



REVISTA

DERECHO SOCIAL Y EMPRESA

LA INCIDENCIA DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LAS RELACIONES LABORALES: ECONOMÍA DIGITAL, TELETRABAJO Y DESCONEXIÓN DIGITAL

NÚMERO 14, FEBRERO DE 2021

ENERO A JUNIO DE 2021, FECHA DE CIERRE ENERO 2021



CONCEPTO DE TRABAJADOR Y ECONOMÍA DIGITAL.
RESPUESTA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UE

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

ENTIDAD EDITORA

Dykinson, S.L.



CÁTEDRA UNESCO
CENTRO DE ESTUDIOS SAGARDOY

 **SAGARDOY**
BUSINESS & LAW SCHOOL

ISSN 2341-135X

CONCEPTO DE TRABAJADOR Y ECONOMÍA DIGITAL. RESPUESTA EN EL CONTEXTO INTERNACIONAL Y EN EL DERECHO DE LA UE

*THE CONCEPT OF WORKER AND DIGITAL ECONOMY.
RESPONSE IN THE INTERNATIONAL CONTEXT AND IN THE EU LAW*

YOLANDA SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA

Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, UCM

Fecha de recepción: 3/02/2020

Fecha de aceptación: 6/12/2020

SUMARIO: 1. INTRODUCCIÓN. 2. PLATFORM WORK Y CONCEPTO DE TRABAJADOR. 3. DERECHO DE LA UE. TRABAJO EN PLATAFORMAS Y CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR. 4. RESPUESTA LEGAL AL TRABAJO EN PLATAFORMAS EN OTROS PAÍSES. 4.1 Países de la Unión Europea. 4.1.1. Italia. Los cambios legales tras la sentencia Foodora. 4.1.2. Francia. Trabajador independiente más responsabilidad social de las empresas. 4.2. Reforma legal extracomunitaria. La no asunción del “dependent contractor” por la Ley California, conocida como AB5. 5. REFLEXIONES FINALES.

RESUMEN: En el contexto internacional y en el Derecho de la UE, se analizan las reformas legales en torno a las nuevas formas de empleo ligadas a las transformaciones digitales; en especial, en torno al Platform Work y la cuestión atemporal sobre las fronteras de laboralidad.

ABSTRACT: In the international context and in EU law, legal reforms are analysed around the new forms of employment linked to the digital transformations; in particular, around the Platform Work and the timeless question of the frontiers of employment contract.

PALABRAS CLAVE: Derecho de la Unión Europea, concepto comunitario de trabajador, trabajo en plataformas digitales, laboralidad.

KEYWORDS: EU Law, worker in EU, platform work, employment contract.

1. INTRODUCCIÓN

Hoy nos desbordan los informes, estudios, predicciones de instituciones públicas y privadas en torno a la tecnología digital y su proyección sobre el que se dice “trabajo del futuro”.

Las cuestiones actuales no difieren de las del pasado: ¿cuál es el futuro del trabajo en un mundo que se transforma constantemente por la innovación tecnológica?; ¿qué significa este constante proceso de innovación para los trabajadores y sus puestos de trabajo?; ante la transformación de competencias asociadas, ¿cuáles serán la que se vuelven obsoletas y cuáles serán indispensables a partir de ahora? Preguntas que sin una respuesta inequívoca afloran en cada etapa nueva de inflexión tecnológica, porque hay un vínculo ambivalente entre ésta la tecnología y el empleo.

Y el debate trasciende desde el específico de las Plataformas Digitales (o de la Economía de Plataformas) –aunque se considera un referente concreto para analizar algunas de las que se presentan como tendencias del mercado de trabajo y se utiliza como prueba de laboratorio para constatar el impacto del progreso tecnológico digital sobre la calidad del empleo– al más general de la Economía Digital. Y en torno a ella sobre los retos actuales y futuros de un mundo del trabajo en rápida evolución por el impacto de la tecnología. Debate a todos los niveles territoriales y preocupación por todos los operadores jurídicos, sociales y económicos, en los que se urge afrontar el cambio que el progreso tecnológico está produciendo en el mercado de trabajo y en las formas de empleo típicas o tradicionales o atípicas o no estándares.

En el Informe de la OCDE, *Policy Responses to New Forms of Work*¹, se preguntaba a los países por lo que entendían bajo la expresión “nuevas formas de empleo” en el contexto de la digitalización, confrontándolas respecto de los “contratos de empleo estándar”. Las respuestas más citadas por los países fueron el empleo autónomo, expresando al respecto el problema derivado de la calificación o distinción entre el Falso y el Real o genuino trabajo autónomo. El trabajo en plataformas, conectado al anterior porque esta prestación de servicios es solo una parte de la tendencia general hacia la utilización del trabajo autónomo.

.....
1 <http://www.oecd.org/employment/policy-responses-to-new-forms-of-work-0763f1b7-en.htm>. Véase también el informe *The Future of Work, Employment Outlook 2019*; puede consultarse en <https://www.oecd.org/employment/employment-outlook-2019-highlight-en.pdf>.

Seguidos muy de cerca por el trabajo parcial y el trabajo temporal, respecto de los que se plantearon como cuestiones la precariedad económica, la seguridad de los ingresos y las condiciones de trabajo. Muchos países citaron también los contratos de horas variables y el trabajo casual.

De modo que en esos informes se presentan las nuevas formas de empleo vinculadas o ligadas a las transformaciones digitales con especial atención a la confluencia entre la cuestión atemporal (fronteras de laboralidad²) y la irrupción de las plataformas digitales. Es habitual también que se relacione con el ámbito de protección ofrecido por las normas laborales a quienes se considera trabajador asalariado; y que se proyecte sobre la necesidad de protección de quienes en el ámbito del respectivo ordenamiento jurídico nacional cabe definir como trabajador no asalariado o autónomo cuando éste trabaja en régimen de alteridad.

Al margen de las otras formas de empleo no estándar (tales como el trabajo a tiempo parcial, el de duración determinada o a través de agencias de trabajo temporal³ –respecto de los que también cabría plantear su adecuación al realidad social y económica actual e incluso la necesidad de intervención legislativa también a nivel del Derecho de la UE–), centremos nuestra atención en la que ya se conoce como “platformización” del mercado laboral a nivel global sólo sea porque progresivamente están creciendo los trabajos con soporte técnico o digital en proporción relativamente amplia en los países⁴; porque cada vez adquieren mayor relevancia a medida que más trabajadores dependen de las plataformas como su principal fuente de ingresos (FORDE⁵; BERG⁶); y en fin, porque el negocio de la plataforma permite la creación de una forma no estándar de trabajo, calificada como “una forma de externalización extrema que podría llevar [...] en última instancia a más erosión de los derechos y beneficios de los trabajadores”⁷.

Es por tanto inevitable que la definición del trabajo en plataformas como trabajo no estándar (instalado en la zona gris) y la clasificación binaria entre trabajador por cuenta ajena y trabajador autónomo aboque a las instituciones político-legislativas a nivel nacional, UE e internacional a explorar las opciones posibles de respuesta a este fenómeno, así como a todos los nuevos acuerdos de trabajo posibilitados por los avances tecnológicos.

.....

2 Así lo anticipaba PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, FRANCISCO: *Nuevas tecnologías y relación individual de trabajo*; Tirant lo Blanch, Valencia, 1990, pp.34 y 37.

3 Sobre la regulación nacional de estas formas de empleo atípicas en varios países de la UE, vid. WAAS, B. and VAS VOSS, G.H. (Eds): *Restatement of Labour Law in Europe*, Vol II, Hart Publishing, Oxford, 2019.

4 Véase en relación con las Plataformas Digitales y el número de Platform Workers estimados, el Informe OCDE: *Measuring Platform Mediated Workers*, Núm.282, 2019. Puede consultarse en file:///G:/Mi%20unidad/Tecnología%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/iNFORMES%20Y%20ESTUDIOS/OCDE%20MEASURING-PLATFORM-MEDIATED-WORKERS.pdf.

5 FORDE, C. et al.: *The Social Protection of Workers in the Platform Economy*, Directorate General For Internal Policies, European Parliament, 2017, Brussels.

6 BERG, J.: “Income Security in the On-Demand Economy: Findings and Policy Lessons from a Survey of Crowdworkers” in *Comp. Lab. L. & Pol’y J.*, 37(3), 2016, pp. 543–576.

7 CHERRY, M. A.: “Virtual work and invisible labor” in CRAIN, M., POSTER, W. and CHERRY, M. (Eds.), *Invisible Labor: Hidden Work in the Contemporary World*, Oakland, CA, 2016 pp. 71–86.

Las propuestas legislativas a nivel nacional no son, como veremos, exactamente coincidentes y tampoco se ha podido abordar a nivel de la UE una regulación específica por razones varias, incluidas las económicas y políticas (difícil consenso entre los países), sin olvidar las técnico-jurídicas. Recuérdese a estos efectos la introducción de categorías intermedias en el estatus de trabajador (*worker*); el desarrollo de nuevos “test” judiciales en la jurisprudencia de indicios; los límites al autoempleo y reclamaciones de los considerados falsos-autónomos; así como los informes nacionales al respecto para buscar clarificar la situación (entre otros Taylor Review, 2017, UK⁸).

Al margen ahora de la propuesta a nivel UE, a la que se dedicará atención inmediata en este estudio, se aprecia una mayor dificultad en los sistemas de gobernanza internacional, instituciones y derecho a ese nivel, con una tendencia acusada hacia la desregulación o el soft law. En este sentido la OIT parece decidida a mirar de manera autocrítica a sus propias actividades y métodos para alcanzar los objetivos de la Declaración de la OIT sobre los Derechos Sociales y las Libertades Fundamentales, 2008; se hace cada vez más hincapié en los instrumentos de soft law, como por ejemplo, los Principios Rectores de las Naciones Unidas sobre las Empresas y los Derechos Humanos (a menudo conocidos como “los Principios Ruggie”), (ONU, 2011). Los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) y su ‘seguimiento’ parecen ir en contra de estas presiones desreguladoras, lo que indica la determinación de ofrecer un marco de gobernanza internacional que pone las preocupaciones sobre el trabajo junto con las demandas económicas en las relaciones entre los Estados y entre las empresas multinacionales y las empresas financieras transfronterizas⁹.

En su informe sobre “Trabajar para un futuro más prometedor”¹⁰, publicado el pasado 22 de enero de 2019, presenta un programa centrado en las personas para el futuro del trabajo, en torno a tres objetivos concretos: inversión en capacidades de las personas, en las instituciones del trabajo y en el trabajo decente y sostenible. En relación con el segundo objetivo, el de invertir en las instituciones del trabajo, se presta atención al concreto de utilización de la tecnología para potenciar el trabajo decente y “bajo control humano”, ya que, se vuelve a insistir, el trabajo no es una mercancía y el trabajador no es un robot,

.....

8 WOOD, J.: “The Taylor Review: understanding the gig economy, dependency and the complexities of control”, *New Technology, Work and Employment*, Vol.34, N.2, 2019, p.111-115. Aunque en este apartado no se ha avanzado sustancialmente, según informan en https://theword.iuslaboris.com/hrlaw/insights/what-is-to-come-for-uk-employment-law-under-the-new-conservative-government?utm_source=linkedin&utm_medium=social_post&utm_campaign=What%20is%20to%20come%20for%20UK%20employment%20law%20under%20the%20new%20Conservative%20government%3F.

9 Como se ha expresado “lo que está claro es que la capacidad para crear alternativas (o incluso una reforma de la política macroeconómica) es un requisito clave para la formulación de políticas nacionales y locales eficaces”, MEDLAND, L. and others: “The future of work? A call for de recognition of continuities in challenges for conceptualising work and its regulation”, *Law Research Paper Series*, 2019, University of Bristol; puede consultarse en https://www.bristol.ac.uk/media-library/sites/law/documents/Jan19%20research%20paper%201%20Medland%20et%20al%20merged_final.pdf.

10 Puede consultarse en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_662442.pdf.

poniendo de manifiesto que “La realización del potencial de la tecnología en el futuro del trabajo depende de decisiones fundamentales en relación con la concepción del trabajo, que podrían implicar debates en profundidad entre trabajadores y directivos para el «diseño» de los puestos de trabajo”. El informe aboga por el establecimiento de un sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que “establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones”. Expresa el documento:

“Al mismo tiempo, la tecnología digital crea nuevos retos para la aplicación efectiva de las protecciones laborales. Las plataformas digitales de trabajo (también llamadas plataformas de microtarefas) proporcionan nuevas fuentes de ingresos a muchos trabajadores en diferentes partes del mundo, pero la dispersión inherente a ese tipo de trabajo en múltiples jurisdicciones internacionales dificulta el control del cumplimiento de las legislaciones laborales aplicables. El trabajo a veces está mal remunerado, a menudo por debajo de los salarios mínimos vigentes, y no existen mecanismos oficiales para hacer frente al trato injusto¹¹. Como esperamos que esta forma de trabajo se expanda en el futuro, recomendamos el desarrollo de un *sistema de gobernanza internacional de las plataformas digitales de trabajo que establezca y exija que las plataformas (y sus clientes) respeten ciertos derechos y protecciones mínimos*”.

La propuesta al respecto de la organización internacional, en el contexto de lo que denomina “responsabilidad de la OIT”, se concreta en recomendar a la propia institución para que preste especial atención a la universalidad de su mandato. Esto implica, dice el Informe:

“aumentar el alcance de sus actividades para incluir a quienes, históricamente, han permanecido excluidos de la justicia social y del trabajo decente, en concreto los trabajadores informales. Asimismo, entraña tomar medidas innovadoras para dar respuesta a las situaciones cada vez más variadas en las que se realiza el trabajo, en particular al fenómeno emergente del trabajo digital a través de la economía de plataformas. Consideramos que la garantía

.....

11 Conforme al Informe de BERG, J., FURRER, M., HARMON, E., RANI, U. and SILBERMAN, M.S.: *Digital labour platforms and the future of work: Towards decent work in the online world* (Ginebra, OIT, 2018. Resumen ejecutivo en español titulado *Las plataformas digitales y el futuro del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_645887.pdf.

laboral universal es una herramienta adecuada para afrontar estos desafíos y recomendamos que la OIT preste atención con urgencia a los medios de ponerla en práctica”.

¿Qué entiende por garantía laboral universal la organización internacional? Conforme se lee en pp.12, 39 y ss.:

“Todos los trabajadores, con independencia de su acuerdo contractual o situación laboral, deberían disfrutar de derechos fundamentales del trabajo, un «salario vital adecuado» (Constitución de la OIT, 1919), límites máximos respecto a las horas de trabajo y protección en relación con la seguridad y la salud en el trabajo. Los convenios colectivos o la legislación pueden aumentar este piso de protección social. Esta propuesta contribuye también a que se reconozca la seguridad y la salud en el trabajo como uno de los principios y derechos fundamentales del trabajo”.

2. PLATFORM WORK Y CONCEPTO DE TRABAJADOR

Tanto a nivel interno en los diferentes países, de la UE y extracomunitarios, como a nivel del Derecho de la UE se debate si el Derecho Social puede adaptarse (ampliarse) a las nuevas formas de empleo como mecanismo o vía de extensión del nivel de protección que se dice es necesario para algunos de los trabajadores autónomos –aunque no quepa concebirlos como trabajadores asalariados y sin que haya que modificar el concepto de trabajador sujeto del Derecho del Trabajo–. O si hay que abandonar definitivamente la distinción binaria trabajo asalariado–trabajo autónomo y avanzar hacia la que se conoce como “relación personal de trabajo” (idea, como se sabe, planteada por Freedland¹², con fundamento en la que se conoce en el contexto anglosajón como *purposive approach*). En este sentido, no son pocas las voces en la doctrina comparada que en la actualidad proponen una redefinición “global” del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo, aunque los conceptos nacionales de trabajador (asalariado) tienden a estar conformados

.....
12 FREEDLAND, M.: “From the Contract of Employment to the Personal Work Nexus”, 2016, *Industrial Law Journal* 35. Posteriormente FREEDLAND, M. and COUNTOURIS, N.L.: *The Legal Construction of Personal Work Relations*, 2011, Oxford.

por referencia a un núcleo relativamente común de criterios y de indicadores o indicios¹³, que giran principalmente en torno al rasgo de subordinación o control en la prestación de servicios remunerados.

El ámbito de aplicación personal del Derecho laboral quedaría conformado por cualquier persona que fuera contratada por otra para prestar *personalmente* un trabajo, a menos que esa persona *estuviera operando genuinamente un negocio por su propia cuenta*¹⁴. La idea se aparta de la que se dice visión tradicional, la de la división binaria, definida por referencia a los conceptos de subordinación y control. Contrapuesta la idea de negocio frente a la de trabajo personal, quedaría solo al margen del Derecho del Trabajo (entendido en sentido amplio como que incluye de trabajo individual y colectivo, pero también de igualdad de empleo), el trabajo que *no es predominantemente o prevalentemente personal, y es principalmente (a diferencia de ocasionalmente o excepcionalmente) proporcionado por medio de dependientes o sustitutos o cuando quien realiza el trabajo es dueño de un importante capital –en forma de tecnología o activos– siendo éste esencial para realizar el servicio*. Volveremos sobre esta cuestión infra apartado 3 y 4.

¿Es ésta la respuesta nacional que se atisba en los Países de la UE o la respuesta legal existente en el país de origen del autor proponente, Gran Bretaña? O, incluso ¿es la respuesta que se atisba en la UE cuando la presidenta de la Comisión Europea insta a fortalecer la dimensión social de la UE y avanzar hacia la Economía Europea Social del Mercado Único? ¿Es la que mejor permite solucionar el problema del estatus jurídico del trabajo en plataformas? La respuesta nacional no es exactamente coincidente a la Economía de plataformas digitales¹⁵ en una perspectiva de análisis comparado entre países. Y todo indica que, pese a los intentos de la OIT de una gobernanza internacional sobre el trabajo en la era digital, también en el trabajo por cuenta propia¹⁶, no cabe apreciar una estrategia global de enfoque debido, en primer lugar, a la heterogeneidad de las plataformas y las diversas modalidades en que el trabajo en plataformas se realiza¹⁷.

13 Véase WAAS, B. and HEERMA van VOSS, G. (Eds): *Restatement of Labour Law in Europe*, Vol.I, The Concept of Employee; Hart Publishing, Oxford, 2017.

14 COUNTOURIS, N, and DE STEFANO, V.: *New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*; 2019, ETUC, Bruselas, puede consultarse en https://www.etuc.org/sites/default/files/publication/file/2019-04/2019_new%20trade%20union%20strategies%20for%20new%20forms%20of%20employment_0.pdf, p.65.

15 Sobre la situación nacional, con aporte de análisis comparado de varios países (Austria, Bélgica, España, EEUU, Francia, Italia, Países Bajos, Rumania, Reino Unido, Suiza) vid. DAUGAREILH, I, DEGRYSE, C. et POCHET, P. (Dtores): *Économie de plateforme et droit social : enjeux prospectifs et approche juridique comparative* –ETUI, Working Paper 2019.10; puede consultarse en file:///C:/Users/user/Downloads/WP-2019.10-FR-v8-WEB.pdf.

16 –Argumentos sobre normas de remuneración mínima también para los autónomos, en DAVIDOV, G.: “The Status of Uber Drivers: A Purposive Approach”. *Spanish Labour Law and Employment Relations Journal*, 2017, Vol. 6. No.1-2, pp: 6–15. GROSHEIDE, E. and BERENBERG, M.: “Minimum Fees for the Self-Employed: A European Response to the ‘Uber-ized’ Economy?” *The Columbia Journal of European Law*, 2016, Vol. 22, No.2, pp: 193–236.

17 Vid. MEXI, M.: *Social Dialogue and the Governance of the Digital Platform Economy: Understanding Challenges, Shaping Opportunities* Background paper for discussion at the ILO-AICESIS-CES Romania International Conference (Bucharest, 10–11 October 2019). Puede consultarse en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---dialogue/documents/meetingdocument/wcms_723431.pdf.

De ahí que en el último informe de Eurofound, *Platform work: Maximising the potential while safeguarding standards?*¹⁸, 2019, en el contexto de análisis de cinco tipos de plataformas (tres de trabajo off-line/on-location; dos de trabajo on-line), se exprese, de nuevo, la dificultad de dar respuesta única (*on-size-fits-all approach*). Y sobre la cuestión más debatida, la del estatus de empleo de los trabajadores de plataformas, promueve la solución siguiente:

“...policymakers might consider instituting a default classification as employee or self-employed based on the typology of platform work. It would then rest with the platforms to provide justification for a different employment status on the basis of their individual business model and the mechanisms by which it operates”

Se anunciaba no hace mucho tiempo atrás que el enfoque en el seno de la UE se orientaba a fortalecer gradualmente y aclarar el concepto comunitario de “trabajador” a través de la adopción de nuevos instrumentos normativos, Directivas y Recomendaciones¹⁹. Pero la realidad normativa, como se verá en el epígrafe siguiente, se ha impuesto a estas propuestas doctrinales de expansión o ampliación del concepto, con una solución final mucho más contenida.

Algunos de los principales problemas y discusiones (tales como el estatus de empleo y las condiciones de trabajo en las distintas formas de empleo, incluido en los documentos más actuales el trabajo en plataformas) se han tratado por la Comisión Europea en la Estrategia sobre un Mercado Digital²⁰; por la Comisión y el Parlamento en la Agenda Europea para la Economía Colaborativa²¹; y en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, aprobado conjuntamente por el Parlamento Europeo, el Consejo y la Comisión el 17 de noviembre de 2017. La relevancia del tema está ampliamente justificada ya que este fenómeno emergente personifica los efectos de las tendencias concomitantes que remodelan el mercado laboral, incluyendo la reestructuración, la externalización, la descentralización y el trabajo por cuenta propia y terciario. Para decirlo sin rodeos, el significado del trabajo de plataforma –cuyas proporciones exactas siguen siendo objeto de controversia– va

.....

18 Puede consultarse en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef19045en.pdf.

19 En este sentido se pronunciaban COUNTOURIS, N and DE STEFANO, V.: *New Trade Union Strategies...cit.*, p. 16.

20 COMUNICACIÓN DE LA COMISIÓN AL PARLAMENTO EUROPEO, AL CONSEJO, AL COMITÉ ECONÓMICO Y SOCIAL EUROPEO Y AL COMITÉ DE LAS REGIONES relativa a la revisión intermedia de la aplicación de la Estrategia para el Mercado Único Digital Un mercado único digital conectado para todos COM/2017/0228 final. Puede consultarse en <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/HTML/?uri=CELEX:52017DC0228&from=ES>.

21 Resolución del Parlamento Europeo, de 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa; puede consultarse en http://www.europarl.europa.eu/doceo/document/TA-8-2017-0271_ES.html.

mucho más allá de su relevancia actual como fuente de empleo²². Y como ha expresado Ichino²³, la respuesta a las necesidades legales y sociales y a los problemas que plantean las plataformas de mediación laboral no es restringir este tipo de trabajo. El desafío más apremiante para el Derecho del Trabajo hoy en día no es cómo rediseñarlo para incluir nuevas formas de trabajo sino en cómo crear derechos para los trabajadores en su ‘transición del viejo al nuevo trabajo’.

3. DERECHO DE LA UE. TRABAJO EN PLATAFORMAS Y CONCEPTO COMUNITARIO DE TRABAJADOR

Hace ya más de una década, el Libro verde de la Comisión Europea, *Modernizando el Derecho del trabajo para alcanzar los retos del SXXI*²⁴, decía:

"La aparición de distintas formas de trabajo atípicas difumina las fronteras entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. La distinción binaria tradicional entre trabajador por cuenta «ajena» y trabajador por cuenta propia ya no refleja fielmente la realidad económica y social del trabajo. Pueden surgir diferencias sobre la condición jurídica de una relación laboral cuando está oculta o si surgen verdaderas dificultades de ajuste entre unas nuevas modalidades de trabajo dinámicas y la relación laboral tradicional."

Y continuaba:

"La noción de «trabajo económicamente dependiente» abarca situaciones que se hallan entre las nociones claramente definidas de trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Esta categoría de trabajadores carece de contrato de trabajo. No depende de la legislación laboral, dado que ocupa una «zona gris» entre el Derecho laboral y el Derecho mercantil. Aunque son oficialmente «tra-

22 ALOISI, A.: *Negotiating the digital transformation of work: non-standard workers' voice, collective rights and mobilisation practices in the platform economy*; EUI Working Papers, NWP 2019/03. Puede consultarse en https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=3404990.

23 ICHINO, P.: "A new labour law for platform workers and umbrella companies", en WASS, B., PAVLOU, V. and GRAMANO, E. (Eds): *Work Organisation, Labour & Globalisation, Digital Economy and the Law*, 2018, Vol.12, Núm.2, pp. 12-22.

24 Puede consultarse en [http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com\(2006\)0708_/com_com\(2006\)0708_es.pdf](http://www.europarl.europa.eu/meetdocs/2004_2009/documents/com/com_com(2006)0708_/com_com(2006)0708_es.pdf).

bajadores por cuenta propia», estos trabajadores dependen económicamente de un solo empresario o cliente/empleador para la obtención de sus ingresos. Este fenómeno debería diferenciarse claramente de la falsa utilización, de forma deliberada, de la calificación de trabajo por cuenta propia.²⁵ Algunos Estados miembros ya han adoptado medidas legislativas para proteger la situación jurídica de los trabajadores por cuenta propia económicamente dependientes y vulnerables."

Desde entonces, ¿ha cambiado y en qué sentido el concepto de trabajador en el Derecho de la UE?; ¿hay una tendencia generalizada al respecto?; ¿qué aporta en este sentido el TJUE?

Hasta la fecha no se ha afrontado la modificación profunda de las Directivas sobre Trabajo Atípico, esto es, la Directiva sobre trabajo de duración determinada, Directiva sobre trabajo a tiempo parcial y Directiva sobre Agencias de Trabajo Temporal. De modo que en la actualidad el referente normativo es la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles, mucho más ambiciosa que su predecesora, la Directiva 91/533/CEE, porque, si bien desarrolla la obligación de informar sobre las condiciones de trabajo, también incluye en su parte segunda aspectos esenciales relativos a la prestación de trabajo; entre ellos, período de prueba, pluriempleo, asignación de tareas, cambio de contrato, derecho a la formación profesional.

Esta Directiva es fruto de la iniciativa europea sobre el Pilar Europeo de Derechos Sociales (en concreto en relación con los principios 5^o²⁶ y 7^o²⁷). Y permite de nuevo afrontar

.....

25 En torno al "falso autónomo", el CESE proponía no hace mucho tiempo profundizar en la presunción del contrato de trabajo "si se cumplen al menos cinco de los siguientes criterios respecto de la persona que lleva a cabo el trabajo: (a) esta persona depende de una única persona a la que presta servicios en una proporción que asciende a como mínimo el 75 % de sus ingresos durante un período de un año; (b) esta persona depende de la persona a la que presta el servicio para determinar qué trabajo debe realizarse y dónde y cómo debe llevarse a cabo; (c) esta persona realiza el trabajo utilizando equipamiento, herramientas o materiales proporcionados por la persona a la que presta el servicio; (d) esta persona está sujeta a un horario o a períodos laborales mínimos fijados por la persona a la que presta el servicio; (e) esta persona no puede subcontratar a otras personas para que la substituyan en la prestación; (f) esta persona está integrada en la estructura del proceso de producción, la organización del trabajo o la jerarquía de la empresa u organización; (g) la actividad de esta persona es un elemento esencial en la organización y consecución de los objetivos de la persona a la que presta el servicio, y (h) esta persona lleva a cabo tareas similares a las de los empleados o, en caso de que el trabajo se externalice, a las que llevaban a cabo los empleados con anterioridad". Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el «Uso abusivo del estatuto de trabajador autónomo» (Dictamen de iniciativa), 2013/C 161/03, DOUE de 6 de junio de 2013.

26 Capítulo II, principio núm.5: "Con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo, acceso a la protección social y formación. Debe fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. De conformidad con la legislación y los convenios colectivos, debe garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico. Deben promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad. Deben fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y facilitarse la movilidad profesional. Deben evitarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. Los periodos de prueba deben tener una duración razonable.

27 Capítulo II, principio núm.7.7: "Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido. Los trabajadores tienen derecho a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en periodo de prueba. Antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de

el análisis del concepto comunitario de trabajador y, en particular, el de plataformas digitales, testando al respecto los recientes debates sobre su estatus jurídico a nivel de la UE.

Conviene brevemente recordar el contexto en el que surge esta Directiva, tendente a la extensión del ámbito de protección del Derecho del Trabajo en un proceso acelerado de transformación digital, tal y como explica el Grupo de Alto Nivel de la UE en su Informe sobre el “Impacto de la transformación digital en los mercados laborales de la UE”²⁸ con un enfoque inclusivo y equitativo.

Ante las dos posibilidades abiertas, redefinir el concepto de trabajador o introducir una categoría intermedia, se propuso inicialmente por la Comisión Europea adoptar un concepto de trabajador, definiendo un ámbito de aplicación personal relativamente amplio. Se presentaba como una iniciativa pionera porque por primera vez en el Derecho Social de la UE se proponía “codificar” el concepto asumido por el TJUE a lo largo de estos años, de modo que podía entenderse como afianzamiento de la tendencia comunitaria desde la fragmentación normativa hacia el incremento de la “universalidad” (limitada) propuesta progresivamente por el TJUE²⁹ sobre la “idea de necesidad de protección inherente a la norma a aplicar en cada caso”³⁰.

La propuesta fue fuertemente contestada por los Estados miembros tras el dictamen motivado del Parlamento sueco en el que se afirmaba que el Proyecto no cumplía con el principio de subsidiariedad. Y tampoco ahorraron críticas los interlocutores sociales, aunque en sentido diverso unos respecto de otros.

Los empresarios europeos se declararon “fuertemente opuestos a la introducción de una definición de trabajador a nivel de la UE” (...) Los Estados miembros deben conservar la responsabilidad de la decisión política de definir quién es empleado y quién es autónomo “, de acuerdo con las no exactamente coincidentes medidas nacionales entre los diferentes Estados (Business Europe 2018³¹).



preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada.

28 <file:///C:/Users/user/Downloads/FinalReportHLGontheImpactoftheDigitalTransformationonEULabourMarkets.pdf>.

29 Últimamente, COUNTOURIS, N.: “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, Vol. 47, Núm.2, July 2018.

30 MOLINA NAVARRETE, C.: *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*; Wolters Kluwer, Madrid, 2017, p. 119.

31 Business Europe (2018) Commission’s proposal for a Directive on transparent and predictable working conditions, BusinessEurope’s views, 26 febrero 2018. Puede consultarse en https://www.busesseurope.eu/sites/buseur/files/media/position_papers/social/2018-02-26_busesseurope_position_draft_directive_transparent_predictable_working_conditions.pdf. Se recuerda en relación con las prácticas nacionales, en relación con la jurisprudencia –se dice amplia y extensiva– del TJUE, que: “The definition used so far by the ECJ in concrete cases is broad and extensive. It fails to adequately address the complex nature of the issue of who is an employee and who is self-employed. National definitions used for the purpose of the application of labour law or social security provisions are more precise. For example, in Austria, subjection to personal instructions is only one of six elements of personal dependency (in addition to integration in the company organization, compliance with regulations, control subjectivity, disciplinary responsibility and personal duty to work), which in turn is a prerequisite for the existence of an employment relationship. In Belgium, the intention of the parties has to be taken into consideration in any

Por otro lado, y en sentido contrario, se manifestó la Confederación Europea de Sindicatos porque en su opinión cerraba la puerta a la línea argumental para interpretar el concepto de “trabajador” en un sentido expansivo y para sustituir, en su caso, la falta de subordinación con argumentos económicos, en especial, el factor de vulnerabilidad económica en que pueden encontrarse trabajadores que pueden ser asimilados al concepto de trabajador basado más en la dependencia económica³².

Tal y como se preveía entonces, y pese al Informe del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2018, que incorporaba dos preceptos uno sobre el principio de primacía de los hechos y otro sobre la presunción de existencia del contrato de trabajo,³³ la propuesta sufrió importantes modificaciones en el Consejo, seriamente socavada la intención de la Comisión de salvaguardar un ámbito de aplicación personal uniforme que impidiera a los Estados miembros soslayar la definición de trabajador a estos efectos.

Lo que ahora queda de aquella propuesta pasa a ser un mero considerando, el 8, y una definición del ámbito personal de aplicación en los términos siguientes, art.1º.2:

“un contrato de trabajo o una relación laboral tal como se define en la ley, los convenios colectivos o la práctica en vigor en cada Estado miembro, teniendo en cuenta la jurisprudencia del Tribunal de Justicia”.

De la Jurisprudencia del TJUE, que da cuenta brevemente el considerando 8 de la Directiva³⁴, desarrollada inicialmente en el contexto de la libertad de circulación de los trabajadores

.....

assessment. In Ireland, the legal tests developed over time take account of factors such as control, mutuality of obligation, level of enterprise or entrepreneurship and integration into the business. The definition proposed by the Commission fails to address many of these factors. National definitions sometimes vary between sectors, branches of law (social security & labour law) and collective agreements, and this is considered useful in order to adapt to different work organisation practices. National definitions are adjusted when needed, including by case law, to the new developments on the labor markets. As developments and practices differ between countries (e.g. the ways casual work is organised including the existence of e.g. voucher work, zero hours contract), introducing a “one size fits all” forever EU definition would not be agile and therefore harmful for the creation of well-functioning labour markets and social security systems adapted to future developments”.

32 file:///C:/Users/user/Downloads/C_2017_6121_F1_OTHER_AUTONOMOUS_ACT_EN_V6_P1_947404.pdf.

33 El informe del Parlamento Europeo de 15 de noviembre de 2018 incorporaba dos preceptos que, en gran medida, recuerdan los conflictos y soluciones judiciales contradictorias en muchos de los países de la Unión Europea en torno al supuesto del trabajo en plataformas digitales y su calificación jurídica. En efecto, el Parlamento propuso introducir el art.14 bis (con la rúbrica “Primacía de los hechos”), y disponía que “La determinación de la existencia de una relación laboral (*employment relationship* en el texto en inglés) se guiará por los hechos relativos a la ejecución real del trabajo y no por el modo en que las partes describen la relación”. Y el art.17 bis, que expresaba que “La carga de la prueba de la ausencia de una relación laboral recaerá en la persona física o jurídica que se identifique como empleador”. Este último ha desaparecido en la versión definitiva oficial de la Directiva; y el art. 14 bis ha quedado incorporado al Considerando 8, vid. infra.

34 Dice el Considerando 8: “En su jurisprudencia, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Tribunal de Justicia») ha establecido criterios para determinar el estatus de un trabajador. La interpretación que el Tribunal de Justicia hace de esos criterios debe tenerse en cuenta en la aplicación de la presente Directiva. **Siempre que cumplan esos criterios**, los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, **los trabajadores de las plataformas en línea**, los trabajadores en prácticas y los aprendices pueden estar incluidos en el ámbito de aplicación de esta Directiva. **Los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen**

(art.45 TFUE) destacan los rasgos o elementos básicos de la definición comunitaria de trabajador (*worker*), que, conforme a la Directiva, se han de tener en cuenta en su implementación.

Recordemos que el concepto autónomo, comunitario, de trabajador conforme a la Jurisprudencia del TJUE es el que conocemos como “test Lawrie Blum” adelantó las que serán señas de identidad en esta materia³⁵: 1) El fundamento: la libre circulación de los trabajadores es uno de los principios fundamentales de la Comunidad. 2) La consecuencia: el concepto de trabajador a estos efectos debe tener una interpretación uniforme, comunitaria y autónoma respecto de la formulada por las legislaciones nacionales. 3) La razón: se impide que los Estados Miembros modifiquen a su voluntad el concepto y, en consecuencia, eliminen la protección prevista por el TFUE a estas personas. 4) El concepto: se basa en un criterio objetivo de definición de la relación laboral (*employment relationship* en la versión inglesa) en torno a “los derechos y deberes” de los sujetos (obligaciones recíprocas o “mutuality of obligations”, en la orientación doctrinal anglosajona) y se define como la realización por una persona, “durante un cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, ciertas prestaciones, por las cuales percibe una remuneración”. 5) El test-trabajador: gira en torno a los tres criterios acumulativos (dependencia, remuneración y “actividad económica”) que el TJUE considera necesarios para que haya relación laboral, diferenciando desde entonces a los que son trabajadores a efectos del Derecho de la UE de quienes son genuinos trabajadores por cuenta propia (*self-employed*).

Realización de una actividad económica, es decir, trabajo genuino y efectivo y no puramente marginal u ocasional. Conforme a la Jurisprudencia del TJUE que “la actividad perseguida sea genuina y efectiva, con exclusión de actividades en una escala tan pequeña que se considere puramente marginal y auxiliar” (Asunto 53/81) y sobre todo, la referencia a trabajo realizado bajo dependencia personal, subordinación o también denominada dependencia organizacional.

Una de las cuestiones actuales más debatidas es la posibilidad de una interpretación extensiva o amplia, o digámoslo sin rodeos, sobre si el TJUE avanzará hacia un concepto de dependencia económica, tal y como se plantea por un sector de la doctrina en el con-

.....

estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva. ***La determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación***” (la negrita y cursiva nuestras). Se citan las sentencias del TJUE siguientes: 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13; y de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

35 Véase al respecto, SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: “concepto de trabajador”, en García Murcia, J. (Dtor): *Condiciones de Empleo y Relaciones Laborales en el Derecho de la Unión Europea*, Thomson-Reuters Aranzadi, 2017, pp. 45 y ss.

texto de la UE; todo sea porque en el texto definitivo de la Directiva ha desaparecido la enmienda del Parlamento Europeo tendente a introducir en el inicial concepto propuesto por la Comisión la expresión en caso de “dependencia o de subordinación entre ambas”.

EL TJUE no ha utilizado factores económicos para ampliar el ámbito de aplicación de las normas de la UE desde la subordinación personal hacia la dependencia económica; cuestión que solo en el ámbito del derecho de la competencia se ha aplicado. Y aunque la doctrina ha explorado las posibilidades de que la interpretación del TJUE pueda ir más allá del enfoque de un concepto restringido de trabajador hacia la valoración de factores económicos³⁶, la realidad, hasta la fecha, no permite atisbar un cambio sustancial en su doctrina. Elementos económicos, generalmente la referencia a una “real y actividad genuina”, sólo entran en juego en el contexto de la exclusión potencial de personas que trabajan en una relación de subordinación personal desde el ámbito de aplicación de las disposiciones relativas a los trabajadores.

De ahí que se plantee la posibilidad de que el TJUE explore otras posibilidades, más allá del punto de partida sobre el concepto de trabajador tal y como lo recoge el art.45 TFUE que ahora no se estima adecuado para el desarrollo de un sistema autónomo europeo de concepto de trabajador para se aplicado al campo más típico del derecho laboral, es decir respecto de normas de protección de personas que trabajan con una autonomía real limitada debido a sus restricciones económicas³⁷.

Pongamos un ejemplo. En fechas recientes se ha preguntado directamente al TJUE si la relación laboral para que lo sea, debe ser subordinada y la respuesta ha sido positiva. En la sentencia de 11 de abril de 2019, Asunto C-603/2017, cuestión prejudicial planteada por el Tribunal Supremo del Reino Unido, se expresa que la relación laboral presupone la existencia de un nexo de subordinación (o dependencia personal u organizativa) de apreciación en cada caso concreto en función del conjunto de los hechos y circunstancias que caracterizan a las relaciones existentes entre las partes³⁸.

Se reitera el concepto comunitario pretoriano de trabajador, “según criterios objetivos... atendiendo a los derechos y los deberes de las personas interesadas”, y reafirma el criterio o rasgo sustancial de distinción, definido como estar bajo la dirección de la persona en favor de la que se realiza la prestación de servicios. Expresión que concreta el rasgo estructural de la dependencia personal o subordinación como requisito esencial de la relación laboral. Dicho de otra forma, el TJUE se reafirma en la concepción técnico-jurídica de dependencia, que no estima superada y menos sustituida por una concepción más económica, con tendencia finalista atendiendo al criterio sociológico y económico de la vulnerabilidad del

36 Éste es el estudio de RISAK, M. Y DURINGER, T.: *The concept of ‘worker’ in EU law. Status quo and potential for change*, Report 140, ETUI, 2018.

37 RISAK, M. and DURINGER, T.: *The concept...*cit., p. 46.

38 Recordando, entre otros asuntoS, la sentencia de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, Asunto Danosa; o la sentencia C-.47/14, Asunto Holterman Ferho.

sujeto que presta servicios para otro. Cierra la puerta, parece, a aquella línea alternativa de argumentación que interpretara extensivamente el concepto de trabajador sustituyendo el nexo de subordinación por el de dependencia económica³⁹ o matización del criterio de dependencia más allá del control estricto por la “dirección o supervisión”.⁴⁰

Ese requisito deriva de los hechos y circunstancias relevantes en el caso concreto (test o sistema de indicios) y se manifiesta o define a partir del doble criterio control–dirección por quien recibe la prestación, el empresario, que dispone de un poder contractual de organización. El análisis conjunto de diferentes resoluciones del TJUE nos aproxima a los significados de esos criterios; entre ellos: que la persona esté bajo la dirección y supervisión de la otra parte; que la persona para la que realiza el trabajo determine los servicios que ha de prestar y su tiempo de trabajo; que el trabajador no tenga libertad para elegir sus propias horas de trabajo, su lugar de trabajo y el contenido del mismo; que la persona para la que se presta la actividad supervise y evalúe permanentemente las actividades del que las presta; si la persona no participa en los riesgos comerciales del empresario y si está integrada en la empresa durante el período de la relación laboral.

Recuerda el Abogado General en sus Conclusiones, apartado 43, trayendo a colación doctrina del TJUE, en referencia conjunta a sentencias sobre Libre circulación (Asuntos *Lawrie Blum*, *Allonby*, entre otros) y de armonización en materia de política social (Asunto *Sindicatul Familia Constata*, C-147/17), que el sometimiento a la dirección de otra persona consiste en que éste impone no sólo las prestaciones que debe desarrollar, sino sobre todo la forma en que debe hacerlo y cuyas instrucciones y normas internas debe respetar. “De modo que para determinar la existencia (o ausencia) de dicha relación de subordinación procede centrarse en la autonomía y flexibilidad del trabajador para elegir el horario, el lugar y modo de desarrollar las tareas y/o en la supervisión y control que el empresario ejerce sobre la forma en que el trabajador desempeña sus funciones”.

Atendiendo al concepto de comunitario de trabajador, no modificado por la Directiva 2019/1152, y al contexto del Derecho Social de la UE, centremos nuestra atención en varias cuestiones relacionadas con los trabajadores de plataformas.

1) ¿Es la Directiva 2019/1152 la respuesta legal comunitaria a esta forma de empleo (en concreto en relación con las plataformas que prestan el servicio subyacente)⁴¹?

.....

39 Aunque se hable al respecto de “posibilidades para el cambio”, RISAK, M. and DURINGER, T.: *The concept of worker...*, op. ult. cit.

40 De modo que pudieran quedar incluidas en el concepto comunitario de trabajador algunas nociones nacionales de relaciones laborales “cuasi–subordinadas”. Pero manifiesta que es una cuestión abierta hasta qué punto el TJUE puede estar dispuesto a incluir en el concepto de la UE de “trabajador” a los trabajadores autónomos nacionales que dependen económicamente de un cliente o usuario principal. COUNTOURIS, N. and DE STEFANO, V.: *New Trade Union Strategies...*, cit.

41 No, por tanto, aquellas que sólo son intermediarias. De nuevo, la distinción entre un tipo de plataformas y otras y la respuesta actual del TJUE en la sentencia de 19 de diciembre de 2019 (asunto C-390/18), en relación con las plataformas

Es cierto que, entre otras posibles consideraciones, se advierte por un sector de la doctrina que, cuando no hay un mínimo de predictibilidad del trabajo, el trabajador puede rehusar el acuerdo de trabajo sin consecuencias. Lo que a sensu contrario quiere decir, según esta orientación doctrinal, que es compatible con el concepto de trabajador (por cuenta ajena, se entiende) que no haya un mínimo de predictibilidad en el trabajo.

La Directiva no es la respuesta legal comunitaria a esta forma de empleo. Ni hay una aplicación automática de la misma a los trabajadores en plataformas. Porque para que estos trabajadores puedan disfrutar de los derechos (incluido el derecho del trabajador a rehusar el acuerdo de trabajo, art. 10) deben ser reclasificados de falso trabajo por cuenta propia cuando en el caso concreto cumplan, de conformidad con la regla de la primacía de los hechos, con los criterios que determinan el estatus de trabajador conforme a la jurisprudencia descrita; lo que cabe indicar tanto para un tipo de trabajadores en plataformas (los que realizan bajo demanda trabajos off line) como para los trabajadores colectivos (crowdworkers) que realizan tareas únicamente en línea (piénsese en el trabajo a través de Amazon Mechanical Turk, Upwork, Click worker).

La Directiva no califica al trabajo en plataformas como trabajo por cuenta ajena ni dice que el trabajador en plataformas deba ser considerado, a los efectos de la aplicación de esta directiva, trabajador en sentido “comunitario”. Se le aplicarán las previsiones de esta directiva si logra alcanzar el concepto de trabajador en los términos previstos en las normas nacionales, de acuerdo con la jurisprudencia del TJUE. Sólo en este caso, quedarán protegidos contra patrones de trabajo impredecibles o imprevisibles (total o parcialmente), que mejorarán la transparencia de sus trabajos, en relación con la garantía de información y con la garantía del derecho al rechazo que prevé el art.10 de la norma comunitaria.

No debe olvidarse que la única mención expresa a esta forma de empleo aparece en el Cdo 8º, junto a otras modalidades no típicas de la prestación, pero no hay opción expresa por su calificación ni conjunto de disposiciones para ordenarla. De modo que, entre otros, la obligación de informar cuando el patrón de trabajo es total o principalmente imprevisible (Art.4º.2.m) y el denominado “derecho al rechazo” (art.10), se especifica para quien es trabajador, no para quien no es.

Y debe recordarse que en relación con esas nuevas formas de empleo, lo que cabe apli-



de alojamiento Airbnb. Puede consultarse en <http://curia.europa.eu/juris/liste.jsf?language=es&jur=C%2CT%2CF&num=C-390/18>. A diferencia de lo que sucedió en el caso Uber, en el caso de Airbnb, el servicio de intermediación que presta no forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal sea un servicio al que corresponda otra calificación jurídica. En el caso de Airbnb, **su actividad es perfectamente disociable de la transacción inmobiliaria de alojamiento que la plataforma no presta. Airbnb no ejerce una influencia decisiva en las condiciones de prestación de los servicios de alojamiento** a los que está vinculado su servicio de intermediación. La plataforma **no determina o limita el importe del alquiler** solicitado por los arrendadores que utilizan su plataforma. A lo sumo, pone a su disposición una herramienta opcional de estimación del precio de su arrendamiento en función de los precios medios del mercado en dicha plataforma, dejando a los arrendadores la responsabilidad de fijar el precio del arrendamiento. **Tampoco selecciona los arrendadores ni los arrendatarios**, ni establece condiciones de calidad de los inmuebles.

car también para el trabajo en plataformas, se expresa que la clasificación falsa de un trabajador por cuenta propia en virtud de la legislación nacional no impide que la persona sea un trabajador en virtud de la legislación de la UE (lo que recuerda a la STJUE de 4 de diciembre de 2014, Asunto C-413/13 *FNV Kunsten*). Esto es, conforme a esta última resolución, si su independencia es sólo ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral (párrafo 35).

Aun cuando en la norma comunitaria se opta por la distinción binaria, y no aporta concepto legal de trabajador por cuenta ajena/trabajador autónomo, también a estos efectos (los de aplicación de la Directiva comunitaria concreta) habrá que estar la doctrina del TJUE sobre el “falso autónomo”, descrito como aquél “que realiza para un empleador, en virtud de un contrato de obras o de servicios, la misma actividad que los trabajadores asalariados de ese empleador, [...], es decir, ... que se encuentran en una situación comparable a la de esos trabajadores”.

Y resultan ilustrativos los pasajes siguientes de la citada sentencia cuando dispone:

“Por lo que se refiere al asunto principal, procede recordar que, según jurisprudencia reiterada, por una parte, un prestador de servicios puede perder su condición de operador económico independiente, y por tanto de empresa, cuando no determina de forma autónoma su comportamiento en el mercado sino que depende completamente de su comitente por el hecho de que no soporta ninguno de los riesgos financieros y comerciales resultantes de la actividad de éste y opera como auxiliar integrado en la empresa del mismo...”. Parágrafo 33.

“De ello se deduce que el estatuto de «trabajador» a efectos del Derecho de la Unión no se ve afectado por el hecho de que una persona sea contratada como prestadora autónoma de servicios con arreglo al Derecho nacional, sea por motivos tributarios, administrativos o burocráticos, siempre que actúe bajo la dirección del empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo ..., que no participe en los riesgos comerciales de dicho empresario... y que esté integrada en la empresa durante el período de la relación laboral y, de este modo, forme con ella una unidad económica”. Parágrafo 36.

2) El concepto de “realización personal de trabajo” y su expresión en el trabajo en plataformas. En particular la aplicación de la Directiva 2003/88 sobre tiempo de trabajo.

Recuérdese que la Comunicación Interpretativa de la Comisión Europea sobre la Directiva 2003/88/CE relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, afirma que:

“lo que resulta determinante para la aplicabilidad de la Directiva sobre el tiempo de trabajo no es el estatuto de la persona en virtud del Derecho nacional. Por el contrario, su aplicabilidad dependerá de si la persona interesada se considera «trabajador» (*worker*) con arreglo a la definición de trabajador de la jurisprudencia de la UE”⁴².

En torno a un elemento o rasgo sobre el que gira el debate en relación con el concepto de trabajador en el Derecho derivado de la UE y, en particular, sobre las opciones legislativas en torno al trabajo en plataforma, en concreto al significado de “prestación personal de trabajo”⁴³, se ha planteado el encaje en el ámbito de aplicación de esta Directiva, y en “su” concepto de trabajador, la actividad o prestación de servicios que no sea exclusiva o personal.

Debe advertirse al respecto que alguna de las propuestas doctrinales en torno a la ampliación o extensión del concepto de trabajador, también en el ámbito de la UE⁴⁴, aportaban como uno de los criterios orientadores de la dependencia económica como elemento o rasgo básico de la ampliación del concepto comunitario de trabajador a efectos de aplicación de las Directivas sobre política social el de que los servicios son realizados “en persona”: “the right to use substitutes is limited or does not make sense economically”. Basándose literalmente en la Recomendación del CESE cuando indicaba que los servicios se prestan en persona; el derecho a utilizar sustitutos está limitado o no tiene sentido económicamente.

En torno a esta cuestión (aunque no es exclusiva del trabajo en plataformas) gira uno los elementos o factores respecto de los que tribunales y opciones de política legislativa configuran la naturaleza de la actividad (véase, por ejemplo, infra la reforma legal en Italia); y respecto de un supuesto concreto de trabajo en plataformas digitales (de reparto) y en torno al concepto nacional de “worker”, se ha planteado una cuestión prejudicial al TJUE (Asunto C-692/19) por el Watford Employment Tribunal (Reino Unido) el 19 de septiembre de 2019 en el caso B / Yodel Delivery Network Ltd⁴⁵.

42 DOU C 165/1, de 24 de mayo de 2017. Sigue diciendo la Comunicación: “Esto, a su vez, significa que determinadas personas calificadas como «trabajadores autónomos» en virtud del Derecho nacional podrían, no obstante, ser consideradas «trabajadores» por el Tribunal de Justicia a efectos de la aplicación de la Directiva sobre el tiempo de trabajo. De hecho, el Tribunal ha precisado que «la calificación de “prestador autónomo” con arreglo al Derecho nacional no excluye que la misma persona deba ser calificada de trabajador por cuenta ajena o de trabajador a efectos del Derecho de la Unión si su independencia solo es ficticia y disimula lo que a todos los efectos es una relación laboral». El Tribunal apuntó a los elementos siguientes como posibles indicadores de la cualificación del «trabajador»: si la persona actúa bajo la dirección de su empresario, en particular por lo que se refiere a su libertad para determinar su horario, su lugar de trabajo y el contenido del mismo, si la persona no participa en los riesgos comerciales del empresario y si está integrada en la empresa durante el período de la relación laboral...”

43 Vid. DI STEFANO, V. and ALOISI, A.: *European Legal Framework of Digital Labour Platfoms*, European Commission, 2018, doi:10.2760/78590, JRC112243, pp.27–28, en lo que refiere al concepto de “trabajo personal”.

44 Vid. RISAK, M. and DURINGER, T.: *The concept of “worker”...*, cit., p. 46.

45 Sobre este proceso judicial en Gran Bretaña, y argumentos del Tribunal para presentar la cuestión prejudicial, puede consultarse en <http://employmentlawbulletins.com/wp-content/uploads/2019/09/Reference-for-a-Preliminary-Ruling-final-1.pdf>. La pregunta se planteó durante la consideración del tribunal de la situación laboral de un servicio de mensajería de paquetería de Yodel. El individuo usa su propio vehículo y teléfono móvil, no usa uniforme ni marca en su vehículo y no lleva ninguna forma de identificación provista por la compañía, pero sí usa un dispositivo de escaneo portátil de marca provisto por Yodel. No está obligado a realizar las entregas personal-

Son varias las preguntas planteadas⁴⁶, que trascienden más allá de la primera y sustancial siguiente: si el hecho de que un individuo tenga el derecho de contratar “sustitutos” para realizar todo o parte de su trabajo significa que no puede ser considerado un trabajador (worker) bajo la legislación británica, esto es, pasaría a ser considerado independent contractor. En concreto: ¿La Directiva 2003/88 / CE excluye las disposiciones de la legislación nacional que requieren que un individuo se comprometa a realizar todo el trabajo o los servicios que se le requieren, ‘personalmente’ para entrar en el ámbito de aplicación de la Directiva?

La trascendencia, como se aprecia en las preguntas formuladas, va más allá del tiempo de trabajo, y es el planteamiento global sobre la figura del worker y su aplicación al trabajo en plataformas digitales de reparto.

Recuérdese que la Directiva se traspuso en Reino Unido a través de la Working Time Regulations 1998 (WTR), y así como la Directiva no incluye definición del término “worker”, el art.2º de la norma nacional dispone que:

“In these Regulations “worker”... means an individual who has entered into or works under (or, where the employment has ceased, worked under) – 1. (a) a contract of employment, or 2. (b) any other contract, whether express or

.....

mente, pero se le permite utilizar un subcontratista para realizar todo o parte del servicio que está contratado para proporcionar. También se le permite entregar paquetes para otras empresas, incluso al mismo tiempo que trabaja para Yodel, por ejemplo, llevar paquetes para múltiples empresas de paquetería en su camioneta. Cuando comenzó a trabajar en 2017, firmó un contrato que declaraba expresamente que se trataba de un contratista independientes (independent contractor) por cuenta propia y no empleados (employee) o trabajadores (worker).

46 En particular, se pregunta: 2.1) ¿El hecho de que una persona esté autorizada para recurrir a subcontratistas o “sustitutos” para ejecutar total o parcialmente las actividades o servicios a que esté obligada significa que dicha persona no puede ser considerada un trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE, ya sea: 2.1.1) con carácter absoluto (por ser el derecho de sustitución incompatible con la condición de trabajador), o 2.1.2) solo en relación con el período durante el cual ejerza el derecho de sustitución (de modo que debe ser considerada como trabajador en los períodos durante los cuales ejecute personalmente las actividades o servicios)? 2.2) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE el hecho de que el demandante concreto no haya hecho uso de su derecho de subcontratación o sustitución, mientras que otros contratados en condiciones sustancialmente idénticas sí lo han hecho? 2.3) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE que otras entidades, entre ellas sociedades de responsabilidad limitada y sociedades de personas de responsabilidad limitada, estén contratadas en condiciones sustancialmente idénticas a las del demandante concreto? 3) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE que el presunto empleador no esté obligado a ofrecer trabajo al demandante concreto, es decir, que le ofrezca trabajo “cuando precise” de sus servicios, o que el demandante concreto no esté obligado a aceptarlo, es decir, que la actividad esté “siempre sujeta al derecho incondicional del mensajero a aceptar o no el trabajo ofrecido”? 4) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE que el demandante concreto no esté obligado a trabajar exclusivamente para el presunto empleador, sino que pueda prestar servicios similares simultáneamente a terceros, aunque sean competidores directos del presunto empleador? 5) ¿Es relevante para el reconocimiento de la condición de trabajador a efectos de la Directiva 2003/88/CE el hecho de que el demandante concreto no haya hecho uso de su derecho a prestar servicios similares a terceros, mientras que otros contratados en condiciones sustancialmente idénticas sí lo han hecho? 6) ¿Cómo debe calcularse el tiempo de trabajo a efectos del artículo 2, apartado 1, de la Directiva 2003/88/CE en una situación en que el demandante concreto no está obligado a trabajar un número fijo de horas, sino que puede decidir por sí mismo sus horas de trabajo dentro de un cierto margen, como por ejemplo desde las 7.30 hasta las 21.00? En particular, ¿cómo debe calcularse el tiempo de trabajo cuando: 6.1) el interesado no está obligado a trabajar exclusivamente para el presunto empleador durante dichas horas, o determinadas actividades realizadas durante ellas (por ejemplo, la conducción) pueden beneficiar tanto al presunto empleador como a un tercero; 6.2) se concede al trabajador un amplio margen de discrecionalidad en cuanto a la forma.

implied and (if it is express) whether oral or in writing, whereby the individual undertakes to do or *perform personally* any work or services for another party to the contract whose status is not by virtue of the contract that of a client or customer of any profession or business undertaking carried on by the individual; and any reference to a worker's contract shall be construed accordingly."

Si, según la norma británica, se requiere que una persona con estatus de trabajador (worker) "se comprometa a realizar **personalmente** cualquier trabajo o servicio" para la organización, para el Tribunal nacional proponente de la cuestión prejudicial, el derecho a realizar servicios para varios clientes diferentes es incompatible con este estado según la ley del Reino Unido.

El tribunal dice: "La ley del Reino Unido se centra en los derechos y obligaciones contractuales del supuesto trabajador y empleador. Además, en ausencia de una obligación contractual de proporcionar 'servicio de forma personal', un individuo no puede considerarse trabajador. Dicho de otra manera, un derecho general y sin restricciones a subcontratar el desempeño del trabajo o los servicios, incluso si no es ejercido por un reclamante en particular, no es compatible con el estatus de trabajador (worker)".

La cuestión prejudicial intenta poner coto a la interpretación no exactamente coincidente sobre el rasgo de "desarrollo personal" entre los tribunales británicos, respecto de la que señalábamos que tienen ante sí "el reto nada fácil de valorar, como si fuera una cuestión de grado o de nivel, la facultad de sustitución de quien ha sido contratado para prestar el servicio para que pueda afirmarse o, por el contrario, negarse en el caso concreto el carácter intuitu personae –desarrollo personal o personal performance–".⁴⁷

4. RESPUESTA LEGAL AL TRABAJO EN PLATAFORMAS EN OTROS PAÍSES

4.1. Países de la Unión Europea

Comentábamos más arriba las diferentes soluciones de política legislativa que acababan de ser adoptadas en países de la Unión Europea. Hagamos referencia a dos de ellas, Francia e Italia, que tienen como elemento común que no modifican el concepto de dependencia

.....

47 SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, Y.: "El trabajo en plataformas ante los tribunales: un análisis comparado", en PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, F. (Dtor): *El trabajo en plataformas digitales*; Wolters Kluwer, 2018, p. 76-77.

o subordinación, pero se extiende a estos trabajadores derechos en el ámbito del trabajo y de la protección social.

Estas opciones legislativas que en cierto modo exteriorizan una visión de un capitalismo de plataforma que promueve el autoempleo en referencia a la nueva economía digital no excluye, y de hecho admite expresamente, que las crecientes necesidades de protección contractual y asistencial, hasta ahora confinadas a la esfera del trabajo subordinado, se extiendan al autoempleo, buscando una sabia dosis entre “universalismo” y “selectividad” de la protección también para quienes quepa calificar como trabajadores autónomos en régimen de subordinación jurídica imperfecta.

El debate que ahora trasciende tras la adopción de medidas legales al respecto es la búsqueda de equilibrio para afrontar “adecuadamente” la naturaleza de la actividad real realizada por los trabajadores de plataformas, esto es, si centrarse en el papel de las herramientas digitales a la hora de organizar, controlar y disciplinar a la plantilla o por el contrario en la discontinuidad y la flexibilidad del modo de trabajar.

4.1.1. ITALIA. Los cambios legales tras la sentencia Foodora⁴⁸

Las modificaciones legales en 2019, tras los casos judiciales previos, se han producido en dos fases, con la finalidad de articular una respuesta legal en el sistema legal italiano que ha optado por la distinción binaria, entre trabajo asalariado (*lavoratore subordinato*)⁴⁹ y trabajo autónomo (*lavoratore autónomo*)⁵⁰.

48 Sentencia de la Corte di Appello de Torino 26/2019, de 11 de enero de 2019, publicada el 4 de febrero de 2019 (puede consultarse [file:///C:/Users/user/Google%20Drive/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Tribunales%20otros%20pa%C3%ADses%20platform%20economy/Italia/appellofoodora%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/user/Google%20Drive/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Tribunales%20otros%20pa%C3%ADses%20platform%20economy/Italia/appellofoodora%20(1).pdf)).

Sólo en parte anula la sentencia de primera instancia (que había excluido la aplicación del art.2ª del D. de 2015 y declarada la relación como *co.co.co*), reconociendo al repartidor el derecho a percibir el salario fijado en el Contrato colectivo del sector de la logística y transporte de mercancías; pero en ningún caso establece que se trate de un contrato de trabajo o prestación de servicios asalariada. Si no, bien distinto, interpreta a estos efectos el precepto supra citado, afirmando que se ha de proteger a los trabajadores autónomos en determinadas circunstancias. La duda que se planteaba antes de conocer el fundamento de la sentencia, era, según indicaba la doctrina laboralista italiana, si se habría dado paso decisivo en la creación de una subcategoría de trabajador autónomo, el hetero-organizado con tutela o protección “laboral”. Y la sentencia lo confirma sin ambages; asumiendo un criterio “clásico” de subordinación y declarando que en el caso concreto no hay indicios de tal (del poder de gestión y disciplinario del empleador, se entiende) y que el “*nomen iuris*” acordado por las partes, a efectos de la calificación de la relación jurídica, es pertinente (aunque no decisivo), desestima la pretensión principal de los demandantes (esto es, su calificación como trabajadores subordinados). Sobre el asunto “Foodora”, pueden leerse varios comentarios de la doctrina italiana. Entre otros, véanse los siguientes: CARABELLI, U. y SPINELLI, C.: “La Corte d’Appello di Torino ribalta il verdetto di primo grado: i riders sono collaboratori etero-organizzati”, *RGL*, 2019; DE LUCA TAMAJO, R.: La sentenza della Corte d’Appello Torino sul caso Foodora. Ai confini tra autonomia e subordinazione, *LDE*, 2019, n. 1; NOVELLA, M.: “Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse”, *LLI*, 2019, n. 5. ALOISI, A.: “With great power comes virtual freedom. A review of the fist Italian case holding that (food-delivery) platform workers are not employees”, puede consultarse en file:///C:/Users/user/Downloads/With_great_power_comes_virtual_freedom_A.pdf.

49 Art. 2094 DEL Codice Civil, define el trabajador subordinado como “una persona obligada, a cambio de una remuneración, a cooperar en la empresa mediante la prestación de servicios físicos o trabajo intelectual, bajo la dirección del empresario”. De modo que el rasgo o elemento clave de la definición es la sujeción personal del trabajador a las órdenes, poder organizativo y poder disciplinario del empleador.

50 Art. 2222 del Código Civil define el contrato de servicios (“*contratto d’opera*”) en virtud del cual, un traba-

Hace más de 45 años el legislador italiano introdujo un supuesto de autoempleo que fue erróneamente considerado como una categoría intermedia. La Ley N° 533 de 1973 modificó el párrafo 3 del artículo 409 del Código de Procedimiento Civil por la que se declaraba aplicable la legislación relativa a la solución de conflictos laborales a agentes comerciales y a todas las relaciones contractuales que impliquen una ejecución continua de trabajo, principalmente de carácter personal, aunque no en posición de subordinación (*collaborazione coordinata e continuativa*, la llamada Co.Co.Co.).

En 2015 se introduce el art.2 por el D. Legislat. 81/2015 (Job Act), que, bajo la rúbrica *Collaborazioni organizzate dal committente*, extiende la protección “laboral” a quienes prestan un trabajo *esclusivamente personal* y continuado en el que la forma de ejecución está organizada por el comitente, incluso en lo que se refiere al lugar y al tiempo de trabajo⁵¹. La disposición no implica la recalificación de la relación, que preserva la naturaleza autónoma deseada por las partes, sino solo la aplicación de la disciplina de mayor protección propia del trabajo subordinado.

En 2017 se modifica el art. 409 del C.p.c. para referirse a la colaboración coordinada y continuada (co.co.co.) genuina, entendida por tal la de colaboradores que organizan su trabajo de forma autónoma pero de conformidad con el acuerdo de coordinación que hayan aceptado mutuamente las partes. “La collaborazione si intende coordinata quando, nel rispetto delle modalità di coordinamento stabilite di comune accordo dalle parti, il collaboratore organizza autonomamente l’attività lavorativa”.

Parece oportuno recordar que el artículo 2 del Decreto Legislativo 81/2015 ha sido objeto de innumerables análisis doctrinales⁵², con acusada discusión entre los autores italianos. Esto se debe a que el primer párrafo del mismo puede tener un fuerte impacto en la relación de colaboración establecida, si ésta se caracteriza por los elementos a los que se refiere la prestación (continuidad, prestación del trabajo “exclusivamente” personal y hetero-organización del servicio).

Se resume afirmando que, en la colaboración hay que distinguir, si el desempeño del trabajo es organizado por el cliente o principal (*collaborazione etero-organizzata*), el co-

.....

jador autónomo realiza trabajo o servicios a cambio de una remuneración, principalmente a través de su propio esfuerzo y en la ausencia de una relación de subordinación con respecto al principal”.

51 Disponía el citado precepto: “A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro esclusivamente personali, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”.

52 Un análisis de las diferentes opciones interpretativas en DIAMANTI, R.: “Il lavoro etero-organizzato e le collaborazioni coordinate e continuative”, *Diritto delle Relazioni Industriali*, n. 1/2018, p. 105 y ss.

Un sector de la doctrina interpretaba el art.2 Job Act como norma encaminada a extender la disciplina de la relación de trabajo por cuenta ajena a las relaciones de trabajo por cuenta propia, que se mantienen separadas en el plano sistemático y calificativo, al tiempo que son asimiladas por el legislador a la subordinación en el nivel del tratamiento regulador, debido a la existencia de una “hetero-organización”: PERULLI, A.: “I lavoratori delle piattaforme e le collaborazioni etero-organizzate dal cliente: una nuova frontiera regolativa per la Gig Economy”, *Labor*, 2019, fasc. 3, 313 ss.

laborador debe ser tratado como un empleado (trabajador asalariado); si por el contrario el trabajo se organiza de forma autónoma, aunque en coordinación con el cliente (*collaborazione coordinata*), la actividad queda fuera del ámbito de la legislación laboral. Esto es, la *collaborazioni organizzate dal committente* exige prestación ejercida bajo el poder de organización de éste, de modo que el committente interviene en los métodos de ejecución del servicio, así como en el momento y lugar de ejercicio de la actividad; y el *co.co.co.*, en el que la coordinación del servicio no puede interferir su condición de trabajo por cuenta propia y por tanto, se realiza con plena autonomía en la organización del trabajo⁵³.

En este contexto se produce la intervención legislativa sobre plataformas digitales en 2019⁵⁴, ampliando e integrando algunas disposiciones de la Job Act, en particular, en su artículo 2º.

La primera fase, la de septiembre de 2019, a través del Decreto–legge 3 settembre 2019, n. 101 «Disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali», sin modificar el concepto de colaboración hetero–organizada, declaraba que la disposición normativa del art.2º.1 de la Job Act, 2015, *collaborazione etero–organizzata, se applicaba también* “cuando los métodos de ejecución del servicio se organizan a través de plataformas, incluidas las digitales”. De modo que el trabajo en plataformas digitales que se concreta en una **colaboración exclusivamente personal, continua y organizada por el cliente, también en relación con el tiempo y el lugar de trabajo**, pueden tener reconocido un sistema de protección similar al de los empleados, solo sujeto a las excepciones permitidas para la negociación colectiva.

La reforma también interviene en un ámbito más restringido, diseñando (con la introducción de un nuevo Capítulo V–bis en el cuerpo de este último decreto) una disciplina específica, de naturaleza residual y (en parte) complementaria, a favor de los “trabajadores independientes que realizan actividades de entrega de bienes en nombre de terceros, en áreas urbanas y con la ayuda de velocípedos o motocicletas, también a través de plataformas digitales”. Deja fuera el transporte de pasajeros, y bajo la rúbrica “Protección del trabajo a través de plataformas digitales, se define a estos efectos plataforma digital: los programas y procedimientos informáticos de las empresas que, independientemente del

53 Véase al respecto, PERULLI, A.: “Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro”, WP CSDLE “Massimo D’Antona, IT, 341–2017. Puede consultarse en http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20171020-085836_perulli_341-2017itpdf.pdf; también FIORILLO, L.: “Un diritto del lavoro per il lavoro che cambia: primi spunti di riflessione”, WP CSDLE “Massimo D’Antona” IT, 368–2018, puede consultarse en http://csdle.lex.unict.it/Archive/WP/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA/WP%20CSDLE%20M%20DANTONA-IT/20180711-084944_Fiorillo_n368-2018itpdf.pdf.

54 Sobre la reforma vid., entre otros, MARTINO, V.: “La riforma delle collaborazioni etero–organizzate e le nuove tutele per i riders”; *Rev. Lavoro Diritti Europa* 2019/3, puede consultarse en https://www.lavorodirittieuropa.it/images/vincenzo_martino_riders.pdf. BARBIERI, M.: “Della subordinazione dei cicofattorini”; *Labour and Law Issues*, 2019, Vol.5, n.2; puede consultarse en <file:///G:/Mi%20unidad/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Doctrina%20otros%20pa%C3%ADses%20Platform/Italia,%202019%20Barbieri.pdf>.

lugar de establecimiento, organizan la entrega de bienes, fijan el precio y determinan la forma de prestación del servicio”. Sin embargo, el decreto no contiene ninguna definición de plataforma no digital: en el informe explicativo de la medida se menciona, a este respecto, sólo el ejemplo de un “sistema de encaminamiento de las llamadas telefónicas”, pero la cuestión sigue siendo, como mínimo, oscura, especialmente en lo que se refiere al trazado de los límites entre lo que es una plataforma no digital y lo que no lo es.

El centro de gravedad de este nuevo marco regulatorio es, sin duda, la disposición contenida en el artículo 47–quater, añadido al decreto legislativo no. 81/2015 sobre el tema de la compensación (justa). Se prevé que los convenios colectivos celebrados por los sindicatos y las organizaciones de empleadores que son comparativamente más representativos a nivel nacional pueden definir criterios para determinar la remuneración general. Solo en ausencia de la estipulación de estos contratos, los trabajadores a los que se hace referencia en el artículo 47–bis, no serán pagados pieza por pieza, esto es, por entrega realizada, sino que tendrán derecho a una remuneración mínima por hora, de acuerdo con el contrato colectivo nacional de sectores similares o equivalentes. Otros comentaristas han señalado que esta medida, destinada a proteger los ingresos del rider, corre el riesgo, por el contrario, de hacer más precarias las condiciones de trabajo, ya caracterizadas por la discontinuidad del rendimiento. De hecho, la tarifa horaria está sujeta a la “condición de que, por cada hora de trabajo, el trabajador acepte al menos una llamada” (art. 47–bis, apartado 3, último plazo), por lo que los operadores de plataformas digitales, con el fin de eludir los límites de la ley, podrían contratar a más trabajadores, reduciendo así el número de entregas horarias de cada uno.

La regla más significativa, sin embargo, es la contenida en el Art. 47–ter, que, aunque limitada a un tema específico (Cobertura del seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales), por primera vez parece abrir un nuevo horizonte a la regulación del trabajo, traduciendo claramente en términos reglamentarios la idea, cultivada desde hace mucho tiempo pero nunca realizada, de la protección universal más allá de la cualificación de la relación en uno u otro sentido: “1. El derecho a la seguridad social y a la salud en el trabajo. Los empleados a los que se refiere este capítulo, independientemente de la calificación jurídica de la relación con la empresa propietaria de la plataforma digital, están sujetos a un seguro obligatorio contra accidentes de trabajo y enfermedades profesionales”.

La fase segunda de modificación legislativa es la Ley de Conversión del D–L 101/2019; L. 2 novembre 2019, n. 128. Conversione in legge, con modificazioni, del decreto–legge 3 settembre 2019, n. 101, recante disposizioni urgenti per la tutela del lavoro e per la risoluzione di crisi aziendali.

Mantiene el ámbito de tutela e introduce dos modificaciones muy importantes en el párrafo primero del art.2º de la Job Act, respecto de la colaboración hetero–organizada,

que se aplica “*anche* qualora le modalità di esecuzione della prestazione siano organizzate mediante piattaforme *anche* digital” (en el texto de septiembre se decía.” Le disposizioni di cui al presente comma si applicano anche ai lavoratori delle piattaforme digitali”), con la redacción definitiva siguiente:

“A far data dal 1° gennaio 2016, si applica la disciplina del rapporto di lavoro subordinato anche ai rapporti di collaborazione che si concretano in prestazioni di lavoro *prevalentemente personali*, continuative e le cui modalità di esecuzione sono organizzate dal committente”.

Comparando el texto en la versión de septiembre con el definitivo, resulta que:

1) El desempeño o la prestación de trabajo se dice ahora que será prevalente o principalmente (no exclusivamente) personal.

Exclusivamente habría que entenderlo en el sentido que el trabajador no proporciona recursos materiales (como PC, equipos, teléfono inteligente, etc.) ni hace uso de otros colaboradores.

Intervención muy significativa debido a su alcance sistemático, en especial en relación con el debate doctrinal suscitado en torno al art.2° Job Act. Esto es, entre quienes afirmaron que el art.2 Job Act era de naturaleza ampliadora de la subordinación; aquellos que la consideraron como regla aparente y no modificativa; y aquellos, por el contrario, que consideraron el artículo 2 como una norma que extiende las protecciones del empleo a una nueva categoría de colaboración autónoma, es decir, de una norma de extensión de la tutela hacia las zonas grises que gravitan entre la subordinación y la autonomía⁵⁵.

Desde esta perspectiva, parece que la norma afianza esta última posición porque, de conformidad con un sector de la doctrina italiana⁵⁶, *la naturaleza predominantemente*

55 En este sentido se pronuncia la Corte di Cassazione, Sentencia 1663/2020, de 24 de enero, resolviendo recurso contra la Sentencia de la Corte de Apelación de Turín (Asunto Foodora) de 4 de febrero de 2019. En particular los apartados 25 y 27 de la sentencia: “In una prospettiva così delimitata non ha decisivo senso interrogarsi sul se tali forme di collaborazione, così connotate e di volta in volta offerte dalla realtà economica in rapida e costante evoluzione, siano collocabili nel campo della subordinazione ovvero dell'autonomia, perché ciò che conta è che per esse, in una terra di mezzo dai confini labili, l'ordinamento ha statuito espressamente l'applicazione delle norme sul lavoro subordinato, disegnando una norma di disciplina” (apdo25). “Si tratta di una scelta di politica legislativa volta ad assicurare al lavoratore la stessa protezione di cui gode il lavoro subordinato, in coerenza con l'approccio generale della riforma, al fine di tutelare prestatori evidentemente ritenuti in condizione di “debolezza” economica, operanti in una “zona grigia” tra autonomia e subordinazione, ma considerati meritevoli comunque di una tutela omogenea. L'intento protettivo del legislatore appare confermato dalla recente novella cui si è fatto cenno, la quale va certamente nel senso di rendere più facile l'applicazione della disciplina del lavoro subordinato, stabilendo la sufficienza – per l'applicabilità della norma – di prestazioni “prevalentemente” e non più “esclusivamente” personali, menzionando esplicitamente il lavoro svolto attraverso piattaforme Digitali e, quanto all'elemento della “etero-organizzazione”, eliminando le parole “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro”, così mostrando chiaramente l'intento di incoraggiare interpretazioni non restrittive di tale nozione” (Apdo 27).

56 PERULLI, A.: *L'attività in prevalenza personale esclude la subordinazione dei co.co.org.* (Il sole 24 Ore, 15 de noviembre de 2019).

personal del servicio es completamente incompatible con la subordinación (sobre la base del artículo 2094 del Código Civil Italiano, es un trabajador asalariado el que se obliga a colaborar prestando “su” propio trabajo⁵⁷), mientras que la *prevalente personalidad del trabajo* está prevista tanto en la modalidad general de trabajo autónomo (artículo 2222 del Código Civil) como en la de colaboración coordinada y continuada, co.co.co (artículo 409, número 3, del Código de Procedimiento Civil). Un servicio que no sea totalmente “personal” entra en el ámbito del trabajo autónomo (art.2222 Código civil), ausente de subordinación, y por tanto incompatible con la relación laboral, descrita en el art.2094 Código Civil (actividad exclusiva y personal). Pero sin duda, no es tan fácil identificar los límites dentro de los cuales es posible considerar predominantemente personal un servicio prestado con la ayuda de una organización propia y distinta de la del cliente.⁵⁸

2) Se deroga la expresión “anche con riferimento ai tempi e al luogo di lavoro” (también con referencia al tiempo y al lugar del trabajo).

De modo que la hetero-organización de la prestación ya no se refiere necesariamente al tiempo y lugar del trabajo, sino solo a la forma en que se lleva a cabo la actividad. El segundo cambio, cuyo impacto operativo es mucho mayor que el primero, es la eliminación de la referencia al tiempo y al lugar de trabajo como un elemento calificador de la heteroorganización del desempeño laboral.

Supresión que facilita la no fácil distinción entre el trabajo hetero-organizado y el trabajo subordinado.

Hay, por tanto, una línea divisoria complicada entre el art. 2 y las disposiciones del art. 2094 del Código Civil italiano, que consiste en que “mientras que en la típica subordinación la objetivación de la fuerza de trabajo permite al acreedor ejercer un poder de intervención constante sobre las modalidades organizativas intrínsecas del comportamiento debido, afectando al objeto de la obligación y al proceso instrumental que mejor permite la consecución del resultado útil al acreedor, en el servicio “organizado por el cliente” el alcance de la acción de la autoridad es completamente impersonal, no está justificado en órdenes o directivas, sino que concierne a las modalidades organizativas extrínsecas del servicio y a su ejecución”.⁵⁹

57 Recuérdese, supra, la cuestión prejudicial planteada sobre esta cuestión al TJUE.

58 Sobre la diferencia entre “personalità esclusiva” e “personalità prevalente”, véase O. RAZZOLINI, O.: “Jobs Act degli autonomi e lavoro esclusivamente personale”, en FIORILLO, L, y PERULLI, A. (Dtores): *Il jobs act del lavoro autonomo*, Giappichelli, Torino, 2018, p.24: «deve ritenersi prestatore d’opera (lavoratore autonomo), ma non anche piccolo imprenditore, colui che svolga un’opera o un servizio nell’altrui interesse senza avvalersi di alcuna forma di organizzazione ma esclusivamente del proprio lavoro». Véase, tesis opuesta en Gionata Golo Cavallini: IL «NUOVO» LAVORO AUTONOMO QUALIFICAZIONE E TUTELE DOPO IL D.LGS. N. 81/2015 E LA L. N. 81/2017 DIRITTO DEL LAVORO IUS/07, https://air.unimi.it/retrieve/handle/2434/615459/1143901/phd_unimi_R11294.pdf.

59 PERULLI, A.: “Il Job Act del lavoro autónomo e agile...”, cit.

En el trabajo subordinado el poder de dirección del empresario normalmente también concierne al tiempo y al lugar de ejecución de prestación. Dicho de otra forma, y respecto de una de las cuestiones más discutidas sobre el trabajo en plataformas (también en España), la intervención legal permite que la relación de trabajo de los trabajadores en plataformas digitales de reparto se incardine en la colaboración hetero-organizada (por tanto, autónomos pero con ampliación de la tutela como si fuera un trabajo subordinado) cuando éstos elijan libremente la ubicación temporal del servicio dentro de las franjas horarias indicadas por el cliente y no estén obligados a seguir una ruta o camino predeterminado. Y ello frente a la versión primera que podría conducir a excluir de esta última área a los sujetos que eligen libremente la ubicación temporal del servicio dentro de los intervalos de tiempo indicados por el cliente y no están obligados a seguir un camino predeterminado.

De modo que la eliminación del “espacio” y del “tiempo” de la prestación hace que los trabajadores puedan determinar de forma autónoma el dónde y el cuándo de su prestación, siempre que el cliente organice, desde otra perspectiva, la actividad del prestador del servicio. Lo que ha expresado la jurisprudencia italiana en el sentido de que la hetero-organización proviene, no tanto de que el cliente determine el lugar y el tiempo del servicio, sino del hecho de que:

*«el servicio se rige por las reglas de la organización del “cliente” en cuyo contexto de producción el prestador del servicio está completamente insertado, o que el prestador del servicio no tiene márgenes apreciables de autonomía organizacional».*⁶⁰

Resultan muy ilustrativas, a nuestro juicio, las consideraciones que a la regulación legal por la doctrina italiana. En concreto, P. Ichino (véase en <https://www.pietroichino.it/?p=54161#more-54161>) dice que la norma es equivocada y que permanece anclada a patrones y cultura del trabajo del siglo pasado, es decir, al contexto de la segunda y tercera revolución industrial; pero los trabajadores de plataforma pertenecen al siglo XXI, al contexto de la cuarta revolución industrial. Aplicar a esta forma de organización del trabajo las técnicas de protección nacidas para el trabajo en las grandes plantas industriales del siglo XX equivale a poner esta nueva forma de organización del trabajo fuera de la ley. Y concluye: “La verdadera protección de las personas que se dedican a esta actividad y que tienen como objetivo mejorar su nivel de ingresos no puede ser la imposición de un nivel mínimo más alto que la productividad laboral”.

.....

⁶⁰ Trib. Roma 8 settembre 2016, n. 7323, est. Conte (y otras sucesivas, 8 maggio 2017, n. 4219; 5 marzo 2018, n. 1645; 12 marzo 2018, n. 1841).

4.1.2. FRANCIA. Trabajador independiente más responsabilidad social de las empresas

La Loi d'Orientation des Mobilités (LOM), adoptada por la Asamblea Nacional el 17 de septiembre de 2019, tras su consideración por el senado, se ha publicado como LOI n° 2019-1428 du 24 décembre 2019 en el Diario Oficial de la República Francesa⁶¹; Título III, capítulo II, que regula la incentivación de las innovaciones en la materia, Sección 3, *Réguler les nouvelles formes de mobilité et renforcer la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique*, que modifica varios artículos del Código de transportes y del Código de trabajo; la Ley núm. 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, sobre el trabajo, la modernización del diálogo social y la garantía de los itinerarios profesionales (cuyo art. 40 modificó el art.L.7342-1-2-3-4-5-6 del Código de Trabajo), en la que se incorporaron las nuevas disposiciones incorporadas por la Ley n° 2018-771 de 5 de septiembre de 2018, para la libertad de elegir el futuro profesional (art.40 bis, que modificó sustancialmente el art.L.7342-1 del Código de Trabajo en relación con el contenido de la Carta que la Plataforma debe entregar al trabajador⁶². Esta última norma, la de 2018, fue recurrida ante el Consejo Constitucional⁶³, cuya decisión se ha publicado el pasado 20 de diciembre de 2019 ⁶⁴.

61 https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?jsessionid=A8BB185BE6174BBFF9CE5CB9F7F28642.tplgfr33s_3?cidTexte=JORFTEXT000039666574&categorieLien=id.

62 Es importante recordar que este precepto dispone: "...la plataforma puede establecer una carta que determine las condiciones y procedimientos para el ejercicio de su responsabilidad social, definiendo sus derechos y obligaciones, así como los de los trabajadores con los que se relaciona. Esta carta, especifica en particular: "1° Las condiciones en las que se desarrolla la actividad profesional de los trabajadores con los que se relaciona la plataforma, en particular las normas según las cuales se ponen en relación con sus usuarios. Estas normas garantizan que la relación entre los trabajadores y la plataforma no sea exclusiva y que los trabajadores puedan utilizar libremente la plataforma; "2° Las modalidades destinadas a permitir a los trabajadores obtener un precio decente por sus servicios; "3° Los métodos para desarrollar las competencias profesionales y asegurar las carreras profesionales; "4°) Medidas destinadas en particular a: "a) Mejorar las condiciones de trabajo; "b) prevenir los riesgos profesionales a los que puedan estar expuestos los trabajadores a causa de su actividad, como, en particular, los daños causados a terceros; "5° Las modalidades de intercambio de información y diálogo entre la plataforma y los trabajadores sobre las condiciones de ejercicio de su actividad profesional; "6°) la forma en que se informa a los trabajadores de cualquier cambio relativo a las condiciones en las que ejercen su actividad profesional; "7° La calidad de servicio esperada en cada plataforma y las circunstancias que puedan suponer una ruptura de las relaciones comerciales entre la plataforma y el trabajador, así como las garantías de que éste goza en este caso; "8° Las garantías complementarias de protección social negociadas por la plataforma y de las que pueden beneficiarse los trabajadores, en particular para cubrir el riesgo de muerte, los riesgos que afecten a la integridad física de la persona o estén vinculados a la maternidad, los riesgos de incapacidad laboral o invalidez, los riesgos de incapacidad, así como la concesión de prestaciones en forma de pensiones de jubilación, subsidios o primas de jubilación o de fin de carrera. "La carta se publica en la página web de la plataforma y se adjunta a los contratos o condiciones generales de uso que la vinculan a los trabajadores. Y concluía el precepto: "El establecimiento de la carta y el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma en las materias enumeradas en los puntos 1° a 8° no pueden caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los trabajadores. "La autoridad administrativa decidirá sobre cualquier solicitud de evaluación de la conformidad del contenido de la carta con este título, formulada por la plataforma en las condiciones fijadas por decreto".

63 Sobre el recurso, véase ROJO TORRECILLA, E.: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/12/la-regulacion-contractual-de-los.html?m=1>.

64 <https://www.conseil-constitutionnel.fr/decision/2019/2019794DC.htm>.

Teniendo en cuenta que las nuevas disposiciones solo se aplicarían a las plataformas (i) que actúan en el sector del transporte con conductor y (ii) la entrega de mercancías por medio de un vehículo de dos o tres ruedas, motorizado o no (Artículo L. 1326-1 del Código de Transporte modificado), se incluye ahora la resolución del Consejo Constitucional, dispone ahora la LOM, art.44, en el art. L. 7342-9 del Código de Trabajo que:

“En el momento de su aprobación, el establecimiento de la carta [Disposiciones declaradas no conformes con la Constitución por la decisión del Consejo Constitucional n° 2019-794 DC de 20 de diciembre de 2019] no puede caracterizar la existencia de un vínculo de subordinación jurídica entre la plataforma y los empleados”.

Lo que quiere decir que, a diferencia del texto originario, en el que se decía que el trabajador de plataforma no podía invocar la existencia de esa carta y “el respeto de los compromisos asumidos por la plataforma”, para reclamar el estatus de trabajador por cuenta ajena, queda expedita la reclamación judicial para que los tribunales laborales determinen si en el supuesto concreto hay o no relación laboral subordinada. Lo que significa que no hay una garantía legal hacia las plataformas de evitar el riesgo de “reclasificación”.

A estos efectos, es significativa la Decisión del Consejo Constitucional, apartados 23 a 29, en la que se recuerda que la disposición impugnada tenía por objeto impedir la reclasificación hacia la existencia de una relación jurídica de subordinación cuando ésta se basa en el cumplimiento de los compromisos de la plataforma en las materias enumeradas en el art. L.7342 del Código de Trabajo y la carta ha sido aprobada.

Según lo dispuesto ahora en Código de Trabajo (vid.nota a pie 62) la carta puede referirse a derechos y obligaciones susceptibles de constituir indicios de una relación de subordinación del empleado en la plataforma (entre ellos, “la calidad del servicio que se espera, los métodos de control por parte de la plataforma de la actividad y su desempeño y las circunstancias que pueden llevar a una ruptura de las relaciones comerciales entre la plataforma y el trabajador”); de modo que, según el Consejo Constitucional, si bien, en principio, los empleados en relación con una plataforma que ha elaborado una carta ejercen su actividad de forma independiente en el contexto de la relación comercial establecida con ella, corresponde al tribunal, de conformidad con el Código del Trabajo, reclasificar dicha relación como contrato de trabajo cuando en realidad se caracteriza por la existencia de una relación jurídica de subordinación

Lo que quiere decir que el establecimiento de la Carta no privará a los trabajadores de la plataforma de la posibilidad de revertir la presunción, simple, de los trabajadores no

asalariados y, por lo tanto, de ver su relación calificada como trabajadores asalariados. si se cumplen los criterios del vínculo de subordinación: poder de dirección, control y sanción.

4.2. Reforma legal extracomunitaria. La no asunción del “dependent contractor” por la LEY CALIFORNIA, conocida como AB5

La Assembly Bill No. 5, aprobada el 18 de septiembre de 2019, modifica el Código de Trabajo y el Código de Seguro de Desempleo.

En breve, opta por la distinción binaria, employee– independent contractor (no introduce una categoría intermedia la de dependent contractor⁶⁵, similar a worker en UK). De nuevo, por tanto, refleja la dificultad del blanco–negro, del todo o nada, puesto que como se ha planteado por autores es difícil convencer de que lo mejor o más beneficioso para ambas partes sea la clasificación binaria mientras que, por el contrario, una clasificación intermedia entre empleados y contratistas independientes puede conducir a mejores resultados cuando las empresas mantienen el control de algunas acciones y sus trabajadores controlan otras, tal y como ocurre en muchas plataformas en línea.⁶⁶

Norma pensada especialmente para la gig economy, en especial, para el platform work (en cualesquiera de sus modalidades), incluye muchísimas excepciones, y se basa en la recepción legal del Test ABC de la Corte Suprema de California en el caso Dynamex. Para las excepciones, sigue aplicando el Test Borello (multifactor test, con prevalencia o relevancia del factor del “control”).

Recuérdese que el Caso Dynamex es la Decisión de la Corte Suprema de California de 30 de abril de 2018, emitida en el asunto Dynamex Operations West, Inc. v. Superior Court of Los Angeles, introduce una presunción de trabajador asalariado (employee) a efectos de la legislación sobre salarios y beneficios de desempleo. Se afirmó entonces que una persona que proporcione trabajo o servicios a cambio de una remuneración se considerará un empleado (employee) y no un contratista independiente (independent contractor), a menos que la entidad contratante demuestre que se cumplen todas las siguientes condiciones (prueba ABC):

.....

65 Sobre las diferentes propuestas doctrinales en EEUU respecto de esta tercera categoría, y con carácter general una visión crítica de esta categoría híbrida, planteando sus dificultades, y con propuesta final hacia una intervención legislativa que establezca la presunción por defecto del status de empleado, véase CHERRY, M.A. and ALOISI, A.: “Dependent Contractors’ in the Gig Economy: A Comparative Approach”, *Legal Studies Research Paper Series*, St.Louis University, No. 2016–15. Puede consultarse en file:///G:/Mi%20unidad/Tecnolog%C3%ADa%20y%20Derecho%20del%20Trabajo/Dependent_Contractors_in_the_Gig_Econom.pdf.

66 Al respecto, HAGIU, A. and WRIGHT, J.: *The status of workers and platforms in the sharing economy*, *J Econ Manage Strat.* 2019;28:97–108; puede consultarse en https://onlinelibrary.wiley.com/doi/epdf/10.1111/jems.12299?shared_access_token=A8hc0Amy69YYwTdROBXmxIta6bR2k8jH0KrdpFOxC64weLgc-X4UQsO-50qtM5lThPqHoewA1glN7ROakXqLC7BJYOLJY_C9_3xJHDE3A7owjRrdRUrAHz6P1msC-sQ33jKWMF-bo33EJkY-EbF--fFCXizeTNWoDf0icLTauS64%3D.

(A) *La persona está libre del control y dirección de la entidad contratante en relación con la ejecución de la obra.*

(B) *La persona realiza un trabajo que está fuera del curso normal del negocio de la entidad contratante.*

(C) *La persona se dedica habitualmente a un comercio, ocupación o negocio establecido de manera independiente de la misma naturaleza que el que participa en el trabajo realizado.*

La norma introduce una sección nueva en el Código Laboral, 2750-3, y en el Código de Desempleo, 606.5, asumiendo literalmente los términos supra de la decisión del tribunal. Pero también es muy importante aclarar que incluye numerosas excepciones legales, respecto de las que a efectos de determinar el status de empleo de la persona concreta (employee o independent contractor) se regirá por el test de la prueba previsto en *S. G. Borello & Sons, Inc. v. Department of Industrial Relations* (1989) 48 Cal.3d 341.

¿Qué quiere expresar el *Test Borello*, previsto desde 1989? Téngase en cuenta que las excepciones en la ley son muchas, todas ellas sometidas a dicho test, entre otros, agentes de seguros con licencia, ciertos profesionales de la salud con licencia, corredores de valores registrados o asesores de inversión, vendedores directos, licenciarios de bienes raíces, pescadores comerciales, trabajadores que prestan servicios de peluquería o cosmetología con licencia, y otros que realizan trabajos bajo un contrato de servicios profesionales, con otra entidad comercial o de conformidad con un subcontrato en la industria de la construcción. Para estos casos exceptuados la ley establece los factores que se han de tener en cuenta para considerar que el trabajador es un employee (trabajador asalariado) en el caso concreto (seis o siete factores según los casos).

Brevemente sobre una de las condiciones del Test ABC, el primero A, relativo a la ausencia de control y dirección de la entidad contratante. “Control y dirección” que, como se ha expresado, tiene muchas dimensiones, de modo que el espectro de modelos de negocios intermedios es muy amplio, entre el de mercado puro –con el menor control posible sobre la forma en que los trabajadores realizan las transacciones con los clientes– y el de empleo puro con control total sobre los trabajadores. Se aventuraba al respecto que las empresas probablemente replantarían el modelo de negocio y se eliminarán muchos modelos de negocio intermedios, con diferentes grados intermedios de control que podrían ser más eficientes en la práctica. De modo que, en la actualidad, y contrariamente a lo que se preveía con la regulación legal, se ha planteado de nuevo la opción del dependent contractor; se ejemplifica al respecto que la asunción de mayor control sobre la forma en que los trabajadores interactúan con los clientes implicará una mayor restricción en turnos de trabajo específicos, exigencia de un número mínimo de horas para esa plataforma y en

áreas geográficas más limitadas. En concreto, en relación con las plataformas de transporte (para las que realmente está pensada la Ley californiana) se plantea si la reclasificación no implicará una restricción para que puedan trabajar en plataformas de la competencia. Sin olvidar que ya hay alguna respuesta de plataformas a la Ley AB5⁶⁷, reiterando la propuesta de dependent contractor; se dice que exigir un salario mínimo basado en las horas que un trabajador está disponible en la plataforma casi con toda seguridad empujaría a cada empresa a exigir que los trabajadores cumplan un número mínimo de horas en su plataforma y que no trabajen para rivales durante estos “turnos”.

5. REFLEXIONES FINALES

El debate sobre los retos actuales y futuros de un mundo del trabajo en rápida evolución tecnológica y la búsqueda de un consenso en el planteamiento de soluciones está abierto desde hace tiempo.

La OCDE (Policy Responses to New Forms of Work; The Future of Work) y la OIT (Trabajar para un futuro más prometedor) han presentado informes en los que urgen afrontar el cambio que el progreso tecnológico está produciendo en el mercado de trabajo y en las formas de empleo “tradicionales” o “típicas”.

La digitalización de la economía implica, ante todo, una profunda reconsideración del trabajo, de su organización, de su sentido social y de su regulación jurídica. De ahí que estos estudios destaquen las que se estiman cuestiones de interés común en torno a la economía digital, o más concretamente, en relación con la Economía de Plataformas Digitales. Se utiliza como una de las manifestaciones más vistosas de las tendencias del mercado de trabajo y se proyecta como ensayo de laboratorio para constatar el impacto del progreso tecnológico en la calidad del empleo.

Pero el planteamiento y las posibles soluciones están muy condicionados por la posición de partida, ideológica incluso, sobre la dialéctica entre el trabajo y la tecnología, sobre la tecnología y su impacto en el empleo y, en particular, sobre las plataformas digitales. Se perciben sesgadamente como meros instrumentos para cambiar la forma de ofrecer servicios en el mercado y de organizar el trabajo negando, sin prueba empírica alguna, que creen nuevos sectores productivos o nuevas ocupaciones. Con este sesgo se suelen

.....
67 Uber’s secret project to bolster its case against AB5, California’s gig-worker law; puede consultarse en <https://www.washingtonpost.com/technology/2020/01/06/ubers-secret-project-bolster-its-case-against-ab-california-gig-worker-law/>.

presentar como meras transformadoras de ocupaciones y empleos existentes e incluso se afirma con cierta laxitud que en el fondo hay un fin de elusión de obligaciones fiscales y de contribución social.

El debate público –del que se han hecho eco los medios de comunicación– sobre el trabajo en plataformas digitales se ha presentado como “blanco–negro”, con interés por enfrentar “todo y nada”. Entre, se afirma, la garantía total de derechos laborales y la más absoluta desprotección, calificando en general al trabajo desarrollado para un tipo de plataformas (en especial para las que ofrecen trabajo tradicional off line) como precario.

Debe explicarse que los casos judiciales en nuestro país acerca de la calificación de los trabajadores de plataformas dan respuesta a los conflictos concretos planteados y se resuelven interpretando y aplicando las reglas que existen en nuestra legislación. Pocos problemas en el Derecho, decía allá por 1944, el juez Wiley Blount Rutledge, de la Corte Suprema de EEUU, “han planteado tantos conflictos y diversidad de interpretaciones que los casos en los que hay que fijar la frontera entre la relación laboral y un acuerdo al margen de la relación empresario–trabajador asalariado”.

No es, por tanto, patológico que se haya acentuado el debate ante una realidad empresarial–tecnológica nueva. Y urge un consenso entre todos los actores implicados, por supuesto empresarios y trabajadores, y sus respectivas organizaciones, para plantear una solución equilibrada y justa a quien corresponde adoptar la decisión de política legislativa.

Los sectores económicos tradicionales de servicios off line buscan que haya reglas comunes para evitar la competencia desleal y piden no estar en desventaja respecto de sus competidores. Los sectores económicos como la hostelería, en especial, restauración, han encontrado un aliado perfecto en las plataformas digitales de reparto para aumentar sus posibilidades de mercado, en especial, las PYMEs. Los emprendedores digitales han conseguido irrumpir en la economía con nuevos modelos de negocio. He incluso, nos recuerda uno de los informes de la OCDE, hay países que encuentran posibilidades en la economía de plataformas digitales para sus parados.

No hay que demonizar a las plataformas digitales y al trabajo generado a través de las mismas. Muchos países han reconocido sus ventajas en términos de flexibilidad y autonomía para los trabajadores; de capacidad para proporcionar una fuente adicional de ingresos; de oportunidades para el autoempleo e, incluso, de su contribución al crecimiento económico. Pero también se presentan dificultades. Oportunidades y retos o dificultades que deben ponerse en la balanza para buscar soluciones equilibradas, no cortoplacistas, sino válidas para perdurar a largo plazo.

No se puede responder de forma apresurada a una realidad compleja y heterogénea. Una regulación excesivamente restrictiva puede frenar indebidamente la actividad empresarial y la innovación; pero, por el contrario, una extremadamente flexible puede correr

el riesgo de provocar “brechas” de protección o de garantía de aquellas que se vislumbran como condiciones “sociales” mínimas a modo de un suelo básico. La seguridad y salud en el empleo, una retribución mínima, acceso al sistema de seguridad social, desarrollo general de las carreras profesionales, no discriminación algorítmica y derechos colectivos, entre otras.

Ante esos retos se ha de responder a la cuestión siguiente: ¿es necesario crear una tercera categoría, entre asalariados y autónomos, la de trabajadores en plataformas? Y si la respuesta fuera positiva, ¿bajo qué premisas y con qué reglas?

Estamos al tanto de las soluciones adoptadas en otros países, de signo no exactamente coincidente; también de las cuestiones actuales planteadas en el contexto del Derecho Social de la Unión Europea. Y conocemos iniciativas voluntarias que algunas plataformas han adoptado individualmente o de forma acordada con los sindicatos. Confluye en las de los países de la Unión Europea, Italia ahora y en Francia, un común denominador: no se modifica el rasgo estructural de la dependencia o de la subordinación; no se califican como trabajadores asalariados, pero se reconocen ciertos derechos “sociales” a un tipo de estos trabajadores (no a todo trabajo realizado a través de plataformas).

En gran medida, estas opciones legislativas exteriorizan una visión del capitalismo de plataforma que promueve el autoempleo pero no excluyen, todo lo contrario, que la protección y garantía de condiciones de trabajo básicas y prestaciones sociales vinculadas al trabajo subordinado se extiendan a quienes son considerados trabajadores no asalariados o autónomos. Con todas sus imperfecciones, aciertos o errores, estas soluciones creativas intentan afrontar la realidad con una dosis equilibrada entre universalismo y selectividad de la protección de aquéllos a los que en el terreno de la calificación jurídica cabe entender como trabajadores autónomos pero que realizan su prestación de servicios organizados por el cliente.

Más que abrazar, de manera casi ideológica, una visión del trabajo a través de plataformas digitales como necesariamente subordinado, conviene instar a una valoración más articulada y atenta a verificar, sin prejuicios, los vínculos entre tecnología y trabajo, resaltando las nuevas oportunidades de crecimiento que ofrecen. Lo que se exige entonces es que, a través de un objetivo de gran angular, se diseñe una regulación con criterios razonables y justos.

No es la validez de las categorías tradicionales la que está en cuestión; ni se trata de verificar su idoneidad para resolver los problemas de calificación jurídica de la prestación de servicios en el marco de las plataformas digitales. Se trata de racionalizar los efectos que en términos de regulación derivan de la calificación.

Cuando se proyecta la realidad, heterogénea y compleja, del trabajo realizado a través de plataformas digitales en el sistema “binario” de calificación (trabajador asalariado/trabaja-

dor autónomo), hay un discurso que parece haber calado en la opinión pública alentando por quienes, a modo de filibusteros (en términos parlamentarios), pretenden convencer de que el sistema es inadecuado. Se proclama entonces la “obsolescencia” programada de las categorías tradicionales (como si fueran “algo” que ha pasado o ha de pasar a dejar de utilizarse), y se adopta una reacción defensiva. Reacción que consiste en proclamar a modo de discurso de larga duración que solo cabe afrontar la situación a través de una relectura del trabajo asalariado estándar. Y culmina en la propuesta de técnicas diversas que en el fondo o bien tienen como objetivo la recalificación de estos trabajadores como asalariados (subordinados); o bien se pide flexibilizar el significado de la dependencia o subordinación a través de mensajes intencionales o teleológicos que se basan en consideraciones económicas, tales como la dependencia económica.

Cuando las formas de trabajo a través de plataformas no pueden reducirse a un esquema unitario, esta hipotética solución regulatoria uniforme y expansiva del trabajo asalariado estándar para todo “trabajo en plataformas” quedará condenada al fracaso o solo a una victoria pírrica cortoplacista.

Si el fenómeno del trabajo en plataformas digitales es complejo y muy variado, y va más allá, desde luego, del que se ha denominado “modelo de repartidor de pizzas”; si en muchas ocasiones este tipo de trabajo es intermitente, discontinuo y aleatorio; no continuo, sino marginal o accesorio, requiere pensar en un estatuto mínimo de integración a través de una técnica de extensión de ciertos derechos y protecciones para un tipo de estos trabajadores que respondan a unas características determinadas de continuidad, personalidad... de la prestación de servicios. Lo que a la postre puede tener un alcance más amplio y duradero, sostenible y equilibrado que la de corto plazo representada por la recalificación de estas relaciones de trabajo como relaciones de trabajo asalariadas. Se trata, en definitiva, de reivindicar la importancia de una economía socialmente sostenible y responsable apoyada por la tecnología que beneficie a todas las partes implicadas.