

NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD APLICABLES A LAS EMPRESAS QUE PRESTAN SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

ADRIÁN TODOLÍ SIGNES¹

I. DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA A LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES

Es habitual escuchar en prensa y en medios de comunicación recientemente el término economía colaborativa. Este término es usado coloquialmente en referencia a todas aquellas empresas que intermedian en la oferta y demanda de bienes o de prestación de servicios a través de una plataforma virtual (página web, aplicación móvil, etc.). La razón inicial que justifica este término de «Economía colaborativa» aplicado a este tipo de empresas proviene de la idea fundamental de que todo el mundo en nuestra casa tenemos bienes infrautilizados y que gracias a estas plataformas virtuales podemos poner en el mercado y obtener un rendimiento de ellos. Un ejemplo paradigmático es el taladro, el cual habitualmente se compra para colgar un cuadro y posiblemente se guarda en el armario sin volver a ser usado. De esta manera, gracias a estas plataformas virtuales la persona que quiere colgar un cuadro no necesita comprar uno, sino que simplemente puede, a través de la plataforma, encontrar a un vecino cercano que esté dispuesto a permitirle el uso de ese taladro a cambio de un precio (intercambio entre particulares). Con esta idea primigenia aparecen muchas plataformas con diferentes negocios como pueden ser Airbnb (alquiler de habitaciones) o BlaBlaCar (alquiler de plazas vacantes en un viaje).

Si se ha definido la economía colaborativa como empresas que buscan explotar bienes infrautilizados, difícilmente esto será aplicable a la prestación de servicios. Con el objetivo de integrar a los prestadores de servicios a través de plataformas virtuales dentro

¹ Profesor Ayudante, Doctor Derecho del trabajo y de la Seguridad Social por la Universidad de Valencia

de la economía colaborativa, se ha pretendido argumentar que la prestación de servicios se hace con el objetivo de permitir a las personas dar uso a su tiempo «infrautilizado». Sin embargo, en mi opinión, en referencia a una persona el tiempo «infrautilizado» es simplemente tiempo libre que la persona puede decidir ofrecer en el mercado si lo cree conveniente. De esta forma, a mi juicio, cuando hablamos de prestación de servicios difícilmente se puede hablar de colaboración entre particulares, puesto que el sujeto que realiza la prestación no está poniendo en el mercado un bien infrautilizado (esencia de la economía colaborativa) sino ofreciendo su tiempo a cambio de dinero –como cualquier profesional o trabajador–. Por ello, cuando se habla de plataformas donde se ofrecen servicios, no se estaría ante la economía colaborativa sino ante la llamada economía bajo demanda o «*Gig* » economy o simplemente trabajo en plataformas digitales²

II. LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES: UNA NUEVA FORMA DE ORGANIZAR EL TRABAJO

La economía de paltaformas, por tanto, está formada por aquellas empresas que a través de una plataforma virtual (app, página web, etc.) organizan la prestación de un servicio. Las empresas de la nueva Gig economy, toman una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y la descentralizan hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria. El modelo cuenta con tres elementos; i) por una parte, los «solicitantes», que son empresas o particulares que requieren que se realice en su beneficio una prestación de un servicio; ii) los trabajadores que prestan los servicios; iii) y, en tercer lugar, las plataformas virtuales que se encargan de utilizar las tecnologías de la información para unir oferta y demanda y que perciben un porcentaje por cada prestación de servicios realizada. Este modelo de negocio puede utilizarse para prácticamente cualquier tipo de servicio, especializado o no especializado. Algunos ejemplos de servicios que se pueden prestar con esta modalidad pueden ser; los servicios de transporte («taxi»); reparto a domicilio; lavandería; entrenadores personales; montaje de muebles; diseño gráfico: fotografía; formación; guías turísticos; traducción; cocina, etc. Como se ve, prácticamente cualquier empleo actual puede verse transformado.

La característica común de todas estas empresas es que aquellos que prestan el servicio (la mano de obra) no son contratadas como trabajadores de la empresa (como lo haría una empresa tradicional) sino como trabajadores autónomos que no tienen derechos laborales. De esta forma, la empresa consigue prestar el servicio de forma mucho más barata (sin afrontar costes como las vacaciones retribuidas, el salario mínimo, la cotización al Régimen General de la Seguridad Social, etc.). La justificación de la utilización de la figura de los trabajadores autónomos proviene de que, de acuerdo con las empresas, gracias a esta nueva forma de organizar el trabajo a través de plataformas

² **TODOLI SIGNES, A.**, *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017 y **TODOLI SIGNES, A y HERNARDEZ BEJARANO M.**, (Dir.) *Trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi, 2018.

virtuales, el trabajador es libre de elegir su horario de trabajo, su jornada de trabajo e incluso decidir cómo ejecuta el trabajo³.

III. LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO ESENCIAL PARA LA PROTECCIÓN

A efectos de lo que interesa en el presente estudio, una de las características más relevantes a efectos laborales del modelo de negocio descrito es la independencia o falta de subordinación del prestador de servicios. En la mayoría de los casos, el prestador personal de servicios va a poder elegir en qué momento presta servicios –horario–, y durante cuánto tiempo –jornada–, e incluso parece haber bastante libertad en el modo de ejecución del trabajo. De esta forma, estos negocios abandonan la idea del control en la ejecución del trabajo para evaluar solamente los resultados de la prestación. Este cambio de paradigma no es baladí. En todo el mundo, la principal característica que da pie a la protección de las leyes laborales es la existencia de una relación subordinada. En efecto, el modelo de protección actual gira en torno a la existencia de dependencia en la prestación de los servicios como característica principal del contrato de trabajo. Esta menor dependencia provoca que no se les esté clasificando como trabajadores, sino como autónomos. Se entiende que estos trabajadores responden a una realidad distinta del trabajador y, por tanto, no requiere la protección clásica del contrato de trabajo.

Así pues, ante el surgimiento de este nuevo modelo de negocio (o nueva forma de organizar el trabajo), el Derecho del Trabajo se enfrenta a su mayor reto, y es que si se cumplen las predicciones y este nuevo modelo de negocio ha nacido para sustituir al viejo (como la aparición de la fábrica hizo desaparecer los pequeños talleres gremiales), el Derecho del trabajo puede quedarse sin sujeto que proteger y los trabajadores quedarse sin legislación alguna que les proteja.

Ante este reto, se plantean al menos dos cuestiones. 1) ¿Es este realmente un trabajo «no subordinado»? (cuestión jurídica); y una segunda, 2) ¿El Derecho del Trabajo debería limitarse a proteger el trabajo subordinado? (cuestión ética, sociológica, económica, política del derecho).

IV. LOS NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD

Uno de los debates más acuciantes que existen actualmente en la disciplina del Derecho laboral consiste precisamente en la identificación del trabajo subordinado. Como se ha dicho, las protecciones legales, actualmente, solo se aplican a los trabajadores subordinados lo que implica que la primera labor consiste en conocer si determinado trabajador es subordinado (tiene derechos laborales) o es autónomo (no los tiene).

En este sentido, los indicios de laboralidad hacen referencia a las manifestaciones externas existente entre una persona que presta servicios y aquella que contrata dichos

³Para saber más sobre cómo funcionan estas empresas consultar TODOLI SIGNES, A., *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

servicios que permiten identificar si la primera está subordinada a la segunda o no. El indicio clásico es la emisión de instrucciones por parte del beneficiario de esos servicios que el trabajador debe cumplir. En efecto, es por todos sabido que el trabajador debe cumplir las instrucciones de su empresario durante el trabajo. También son indicios clásicos que el capitalista es el propietario de los medios de producción y el trabajador aporta simple mano de obra, así como, la fijación al trabajador de un horario y la prestación del servicio en el centro de trabajo propiedad del empresario, entre otros.

Sin embargo, muchos de estos «indicios» son manifestaciones de subordinación del modelo organizativo del siglo pasado que hoy en día no se encuentran en las empresas del nuevo siglo –especialmente en empresas de la Gig Economy– precisamente porque su modelo organizativo es nuevo.

De esta forma, es necesario buscar nuevas herramientas que permitan identificar correctamente a los sujetos que necesitan protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado. Estas herramientas es lo que yo llamo los «nuevos indicios de laboralidad» derivado de la digitalización. Algunos de ellos son los siguientes⁴:

1. *Reputación online*: Las empresas tradicionales siempre han preferido utilizar personal formado por la empresa que asegure la calidad del producto o la prestación del servicio ofrecido por la compañía; personal sujeto a controles de entrada –entrevista de trabajo y procesos de selección–; controles de calidad del trabajo –supervisión por mandos intermedios–, y control de salida –poder disciplinario–. Sin embargo, hoy en día para conseguir mantener la calidad de los servicios prestados por las personas ya no es necesario todo esto: gracias a la tecnología.

Hoy en día, las entrevistas de trabajo, los procesos de selección, los mandos intermedios; son sustituidos por la reputación online. Esto es, por la posibilidad que ahora tiene el cliente de un servicio de valorar la calidad del servicio recibido mediante la tecnología. Antes de la existencia de la reputación online, la empresa necesitaba asegurarse de que los servicios prestados por sus trabajadores eran de calidad. Y lo hacían a través de dar formación al trabajador, de los mandos intermedios, etc. Hoy en día con el sistema de valoración por “estrellitas”, el cliente le dice a la empresa quién es un buen trabajador y quien es malo de forma muy barata para la empresa, lo que permite a la empresa despedir a los trabajadores «malos» y quedarse con los «buenos» (poder disciplinario) o dar más trabajo a los mejores trabajadores (poder organizativo).

Además, piénsese que los mandos intermedios y los procesos de selección son caros, mientras que el sistema de reputación online, el cliente dona gratuitamente a la empresa toda esta información, ahorrando mucho dinero a la empresa.

Por supuesto, algo que comparten, las antiguas formas de relación empresario trabajador y las nuevas es el despido. En efecto, las empresas de economía

⁴En el libro de mi autoría titulado *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017, recojo un total de 18 nuevos indicios de laboralidad.

colaborativa se basan en «desactivar» al trabajador que no tengan un mínimo de puntuación positiva en los sistemas de reputación online. De esta forma, la calidad del servicio se ve asegurada mediante la separación del trabajador de la plataforma virtual.

En definitiva, el trabajo en las empresas de economía colaborativa, en muchas de ellas, es el mismo que el trabajo subordinado y por cuenta ajena de siempre con la diferencia de que la tecnología cambia la forma de controlar el trabajo (pero el control sigue existiendo). De hecho, dado que el trabajo es observable por el cliente en todo momento (GPS), se podría decir que estos trabajadores están más subordinados que los trabajadores de la economía tradicional.

2. *La propiedad de la información:* Quién controla la información (datos de los clientes, precios, calidad del servicio prestado) muy probablemente sea el empresario. Esto no es más que una adaptación de la clásica ajenidad patrimonial y es que en el mundo digital la mayoría de negocios no necesitan fábricas o maquinaria para funcionar sino información y datos. Por lo que el propietario de los datos será el empresario igual que lo ha sido siempre el propietario de la fábrica⁵.
3. *La capacidad de crecimiento del negocio:* 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 provea y además su negocio debe ser «escalable». Cuando el prestador de servicios solamente aporta mano de obra sin que existan posibilidades de desarrollo empresarial habrá un poderoso indicio de laboralidad⁶
4. *Know-how:* Enlazado con lo anterior quién aporte el «conocimiento o saber hacer» del negocio será un indicio de que es el empresario, quién, en cambio, reciba de otro el Know-how, y este solo lo aplique, será trabajador. Una cuestión que en el mundo digital es clave.
5. *La ajenidad en la marca :* El trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando –o perjudicando– dicha marca –como lo haría un trabajador laboral– y no su negocio –como lo haría un autónomo⁷. Alarcón⁸definió la ajenidad del mercado como una faceta de la ajenidad, por la cual al trabajador se le vetaba el acceso al mercado pudiendo prestar servicios solo a través de su empresario. Precisamente, con la interposición de una marca ajena entre el prestador de servicios y el cliente, se impide que el prestador de servicios actúe en nombre propio en el mercado.

⁵ <https://adriantodoli.com/2017/09/14/nuevos-indicios-de-laboralidad-en-la-economia-digital/>

⁶Este indicio de laboralidad ya ha sido utilizado por la Inspección de trabajo concretamente en la resolución que indica que los repartidores de Deliveroo son trabajadores laborales y no autónomos.

⁷Este indicio también es recogido por la Inspección de trabajo en la resolución de Deliveroo al indicar que es indicio de laboralidad que los trabajadores se identificaran siempre como trabajadores de Deliveroo ante los clientes, al igual, como el hecho de que siempre llevaran distintivos de Deliveroo.

⁸ALARCÓN CARACUEL, M.R., «La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo» Civitas, n.º 28, 1986.

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

Siendo la empresa propietaria de la marca la que será reconocida como actuante en el mercado.

Además, recordemos que las pequeñas inversiones (coche, bicicleta) que el trabajador deba realizar para poder prestar servicios bajo la marca ajena, serán probablemente de un valor insignificante si lo comparamos con el valor de la marca. La propiedad industrial, además, será el verdadero medio de producción que permitirá al negocio funcionar (con ello se vislumbra también la ajenidad patrimonial clásica). Conseguir clientes hoy en día es la parte más importante de cualquier negocio –y proceso productivo de una empresa–, por lo que el propietario de la marca, muy probablemente, sea a su vez el propietario del medio de producción más importante. Quizá en el pasado, en sociedades fordistas –donde todo lo fabricado se vendía– lo importante era la fábrica, pero actualmente, derivado del aumento de la competitividad, la marca pasa a ser el medio de producción más importante de cualquier negocio.

Por otra parte, respecto a la exigencia de dependencia, recordemos que actuar bajo una marca ajena implica seguir sus directrices e instrucciones dado el interés del empresario propietario de la marca de mantener su buen nombre –como lo haría con trabajador laboral–. Es decir, si actúas bajo una marca que no es la propia, de una forma u otra estarás subordinado a esa marca.

Por todo ello, prestar servicios bajo una marca ajena –como ocurre en la Gig economy– parece que, a priori, cumpliría las dos características distintivas del contrato de trabajo; la ajenidad (mercado y patrimonio) y la dependencia⁹.

Como Pérez De los Cobos¹⁰ indica es necesario interpretar el concepto de contrato de trabajo en adecuación a la realidad social del momento en el que se está de esta forma si la forma de subordinar a los trabajadores cambia, habrá de estarse a los nuevos indicios de laboralidad.

En definitiva, los indicios de laboralidad son como unas gafas que el intérprete jurídico se pone para que le ayude a encontrar trabajadores laborales, por ello, si seguimos mirando con unas gafas del siglo pasado no veremos ningún trabajador laboral en el siglo XXI. Lo que hace necesario empezar a «ver» utilizando estos nuevos indicios de laboralidad.

V. EL FUTURO OBJETO DEL DERECHO DEL TRABAJO

Para resolver la cuestión de si el Derecho del Trabajo debería limitarse a proteger el trabajador laboral se debe partir de la idea de que una de las razones básicas de la existencia de protección de los trabajadores es la desigualdad del poder de negociación, y la falta de una verdadera autonomía de la voluntad a la hora de aceptar las condiciones

⁹A la misma conclusión llegan los Tribunales en Inglaterra donde la Sentencia «Mr Y ASLAM, Mr J FARRAR and Others –V– Uber» indica que los conductores de Uber tienen derechos laborales. Ver un resumen en <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>

¹⁰PÉREZ DE LOS COBOS, F., «El trabajo subordinado como tipo contractual», *Documentación Laboral*, N.º 39, 1993, p. 39.

de trabajo¹¹. En efecto, en la revolución industrial el trabajador no podía negociar sus condiciones contractuales libremente, dada la diferencia de poder frente el capitalista, propietario de la fábrica. Hoy en día, se está ante la misma situación cuando hablamos de los trabajadores en las plataformas virtuales. Los prestadores personales de servicios de Deliveroo Glovo, Getyourhero, Sandemans, no pueden negociar sus condiciones para formar parte de la plataforma, sino que solamente pueden aceptarlas o rechazarlas¹². Lo mismo ocurre con el resto de plataformas.

Este desequilibrio es el principal causante de todos los riesgos a los que se someten, tanto el antiguo tipo de trabajadores como el nuevo; los bajos salarios, el exceso de «flexibilidad», la transferencia de los riesgos inherentes al negocio desde el empresario al trabajador, el «secuestro» de la clientela, etc.¹³ Hoy en día, el propietario de la plataforma fija las condiciones –en su beneficio– y los trabajadores deben aceptarlas o no trabajar. Por ello, el contrato de trabajo se basa fundamentalmente en normas imperativas no disponibles para las partes. La norma laboral debe imponerse a la voluntad de las partes, desde el momento en el que se comprueba que el desequilibrio de poder provoca que no exista una verdadera libertad contractual para el trabajador. En efecto, la legislación laboral, desde antiguo, impone límites a la capacidad de aceptación de ciertas condiciones laborales por parte de los trabajadores (ej. Aceptar salarios por debajo del SMI), al entender que estas nunca se aceptaban voluntariamente, sino que les eran impuestas por la contraparte.

Así pues, parece que la forma de control de los trabajadores es irrelevante respecto a la necesidad de proteger a dichos trabajadores. Esto es, que el trabajo sea subordinado o independiente realmente no es determinante a la hora de considerar si estos trabajadores requieren o no de protección legal frente abusos. Es cierto, que en el pasado –cuando aparecieron las primeras normas laborales– aquellos que necesitaban protección eran los trabajadores de la fábrica claramente subordinados, porque la tecnología y el nivel formativo de los trabajadores hacían que existiera una alta correlación entre trabajadores que necesitaban protección y trabajo subordinado. Sin embargo, en la actualidad gracias a la tecnología el trabajador cada vez es más independiente de las instrucciones de su empresa y ello no determina que el trabajador no necesite protección. Por ello, de cara al futuro parece necesario modernizar la legislación laboral para asegurar que las normas protectoras se apliquen a aquellos que necesita

11VALDÉS DAL-RÉ, F., «Descentralización productiva y desorganización del derecho del trabajo», op cit., p 45.

12MURRAY, A., «Uber-nomics» *Fortune*, 2014, (en línea) <http://fortune.com/2014/12/29/uber-nomics/> (consultado el 1 de octubre de 2015); HILLMAN, R. Y RACHLINSKI, J., «Standard-Form Contracting in the Electronic Age», *NY Law Review*, 77 (2), 2002.

13Concretamente, un informe publicado recientemente por Fundation for Progressive Studies establece que los trabajadores en plataformas virtuales trabajan más horas, cobran menos y están sujetos a mayores riesgos de acoso sexual. Además, las plataformas despiden a los trabajadores de forma arbitraria y cambian las condiciones de cobro con mucha frecuencia. Y, por último, se ha comprobado empíricamente que los sistemas de reputación online no recogen de manera justa las capacidades y el esfuerzo de los trabajadores (<http://www.feps-europe.eu/en/publications/details/579#.Wh6pt4LfcRY.twitter>).

VII CONGRESO NACIONAL DE DERECHO DEL TRABAJO Y DE LA SEGURIDAD SOCIAL

protección, esto es, a las personas que viven de su trabajo (con independencia de si son trabajadores y autónomos).