma virtual.

- Elección de horario y aceptación de servicios: El prestador de servicios dispone de libertad para fijar el horario en el que estará disponible para aceptar servicios. Del mismo modo, también dispone de libertad para aceptar servicios propuestos por los clientes. Aun así, ciertas plataformas sancionan con la desactivación del acceso a la misma cuando el prestador de servicios rechaza⁸ determinada cantidad de servicios propuestos por clientes.
- Asunción de un manual de buenas prácticas: El prestador de servicios asume la obligación de llevar a cabo su trabajo de acuerdo con unas pautas concretas⁹ fijadas por la plataforma, recortando su autonomía en la forma de organizar y ejecutar su trabajo. Se trata de manuales de buenas prácticas que, formalmente, no son vinculantes, pero en la práctica pueden conllevar la desactivación del prestador de servicios.
- Asunción de gastos y aportación de medios: El prestador de servicios, de manera previa, debe figurar de alta en el RETA, aportar el material necesario para la prestación de servicios (vehículo, material de bricolaje, instrumentos de limpieza, etc.) así como asumir los gastos propios derivados de su actividad.
- Asunción de riesgo de accidente: Siendo formalmente trabajadores autónomos, los prestadores de servicios asumen los riesgos en caso de accidente.
- Número mínimo de servicios garantizado: Algunas plataformas aseguran a los prestadores de servicios un número mínimo de trabajos asignados por franja horaria o día, asegurando así un determinado nivel de ingresos mínimo.

⁸ En el caso de Uber, su “Manual del Conductor” estipula: “*Esperamos de nuestros conductores en servicio que acepten todos los servicios propuestos*”. (Véase, Caso *Douglas O’Connor vs Uber Technologies, Inc.* U.S. District Court, Northern District of California (San Francisco), II Discussion, apartado D)

⁹ El “Manual del conductor” de Uber recomienda al conductor mantener la radio del vehículo apagada o con música suave de jazz, abrir la puerta al cliente o vestir de manera profesional (Véase, Caso *Douglas O’Connor vs Uber Technologies, Inc.* U.S. District Court, Northern District of California (San Francisco), II Discussion, apartado D)

Como puede comprobarse, la figura del prestador de servicios de plataformas virtuales de *crowdsourcing* específico no responde al clásico perfil del trabajador por cuenta ajena, disponiendo de una mayor independencia, pero al mismo tiempo no cuenta con toda la libertad propia de un trabajador autónomo al uso a la hora de organizar, dirigir y ejecutar su trabajo. Es por ello por lo que debido a la peculiaridad y novedad de este modelo el encaje de este tipo de trabajadores arroje ciertos interrogantes a la hora de su encuadramiento en nuestro marco jurídico.

B. El encaje de la economía colaborativa en nuestro marco normativo

1. El marco normativo aplicable

a) La disyuntiva entre la relación laboral y el trabajo autónomo

A la hora de determinar la naturaleza de la relación existente entre el prestador de servicios y la plataforma virtual, y utilizar una figura jurídica para articular esta, el debate suele reducirse a concretar si la misma ha de ser considerada como laboral, en base al concepto tradicional de trabajador por cuenta ajena, o si por el contrario el colaborador será un trabajador autónomo.

Es decir, las posibilidades normativas al alcance de los sujetos objeto de este tipo de prestación de servicios, suelen moverse entre la figura del trabajador propuesta por el art.1 del Estatuto de los Trabajadores (ET), y por ende siendo de aplicación en bloque la normativa laboral y de Seguridad Social propiamente dicha del trabajador ordinario por cuenta ajena, y el marco normativo aplicable, en gran parte propio del Derecho Privado, en base a la figura de trabajador autónomo de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo (LETA) y sus especificidades en materia de Seguridad Social.

Tanto el Estatuto de los Trabajadores como la LETA, definen su ámbito de aplicación subjetivo, pudiendo encajar *a priori* la prestación profesional de servicios de este tipo de colaboradores en uno u otro marco legislativo en función de las circunstancias concretas de la actividad realizada. Dada la importancia de su literalidad, a efectos del

presente estudio, conviene recordar lo dispuesto expresamente por ambas normas a este respecto.

Por su parte, el art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores considera incluidos en 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*”, mientras que el párrafo primero del art. 1.1 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, considera que serán trabajadores autónomos “*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. Esta actividad autónoma o por cuenta propia podrá realizarse a tiempo completo o a tiempo parcial*” (aunque, de manera transitoria este apartado se encuentra suspendido de vigencia y aplicación en lo relativo a los trabajadores por cuenta propia que ejerzan su actividad a tiempo parcial hasta 1 enero 2019 por la disposición final 17.1 de Ley núm. 3/2017, de 27 de junio).

Pese a que la articulación legal de este tipo de relaciones entre una plataforma virtual y los colaboradores que prestan sus servicios a través de ella parece dirimirse entre la figura del tradicional trabajador por cuenta ajena del art. 1.1 del Estatuto de los Trabajadores y el clásico trabajador autónomo definido por el art. 1.1 LETA, lo cierto es que existen otras alternativas legales más allá de esta clásica disyuntiva.

b) Figuras alternativas; TRADE y cooperativas de trabajo asociado

El encuadramiento de este tipo de prestadores de servicios puede ir más allá de la simple dicotomía entre trabajador ordinario por cuenta ajena y trabajador autónomo. Existen formas alternativas para regular el marco de actuación de estos trabajadores.

(1) Trabajadores autónomos económicamente dependientes

El posible encuadramiento de los prestadores de servicios del *crowdsourcing* específico como trabajadores autónomos económicamente dependientes o TRADE no ha

de verse como un encuadramiento en una figura a medio camino entre el tradicional trabajador por cuenta ajena y el trabajador autónomo, ya que el TRADE es íntegramente un trabajador autónomo con todas las notas que caracterizan a estos y ajeno a la definición de trabajador del Estatuto de los Trabajadores.

Ha de tenerse en cuenta que el TRADE es una subcategoría enmarcada en la prestación autónoma de servicios, regulada principalmente por la LETA y caracterizada por las notas definitorias del trabajo autónomo; carácter personal y directo, habitual y a título lucrativo, y por cuenta propia, lo que entraña la apropiación de los frutos o productos del trabajo, directa y automáticamente, por el propio trabajador, asumiendo los riesgos económicos o de resultado propios de la actividad que realice, así como la autonomía en la prestación del servicio.

De acuerdo con el art. 11 LETA, TRADE es el autónomo que realiza una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que depende económicamente por percibir de él, al menos el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales. Se considera cliente a estos efectos a la persona física o jurídica para la que se realiza la actividad económica o profesional de referencia (art. 1.2 RD 197/2009).

Por lo tanto, al estudiarse el encuadramiento como TRADE de este tipo de prestadores de servicios ha de prestarse atención principalmente al grado de dependencia económica y al cumplimiento del resto de condiciones impuestas por el art. 11.2 y 3 LETA (no tener trabajadores a cargo, no subcontratar con terceros, no ser titular de un establecimiento comercial, etc.), pero teniendo claro que el TRADE no es la figura de un trabajador a medio camino entre el trabajador autónomo y el trabajador por cuenta ajena fruto de una disipación de las tradicionales notas de laboralidad.

De este modo, sólo podría considerarse que estos prestadores de servicios de *crowdsourcing* específico son TRADE de entenderse que no concurren en ellos las notas de laboralidad propias del trabajo por cuenta ajena, pero que sí disponen de ese grado de dependencia económica exigida. En tal caso, entre las grandes ventajas que aportaría esa consideración a este tipo de trabajadores se encontraría la del acceso al Orden Jurisdiccional Social y la subsunción a “Acuerdos de Interés Profesional” (AIP) como particular fuente de regulación de sus contratos.

(2) Cooperativas de trabajo asociado

Junto a las figuras jurídicas más obvias a la hora de encuadrar la actividad de los prestadores de servicios a través de plataformas virtuales (trabajador por cuenta ajena, autónomo o TRADE) es posible añadir otras figuras capaces de articular el trabajo desempeñado por este tipo de profesionales, como el marco legal que regula las cooperativas de trabajo asociado.

El trabajo realizado por los prestadores de servicios a través de plataformas virtuales puede escapar de aquella relación bidireccional entre la plataforma y el trabajador (autónomo o no) desde el momento en el que estos repartidores, cocineros a domicilio, conductores, costureros, etc., decidan agruparse en torno a la figura legal de la cooperativa, regulada principalmente por la Ley 27/1999, de 16 de julio, de Cooperativas (LCoop), así como por las diferentes leyes autonómicas¹⁰ de cooperativas, cuyos socios están excluidos del ámbito de aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

Las cooperativas de trabajo asociado *“tienen por objeto proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante su esfuerzo personal y directo, a tiempo parcial o completo, a través de la organización en común de la producción de bienes o servicios a terceros”* (art. 80.1 LCoop), siendo su finalidad, por tanto, asociar a personas físicas para proporcionarles trabajo. El trabajo en estas cooperativas se presta, con carácter general, por sus socios trabajadores. Se trata, por tanto, de una relación societaria cuyo objeto es una prestación de trabajo o de servicios que no tiene carácter propiamente laboral o asalariado (aunque existe la posibilidad de contratar trabajadores asalariados para realizar un número limitado de horas al año de trabajo [art. 80.7 LCoop]). Basadas en unos estatutos democráticos, las cooperativas asignarían los trabajos propuestos por la plataforma virtual a sus socios-trabajadores, y estos se verían amparados por un marco regulatorio algo más protector que aquel que dispondrían siendo trabajadores autónomos propiamente dichos (tiempo de trabajo, permisos, retribución periódica, prevención de riesgos laborales, etc.).

¹⁰ Excepto Canarias, única Comunidad Autónoma que no dispone de una ley propia de cooperativas

De este modo podría utilizarse esta figura jurídica para ir más allá de esa relación bidireccional plataforma-prestador de servicios, vinculando laboralmente a tres partes, esto es, plataforma, cooperativa y socio-trabajador, articulándose en base a una externalización de servicios a través de una contrata entre plataforma y cooperativa.

Si bien la institución de la cooperativa puede usarse como mecanismo plenamente legal para la externalización¹¹ de la propia actividad de una compañía¹², también es cierto que esta figura puede utilizarse en fraude de ley interponiendo la cooperativa como instrumento para llevar a cabo una cesión ilegal de trabajadores¹³ o una relación laboral encubierta¹⁴.

No se trata, a efectos de este estudio, de instalar el debate basado en si la cooperativa debe o puede ser la figura jurídica que enmarque este tipo de relaciones de prestación de servicios, sino únicamente de aportar una alternativa dentro nuestra actual legislación que pueda dar salida a la situación profesional de una multitud de nuevos trabajadores que buscan amparo en un marco legal, ya que el debate principal sobre esta nueva realidad se centra actualmente en determinar la existencia o no de relación laboral en base a la presencia de notas de laboralidad en este tipo de trabajadores de la economía colaborativa.

2. Análisis de las notas de laboralidad en la relación de los trabajadores de la economía colaborativa

Con independencia de la calificación otorgada por las partes al contrato en virtud del cual estas configuren su relación de prestación de servicios la misma no vinculará a los órganos judiciales, ya que es doctrina asentada por nuestro Tribunal Supremo¹⁵ que

¹¹ Cfr. Luis Ramón Martínez Garrido, "Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado", RMTyAS -Derecho del Trabajo-, núm. 38,2002

¹² STS (Sala de lo Social) de 17 diciembre 2001. RJ 2002\3026: "(...) podría darse una situación de prestamismo prohibido si hubiera una explotación de mano de obra mediante la apropiación de parte de los beneficios por un tercero que nada aporte a la realización del servicio. Pero tal proceder no puede presumirse en una cooperativa de trabajo asociado en la que los resultados de la explotación han de recaer necesariamente sobre los socios"

¹³ STSJ Castilla-La Mancha, (Sala de lo Social) nº1045/2000 de 21 septiembre AS\2000\3225

¹⁴ STSJ Aragón, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº10/2006 de 4 enero JUR\2006\106221

¹⁵ STS (Sala de lo Social) de 8 octubre 1987. RJ 1987\6970

“la naturaleza jurídica de un acto o contrato no está en la calificación que derive de los términos empleados en los mismos sino en el contenido de los derechos y obligaciones que encierra”¹⁶. Por ello, el hecho de que en la práctica los prestadores de servicios de plataformas virtuales estén formalmente unidos por un contrato de arrendamiento de servicios y dados de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos no impida su calificación como una relación laboral ordinaria por cuenta ajena.

La línea de separación entre el contrato mercantil o civil y el laboral es muchas veces borrosa y de fronteras imprecisas¹⁷, y en el caso de este nuevo tipo de trabajadores, debido a las particularidades de su relación de prestación de servicios, caracterizados por tener un nivel de dependencia bajo en comparación con el tradicional concepto de trabajador, la línea que separa uno y otro contrato se vuelve aún más difusa.

En términos generales, las empresas de *crowdsourcing* se insertan dentro de ese nuevo paradigma que otorga un amplio margen de independencia a sus prestadores de servicios en ciertos ámbitos, pero cada plataforma virtual opera con sus concretas normas para con sus trabajadores, en un sector determinado y con un sistema de trabajo específico. Por ello, para analizar bajo qué tipo de relación jurídica ejercen su labor este tipo de prestadores de servicios “*han de valorarse con cuidado las circunstancias concurrentes en cada caso; y si no puede precisarse con exactitud si los servicios prestados constituyen un arrendamiento de servicios regulados por el Código Civil o un contrato de trabajo ordenado por el Estatuto [de los Trabajadores] (...), [habrá que] optar por la aplicación de este último*”¹⁸, aplicando la presunción de laboralidad impuesta por los artículos 1.1 y 8.1 ET. Sin embargo, para que la presunción de laboralidad pueda ser aplicable, nuestro Tribunal Supremo¹⁹ considera que han de concurrir todas las notas tipificadoras del trabajo asalariado, de manera que, si no queda constatada su existencia, no es posible emplear tal presunción²⁰.

STS (Sala de lo Social) de 27 mayo 1992. RJ 1992\3678

STS (Sala de lo Social) de 25 enero 2000. RJ 2000\1312

STS (Sala de lo Social) de 25 enero 2000. RJ 2000\1312

¹⁶ STS (Sala de lo Social) de 8 octubre 1987. RJ 1987\6970

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Ibid.

¹⁹ STS (Sala de lo Social) de 25 marzo 1991. RJ 1991\1894

²⁰ Cfr. Naiara Rodríguez Elorrieta, “El falso autónomo: características y medidas encaminadas a su protección”, Revista Aranzadi Doctrinal núm. 7/2016

Al aplicar el tradicional test de laboralidad a los prestadores de servicios de plataformas virtuales, se ha de partir de la premisa de que en ningún momento se cuestiona la ausencia de voluntariedad en la prestación, por lo que el análisis se deberá centrar en las demás notas de laboralidad contenidas en el art. 1 ET, mediante la comprobación de un haz de indicios o hechos indiciarios.

a) **Trabajo personal prestado por una persona física insustituible**

El carácter personalísimo de la relación laboral implica que el trabajador asalariado únicamente puede serlo la persona física, carácter que no concurre cuando el prestatario del servicio puede sustituir la persona que realice el servicio sin necesidad de consentimiento del empresario²¹, aunque en ciertos supuestos se puede considerar que esa sustitución esporádica no es óbice para la calificación de relación laboral²².

Los prestadores de servicios de plataformas virtuales de *crowdsourcing* son personas físicas que realizan su trabajo de manera directa, cuya reputación por medio de valoraciones de los clientes que figuran en su perfil virtual mediante un sistema de puntuación, deja constancia ese carácter personalísimo. La imposibilidad de sustitución queda reflejada en el hecho de que el servicio concreto o *microtarea* es encargada a una persona concreta, identificada en su perfil virtual mediante una serie de datos personales, incluida su valoración como profesional basada en su historial de clientes.

b) **Ajenidad**

La ajenidad parte del presupuesto de que quien realiza el trabajo o actividad productiva “*es un extraño tanto respecto a sus resultados como respecto a su organización*”²³. De tal modo, los resultados o utilidades de la actividad realizada por del

²¹ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 17 junio 2010. RJ 2010\2707

²² Entre otras: STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 20 enero 2015. RJ 2015\456, STS (Sala de lo Social) de 25 enero 2000. RJ 2000\1312, STSJ Cataluña, (Sala de lo Social) nº4755/2002 de 25 junio. AS 2002\2593; referidas a supuestos de limpiadoras que se hacen sustituir por un familiar de manera esporádica para realizar el servicio encomendado

²³ José Luis Monereo Pérez, “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5/2009 4/2009

trabajador son adquiridos de manera originaria por el empleador²⁴. La ajenidad puede observarse desde tres planos diferentes: ajenidad en los frutos, ajenidad en los riesgos y ajenidad en el mercado.

En cuanto a la ajenidad en los frutos o en el resultado del trabajo, ha de entenderse por frutos no sólo los productos tangibles, sino cualquier clase de aprovechamiento y utilidad económica consecuencia del trabajo realizado. De tal modo, existirá ajenidad cuando la propiedad del fruto, así entendido, se atribuya a otra persona, física o jurídica, de forma originaria y automática. No obstante, a la hora de analizar este tipo de ajenidad en el marco de una prestación de servicios como la realizada a través de plataformas virtuales se plantean ciertas disfuncionalidades prácticas, ya que, si el concepto es operativo sin problemas cuando se trata de frutos materiales, resulta, sin embargo, problemático cuando se aplica a servicios no materializados. Es por ello conveniente que el análisis se dirija también hacia otra dimensión de la ajenidad, la ajenidad en los riesgos, donde *“se trata de precisar para quién se pierde el fruto o la utilidad del trabajo malogrado”*²⁵.

La ajenidad en los riesgos supone que el trabajador no participa económicamente en los beneficios o pérdidas derivados de la explotación, ya que será el empresario quien soporte la incertidumbre económica derivada del funcionamiento de la empresa.

La ajenidad en el mercado ha de entenderse presente cuando el producto no pasa directamente del trabajador al mercado, sino que lo hace a través de la empresa, adoptando todas las decisiones relativas al mismo (precio de venta, clientes, localización de la actividad, etc.).

A efectos de determinar la existencia de laboralidad, la aportación de medios propios por parte de los prestadores de servicios, como puede ser, por ejemplo, un vehículo (en el caso de repartidores y transportistas), materiales de limpieza (en el caso de limpiadores) o materiales de bricolaje (en el caso de técnicos de bricolaje a domicilio), no desvirtúa la naturaleza de la relación que pueda existir entre plataforma virtual y prestador de servicios²⁶.

²⁴ Cfr. José Luis Monereo Pérez, “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5/2009 4/2009

²⁵ Ibid.

²⁶ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 30 abril 2009. RJ 2009\2629

Los prestadores de servicios de las plataformas virtuales, generalmente, carecen de capacidad fijar el precio del trabajo realizado, ya que será la propia plataforma la que impondrá la tarifa a pagar por el cliente, pudiendo estos únicamente reducir el precio fijado por la plataforma, reduciendo consecuentemente sus ingresos, de modo que esta imposición de una tarifa por parte del empresario²⁷ resulta un indicio de ajenidad. Igualmente, la selección de la clientela e indicación de servicios a atender se orientan en idéntica dirección²⁸, ya que, aunque teóricamente el prestador de servicios puede aceptar o rechazar los servicios prestados, la plataforma tiene la capacidad de desactivar el acceso a la misma si considera que se han rechazado demasiados servicios propuestos. Siendo asimilable esta desactivación a un despido, la supuesta libertad para aceptar o rechazar servicios propuestos, se convierte en la práctica en una obligación de atender a los clientes propuestos para los prestadores de servicios ante la amenaza de una extinción de la relación que les aporta carga de trabajo. Es así, que habrá de entenderse que también es la plataforma la que realiza la selección de la clientela e indicación de servicios a atender.

Es habitual también que, con independencia de si el cliente ha ingresado en tiempo y forma el precio del trabajo realizado a la plataforma virtual, esta garantice el pago al prestador de servicios por los trabajos realizados liberando al mismo de responsabilidad por impagos de los clientes finales. De darse este supuesto, se apuntaría de nuevo a otro indicio de ajenidad. *A contrario*, cuando al trabajador se le retribuya por comisiones y estas se hacen efectivas sólo respecto a cantidades que hayan sido recaudadas, no concurriría la mencionada nota²⁹, puesto que, en tal caso, el prestador de servicios correría con los riesgos propios de su actividad.

Otro indicio de ajenidad se presentaría en el hecho de que el prestador de servicios realiza el trabajo en nombre de la plataforma, dado que cuando un cliente se dirige a una plataforma virtual de *crowdsourcing* específico lo hace, en general, buscando satisfacer una necesidad precisa con independencia de quién sea la persona concreta que realizará el trabajo, al presuponer el cliente que dispondrá de un amplio abanico de profesionales que prestarán un servicio bajo un concreto estándar de calidad. Cuando un cliente contrata los servicios de Deliveroo, Uber o Cabify, la *ratio decidendi* de su solicitud no se basará en buscar a un repartidor o conductor concreto, se encuentre cerca o lejos de su destino,

²⁷ STS (Sala de lo Social) de 29 diciembre 1999. RJ 2000\1427

²⁸ Ibid.

²⁹ STS (Sala de lo Social) de 23 octubre 1989. RJ 1989\7310

y en caso de no encontrar a ese sujeto personalmente identificado desistir de encomendar el servicio a través de la plataforma virtual. Es por ello por lo que haya que considerarse, de modo general, que, de cierto modo la puesta a disposición de los frutos en forma de prestigio de marca e ingreso de dinero por servicio realizado se transfiera de manera originaria y automática a la plataforma virtual, ya que el cliente quedará satisfecho con el servicio prestado por la plataforma y abonará a esta, y no al prestador de servicios, el precio fijado por el trabajo realizado.

Por el contrario, factores como el *periculum obligationis* (imposibilidad de prestación) así como el riesgo respecto a la rentabilidad del producto en la relación de mercado contribuyen a disipar la nota de ajenidad. De tal modo, en ocasiones, la imposibilidad de prestar un concreto servicio por avería o indisposición, o el coste de los medios de producción (en especial los costes medios y marginales a corto plazo [gasolina, seguros, materias primas, etc.]) puedan hacer más o menos rentable la realización de cada servicio, siendo el prestador de servicios quien asuma ese riesgo de reducción de su rentabilidad.

c) **Subordinación o dependencia jurídica**

La subordinación o dependencia jurídica, no se trata de una subordinación absoluta, propia de los modelos de producción fordista y taylorista, sino que ha de entenderse como la inclusión del trabajador en el ámbito organicista de la empresa, es decir, integrado en el círculo rector y disciplinario del empresario³⁰, interpretando nuestros Tribunales de manera flexible la nota de dependencia. Esta flexibilización ha permitido apreciar la laboralidad en prestaciones de servicios en las que aparece muy atenuada.

En el caso de los prestadores de servicios a través de plataformas virtuales de *crowdsourcing*, la nota de dependencia se encuentra especialmente desdibujada, al tener estos profesionales un alto grado de autonomía en el ejercicio de su trabajo, pero contando al mismo tiempo con una notable subordinación en su relación con la plataforma virtual. En este tipo de relaciones sociales de tipo económico, ajenidad y dependencia llegan a

³⁰ STS (Sala de lo Social) de 27 mayo 1992. RJ 1992\3678; STS (Sala de lo Social) de 14 marzo 2005. RJ 2005\4175

ser indisociables, habiéndose llegado a decir que “*la dependencia es algo implícito en la ajenidad*”³¹, por lo que “*una y otra están vinculadas de tal modo que la ajenidad se proyecta y específica dinámicamente en la dependencia*”³².

Dentro de los indicios que conducen a la apreciación de la nota de dependencia, goza de especial relevancia, a efectos de analizar la relación de este nuevo tipo de prestadores de servicios, la inserción del trabajador en la organización del trabajo del empresario con respecto a la programación de su actividad, determinando el lugar, el modo de trabajo, los medios y el horario³³. Estos prestadores de servicios tienen libertad para elegir el horario de trabajo en el que estarán disponibles para aceptar trabajos, manifestándose en ese aspecto un grado de independencia que no suele disponer un trabajador por cuenta ajena en el sentido tradicional. Sin embargo, en otros aspectos de su relación de prestación de servicios, como la determinación del lugar de prestación de servicios, el modo de realizar su trabajo bajo las instrucciones de un manual de buenas prácticas o la programación de su actividad, ese grado de independencia se verá claramente reducido, siendo la plataforma quien fije los mismos. Igualmente, cabe apreciar como indicio conducente a la apreciación de la nota de dependencia, la imposibilidad de rechazar los asuntos propuestos³⁴ por la plataforma, bajo pena de desactivación.

Es innegable que el ámbito subjetivo del art.1 ET no ha dejado de ampliarse, incluyendo de manera progresiva a un número mayor de prestadores servicios, bien a través de excepciones legislativas, o bien a través de una interpretación con encomiable ductilidad de nuestros órganos judiciales de la dependencia y la ajenidad, “*con el ejemplo paradigmático de los mensajeros, objeto de una memorable sentencia casacional*”³⁵. En esta dinámica de laboralización de las prestaciones de servicios, es conveniente no olvidar que la flexibilización en la exigencia de la dependencia debe realizarse de manera rigurosa, “*so pena de vaciar de contenido otras posibles formas de colaboración o*

³¹ STS (Sala de lo Social) de 21 mayo 1990. RJ 1990\4993

³² José Luis Monereo Pérez, “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5/2009 4/2009

³³ STS (Sala de lo Social, Sección1ª) de 12 diciembre 2007. RJ 2008\524

³⁴ STS (Sala de lo Social) de 8 octubre 1992. RJ 1992\7622; STS (Sala de lo Social) de 10 julio 2000. RJ 2000\8326

³⁵ Luis Enrique de la Villa Gil, “El Derecho del Trabajo a mis 80 años”, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2015, en referencia a la STS (Sala de lo Social) de 26 febrero 1986. RJ 1986\834

*prestación de servicios por cuenta, o en interés, de terceros, contempladas en el ordenamiento jurídico como ajenas al Derecho del Trabajo*³⁶.

d) Retribución salarial

En cuanto al carácter retribuido de la prestación de servicios dispuesto en el art. 1.1ET (concepto que, por otro lado, liga con la nota de ajenidad), es preciso resaltar la amplitud del concepto legal de salario incluido en el propio Estatuto (art. 26ET) autoriza su cálculo y abono en diversas formas, incluidas las comisiones y la remuneración por acto, siendo así que, el salario por servicio prestado sea una fórmula válida tanto para una relación laboral ordinaria como para una relación de prestación de servicios con un trabajador autónomo.

Pero el hecho de que el precio del servicio sea fijado unilateralmente por la plataforma, o incluso de común acuerdo con el prestador de servicios, sin referencia a indicaciones corporativas tiende a inclinar la balanza hacia la laboralidad de la relación³⁷.

Existe una multiplicidad de modelos de prestación de servicios a través de plataformas virtuales, pero todas ellas suelen responder a una serie de características comunes en la relación que les une con sus prestadores de servicios, pero sigue siendo necesario acudir al análisis de cada caso concreto para interpretar las circunstancias concurrentes de cada uno mediante el método indiciario expuesto, bajo una presunción de existencia de laboralidad, salvo exclusión legal constitutiva, en cuyo caso, pese a concurrir todas las notas caracterizadoras de la relación laboral, quedará excluida de la aplicación del Estatuto de los Trabajadores.

³⁶ José Luis Monereo Pérez, “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, Revista Doctrinal Aranzadi Social núm. 5/2009 4/2009

³⁷ STS (Sala de lo Social) de 11 abril 1990. RJ 1990\3460

3. La excepción del artículo 1.3 g) E.T. para los transportistas y su posible aplicación a los conductores de Uber y Cabify

Toda relación de prestación de servicios que contenga todas las notas contenidas en el art. 1.1 ET gozará de una presunción de laboralidad, salvo que exista una excepción legal en contrario. Dentro de las múltiples excepciones a la presunción de laboralidad que nuestro legislador ha previsto, la contenida en el artículo 1.3 g) ET para personas prestadoras de servicios de transporte despierta un mayor interés, debido al gran impacto de la economía colaborativa en aquel sector.

Esta disposición, se introdujo en nuestro Estatuto a través de la disposición final 7ª de la Ley 11/1994, de 19 mayo, como resultado de una enmienda presentada en el Senado por Convergencia y Unió al texto remitido por el Congreso³⁸, en un contexto de crisis económica en España en el que la laboralización de miles de transportistas podría suponer una notoria contingencia para millares de empresas de un importante sector de la economía española de aquel momento.

En concreto, el art. 1.3 g) ET excluye del ámbito del Derecho del Trabajo a los transportistas que ejerzan su actividad: a) al amparo de autorizaciones administrativas de las que sean titulares, b) mediante el correspondiente precio, y c) con vehículos comerciales de servicio público cuya propiedad o poder directo de disposición ostenten.

El de transporte es un contrato típico y nominado que, “*sobre la base del arrendamiento de obra juridifica la obligación que asume el arrendador (porteador, conductor o transportista) de trasladar de un lugar a otro una persona o cosa determinada por el medio o medios de locomoción pactados (arts. 1.601 y ss. Cc. y, fundamentalmente, arts. 349 y ss. CCom.)*”³⁹. Al amparo de esta definición y de nuestra legislación⁴⁰, transportista es tanto aquel profesional dedicado a transportar mercancías como aquel que transporta personas, por lo que cabe plantearse si los conductores de

³⁸ Boletín Oficial de las Cortes Generales. Congreso de los Diputados, Serie A, núm. 42-10, 16 mayo 1994

³⁹ José Luján Alcaraz, “Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte”, Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, ISSN 1137-5868, nº83, 2009

⁴⁰ Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres 16/1987, de 30 de julio; Reglamento de Ordenación de Transportes Terrestres, Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre

plataformas dedicadas (supuestamente⁴¹) al transporte de personas mediante licencias VTC⁴², como Uber o Cabify, podrían incluirse dentro de la excepción contenida en el art. 1.3 g) ET.

La cuestión de la extensión del ámbito subjetivo de aplicación de la excepción del art. 1.3 g) ET ha sido ya abordada por nuestro Tribunal Supremo⁴³, resolviendo sobre el caso de los transportistas de mercancías. Para el Alto Tribunal⁴⁴, tras la entrada en vigor de la Ley 11/1994 *“si en la prestación del servicio de transporte con vehículo propio concurren las notas generales de ajenidad, dependencia y retribución salarial y, además, el medio de transporte utilizado en el desarrollo de la actividad no exige para su realización la obligatoriedad de la previa obtención de la concreta autorización administrativa para el transporte de mercancías por carretera que habilite para su específica prestación, es dable seguir configurando como laboral la relación existente entre las partes, lo que acontecerá, entre otros supuestos, cuando el transporte se realice en vehículos de hasta 2 toneladas de peso máximo autorizado inclusive, que no requieren de tal autorización”*.⁴⁵

Pese a ello, en sus decisiones, el Tribunal Supremo aún no ha abordado frontalmente el caso concreto de los transportistas dedicados al transporte de viajeros que requieren una autorización administrativa para trabajar, como es el caso de los conductores de vehículos VTC.

De acuerdo con lo dispuesto en la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y en la Orden de 4 de febrero 1993, que desarrolla el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres (RCL 1990\2072), en materia de autorizaciones de los discrecionales de viajeros, *“para la realización de transportes públicos discrecionales de viajeros [como es el caso de los vehículos VTC que utilizan Uber y Cabify], así como de transportes privados complementarios de*

⁴¹ A falta de pronunciamiento firme acerca de su consideración como empresas pertenecientes al ámbito del transporte o como servicios de la sociedad de la información (asunto C-434/15 TJUE)

⁴² Autorización administrativa para el ejercicio de la actividad de arrendamiento con conductor (VTC)

⁴³ STS (Sala de lo Social) de 5 junio 1996. RJ 1996\4994; STS (Sala de lo Social) de 15 junio 1998 RJ\1998\5262; STS (Sala de lo Social) de 23 noviembre 1998 RJ\1998\10018

⁴⁴ STS (Sala de lo Social) de 23 noviembre 1998 RJ\1998\10018

⁴⁵ Cuestión resuelta *a contrario* también por el TJUE (Sentencia de 2 de marzo de 2017) en el asunto C-97/16, en el que el Tribunal de la Unión entiende que es correcto el encuadramiento como autónomo del conductor de un vehículo de más de dos toneladas, de acuerdo con la Directiva 2002/15/CE y al art. 1.3 E.T.

viajeros, será necesaria la previa obtención por las personas que pretendan llevarlos a cabo de la correspondiente autorización administrativa que habilite para su prestación”.

Bien es cierto que existen diversas decisiones de Tribunales Superiores de Justicia (TSJ) han analizado la laboralidad de la prestación de servicios de conductores de vehículos de alquiler con conductor, llegando a conclusiones divergentes. Por un lado, el TSJ de Cataluña⁴⁶ considera que, en el caso de conductores de vehículos de alquiler con conductor en los que se den las notas de laboralidad del art. 1.1ET la excepción del art. 1.3 g) ET no es aplicable, para ello traspone literalmente los fundamentos de derecho de las decisiones del Tribunal Supremo apreciando que únicamente los conductores de vehículos de transporte de mercancías de hasta dos toneladas de peso máximo autorizado requieren la autorización a la que alude el precepto legal, y que por tanto no cumplen las condiciones de la excepción. Por otro lado, en un caso análogo, el TSJ de La Rioja⁴⁷ entiende que, *“asumiendo los riesgos de su actividad al utilizar su propio vehículo y ser el titular de la autorización administrativa necesaria para prestar el servicio público de transporte”* la relación contractual del conductor no era laboral.

En base a todo ello, y debido a la importancia, tanto por número de profesionales afectados como por el eco mediático que está produciendo este tipo de prestación de servicios, parece oportuno al menos preguntarse si la excepción del art. 1.3 g) ET puede ser de aplicación a los conductores de las plataformas virtuales dedicadas al transporte de viajeros.

4. La externalización completa de la propia actividad y sus posibles consecuencias jurídicas

El modelo de negocio del *crowdsourcing* puede ser considerado como una externalización absoluta de la propia actividad de la empresa.

⁴⁶ STSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº194/2011 de 14 enero AS\2011\1339; STSJ Cataluña, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº387/2011 de 20 enero AS\2011\1009

⁴⁷ STSJ La Rioja, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº241/2013 de 27 diciembre (recurso de casación inadmitido contra la misma) JUR\2014\24832; STSJ La Rioja, (Sala de lo Social, Sección 1ª) nº258/2015 de 8 octubre JUR\2015\256167

En principio, la actividad externalizadora no tiene un límite legal, más allá del general de toda institución jurídica, de nulidad de actos ejecutados en fraude de ley⁴⁸. Nuestro Tribunal Supremo recordaba en sentencia de 27 de octubre de 1994 que *“el ordenamiento jurídico no contiene ninguna prohibición general que impida al empresario recurrir a la contratación externa para integrar su actividad productiva y así lo reconoce el artículo 42.1 del ET cuando se refiere a la contratación o subcontratación para «la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de la empresa», lo que supone que, con carácter general, la denominada descentralización productiva es lícita”*.

La libertad descentralizadora a través de contratas no es óbice para que deban observarse todas las obligaciones y responsabilidades propias en materia salarial, de Seguridad Social, de Prevención de Riesgos Laborales, de prohibición de cesión ilegal, etc. Si se considera a la plataforma virtual de *crowdsourcing* específico como una empresa que externaliza por completo su actividad principal, esta deberá cumplir, por ejemplo, entre otras obligaciones, con la de comprobar que los contratistas estén al corriente del pago de las cuotas de la Seguridad Social o exigir a los contratistas que cumplan con las obligaciones en información y formación de los trabajadores. Del mismo modo, en atención a la actividad de la plataforma virtual, esta deberá cumplir con las restricciones propias en materia de subcontratación en el supuesto de dedicarse a actividades relacionadas con el sector de la construcción.

⁴⁸ Cfr. Luis Ramón Martínez Garrido, "Contratas, cesión ilegal de trabajadores y cooperativas de trabajo asociado", RMTyAS -Derecho del Trabajo-, núm. 38,2002

II. El inminente debate sobre la necesidad de un marco normativo específico

A. La cuestionada suficiencia del Derecho Laboral y sus Tribunales como marco regulador de las nuevas formas de trabajo

1. La versatilidad y solidez del asentado Derecho del Trabajo español

Desde que se aprobara el Código de Comercio de 1885, regulando la relación de los empleados con sus dependientes y mancebos, no ha dejado producirse una evolución legislativa tendente a la protección de la parte más débil de la relación de trabajo. En un principio, a través de un *Derecho de conquista*⁴⁹ – el Derecho Obrero o Derecho del obrero-, en el que el legislador a través de innumerables reformas sociales produjo una abundante legislación obrera, entre la que destaca el Código del Trabajo de 1926, como primera recopilación española de leyes obreras y primera regulación legal del contrato de trabajo. Después, para el tiempo presente, a través de un *Derecho de certidumbre*⁵⁰ – el Derecho del trabajador o Derecho del Trabajo- que permite la convivencia en armonía entre empleado y empleador.

El actual Derecho del Trabajo, se ha ido configurando sobre la base de unos sólidos pilares en forma de principios y se encuentra amparado, hoy en día, por unos valores constitucionales consolidados. Todo ello, permite a nuestros Tribunales ejercer su labor interpretativa de manera solvente ante realidades cambiantes y nuevos supuestos de hecho, gracias a un Derecho del Trabajo versátil y sólido.

Innumerables son los ejemplos de esa capacidad de nuestro sistema de Derecho del Trabajo gracias a la interpretación legislativa llevada a cabo por nuestros Tribunales en supuestos en los que la Ley no define con exhaustividad supuestos de hecho que acaban dándose en la práctica. Sentencias históricas de nuestro Tribunal Supremo, como la de

⁴⁹ Cfr. Luis Enrique de la Villa Gil, “El Derecho del Trabajo a mis 80 años”, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2015

⁵⁰ Ibid.

los “mensajeros”⁵¹ de 1986, en la que se definía la importancia de las notas de laboralidad, o más recientemente, en 2014, decidiendo sobre la ultraactividad de los convenios colectivos⁵² en base a la Ley 3/2012 de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, o en 2016, decidiendo sobre la procedencia de la prestación por maternidad en casos de maternidad subrogada⁵³, dejan patente que, ante la indefinición legislativa exhaustiva, nuestro sistema de Derecho del Trabajo es capaz de dar respuesta a diversas y novedosas cuestiones, incluida la del estatus de los trabajadores de la economía colaborativa.

2. La difusa frontera de la laboralidad como justificación para una especificación legislativa; casuística de becarios, alterne y prostitución o falsos autónomos

La labor de los órganos judiciales para poder determinar el encuadramiento de cada supuesto de hecho se hace necesaria ante realidades concretas que no hagan fácil discernir si se sobrepasan las fronteras de la laboralidad o no. Esta labor, se vuelve en ocasiones ardua, más por colapso y saturación de los órganos judiciales que por complejidad, al tener que acudir a la apreciación de cada caso concreto para poder determinar el marco jurídico aplicable.

A las tradicionales dificultades, aún vigentes, a la hora de fijar las fronteras de la laboralidad en supuestos de alterne y prostitución, becarios o falsos autónomos, viene a sumarse la nueva realidad de los trabajadores de la economía colaborativa, aportando nuevas dudas sobre los límites de la laboralidad tanto a los órganos judiciales como a todos los operadores jurídicos que deben interactuar con estos nuevos supuestos, generando incertidumbre jurídica que podría reducirse con la creación de un marco legal específico que regulara estas nuevas formas de trabajo.

⁵¹ STS (Sala de lo Social) de 26 febrero 1986. RJ 1986\834

⁵² STS (Sala de lo Social) de 22 diciembre 2014. RJ 2014\6638

⁵³ STS (Sala de lo Social) nº881/2016 de 25 octubre. RJ 2016\6167; STS (Sala de lo Social) nº953/2016 de 16 noviembre. RJ 2016\6152

B. El debate sobre la necesidad de una regulación específica de la prestación de servicios a través de plataformas virtuales

1. Las directrices de la Unión Europea para establecer una regulación específica para la economía colaborativa

Consciente del crecimiento económico del mercado de la economía colaborativa, la Unión Europea ha comenzado preocuparse por las cuestiones relacionadas con la aplicación de los marcos jurídicos existentes, carentes de claridad sobre los límites establecidos entre trabajador por cuenta propia y por cuenta ajena.

La preocupación de la Unión por este nuevo fenómeno queda plasmada en recientes iniciativas de la Comisión como el lanzamiento de una consulta pública intentando recabar las opiniones de las partes interesadas sobre el acervo social actual de la UE, el futuro del trabajo y la cobertura de los regímenes de protección social⁵⁴, o la presentación de una Agenda Europea para la Economía Colaborativa⁵⁵ que recoge el apoyo proactivo de la Comisión a los Estados miembros para que clarifiquen su situación legal nacional y la elaboración de un marco normativo europeo.

2. La perspectiva de un cambio de era de las Relaciones Laborales y la creación de un marco normativo ad hoc

La transición de un Derecho de certidumbre -Derecho del Trabajo- a un Derecho de aventura⁵⁶ -Derecho del activo o de la actividad- parece estar cada vez más cerca. Las

⁵⁴ COM (2016) 127 final. Consulta pública sobre un pilar europeo de derechos sociales lanzada el 8 de marzo de 2016

⁵⁵ Comunicación, de 2 de junio de 2016, 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”. COM (2016) 356 final

⁵⁶ Cfr. Luis Enrique de la Villa Gil, “El Derecho del Trabajo a mis 80 años”, Ed. Universitaria Ramón Areces, 2015

nuevas formas de prestación de servicios comienzan a tener su reflejo en los sistemas de Derecho de diferentes países.

Decisiones de Tribunales en sistemas de *Common Law*, contruidos en gran medida a base de jurisprudencia como el británico⁵⁷ o el estadounidense⁵⁸ han comenzado a cincelar el régimen jurídico aplicable a los prestadores servicios de la economía colaborativa.

Junto a las primeras decisiones de tribunales que comienzan a aparecer se unen las primeras medidas legislativas encaminadas a regular y favorecer la ordenación de estas nuevas relaciones de prestación de servicios. En Francia, su Código del Trabajo ha sido modificado en agosto de 2016⁵⁹, introduciendo un nuevo artículo dedicado a la protección de los trabajadores de plataformas virtuales, instaurando un régimen de responsabilidad para estas últimas en materia de accidentes de trabajo, cotización, formación profesional, certificados de profesionalidad y libertad sindical. El Estado de Florida tiene previsto aprobar una norma⁶⁰ que regule en cierto modo la prestación de servicios de las compañías online de transporte, previendo en su contenido las condiciones para que el conductor sea considerado trabajador autónomo y un protocolo antidiscriminación.

De igual modo, diferentes mecanismos legales que amplían el espectro contractual al alcance de los nuevos prestadores de servicios, como es el caso del “zero hours contract” inglés que permite realizar un contrato sin garantizar al empleado un número mínimo de horas de trabajo, y que remunera únicamente el tiempo efectivamente trabajado.

Estos primeros movimientos suponen el inicio de un movimiento a favor de la creación de un marco normativo ad hoc para esta nueva realidad sociolaboral.

⁵⁷ En el caso *Aslam, Farrar and Others -contra- Uber*, de 28 de octubre de 2016, el Tribunal de Empleo de Londres declara la existencia de laboralidad de los trabajadores Uber en base a un análisis de las notas de laboralidad

⁵⁸ En el caso *O'Connor contra Uber Technologies*, de 18 de agosto de 2016, la Court Northern District of California, tendente a apreciar la laboralidad de los conductores de Uber finalmente acepto un acuerdo entre la compañía y los trabajadores antes de declarar la misma

⁵⁹ Modificación instaurada por la Loi n° 2016-1088 de 8 agosto 2016

⁶⁰ CS/HB 221: Transportation Network Companies

