

José María Goerlich Peset*

PLATAFORMAS DIGITALES Y REGULACIÓN DEL MERCADO DE TRABAJO

La rápida expansión de la oferta de servicios a través de plataformas ha abierto varios debates desde la perspectiva del derecho del trabajo: su condición empresarial, la calificación de los servicios prestados y el modo en que se protege a las personas que los desarrollan. En el artículo se da cuenta del estado de la cuestión en nuestro país con mención de las propuestas de regulación europeas.

Digital platforms and labour market regulation

The rapid expansion of the offer of services through platforms has opened several debates from the perspective of Labour Law: the employer status, the determination of the services provided and the way in which people who develop them are protected. The article gives an account of the state of the question in our country with a mention of the European regulation proposals.

Palabras clave: trabajo en plataformas, contrato de trabajo, trabajo autónomo.

Keywords: platform work, employment contract, self-employment.

JEL: J83, K31.

1. Introducción

En algo más de una década, las plataformas digitales han irrumpido en el debate jurídico-laboral de forma repentina pero intensa. Si las más conocidas iniciaron su actividad en la primera década del siglo XXI (Amazon Mechanical Turk en 2005, Uber en 2009, etc.), llegaron a España a mediados de la siguiente (Uber en 2014, Deliveroo en 2015, etc.). En la segunda parte de esta, se dictó la primera sentencia en relación

con los conocidos como *riders* (Sentencia del Juzgado de lo Social n.º 6 de Valencia, n.º 244/2018, de 1 de junio), que fue seguida por otras muchas, no siempre en el mismo sentido, hasta que su tratamiento fue unificado por el Tribunal Supremo (sentencia núm. 805/2020, de 25 de septiembre). Desde el punto de vista teórico, en fin, hemos asistido a una súbita e intensa explosión del análisis. El primer tratamiento monográfico (Todolí, 2017) se construyó sin referencias jurisprudenciales, entonces inexistentes, y sobre bibliografía extranjera, aparte la española más general. Cinco años después, la base de datos Dialnet, consultada sobre las «plataformas digitales» en el ámbito del «derecho social», arroja la friolera de 103 publicaciones, de las cuales más del 60 % corresponden a los dos últimos años. Finalmente, sin perjuicio del

* Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social.

Universitat de València (Estudi General).

Contacto: Jose.M.Goerlich@uv.es

Versión de marzo de 2022.

<https://doi.org/10.32796/ice.2022.925.7366>

proceso normativo que acaba de iniciarse en el ámbito europeo, el propio legislador se ha hecho eco de la cuestión: el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, posteriormente sustituido por la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, modificó en este sentido el Estatuto de los Trabajadores (ET) con la idea, según su título, de «garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales».

Esta enorme atención es, por supuesto, una clara muestra de que esta nueva forma de obtener servicios en el mercado tiene extraordinaria importancia. Supone, también, que resulta difícil dar cuenta de la riqueza y complejidad del tema en todos sus aspectos y matices; sobre todo, si observamos que alguna de las manifestaciones concretas, la determinación de la naturaleza jurídica de las relaciones entre las plataformas de distribución y los *riders*, ha copado la atención de los teóricos, que acaso hemos descuidado un tanto los verdaderos retos que estas nuevas formas de organización empresarial plantean desde la perspectiva de la ordenación del mercado de trabajo.

En este contexto, las consideraciones que siguen aspiran simplemente a presentar de forma breve el estado a la cuestión. A estos efectos, se analizan, en primer término, las cuestiones relacionadas con la calificación de las prestaciones de servicios cuando en la misma intervienen plataformas digitales. La respuesta a esta cuestión es de suma trascendencia, toda vez que determinará la aplicabilidad o no de las reglas laborales. Sin embargo, aunque a este aspecto se le ha dedicado hasta ahora el grueso de la atención, tanto por los teóricos como por los restantes operadores jurídicos, incluyendo al propio legislador, es obvio que no agota los problemas que plantea. De mucha mayor importancia es, desde mi punto de vista, señalar los retos que esta nueva forma de prestación de los servicios plantea a las reglas laborales vigentes, pensadas para realidades bien distintas.

Este artículo se organiza en los siguientes cuatro apartados. En primer lugar, se estudian los elementos

detrás de la consideración de las plataformas digitales como empresarios laborales o meros intermediarios. En segundo lugar, para aquellos casos en los que se haya determinado la condición de la plataforma como empresario, se estudia la relación que esta guarda con los individuos gracias a los cuales la plataforma puede prestar servicios, como empleados de la misma o como autónomos, abordando en particular el caso de los *riders*. En tercer lugar, se abordan métodos que permiten evitar la consideración laboral de los *riders* y también se aborda la disyuntiva entre trabajo autónomo y asalariado que encontramos en las plataformas en general y no solo las vinculadas a los *riders*. En cuarto lugar, se estudia la inadecuación general del marco regulatorio actual en el ámbito del trabajo ante la nueva realidad de las plataformas.

2. Las plataformas digitales como empresarios laborales

Que las plataformas digitales pueden ser verdaderos empresarios en sentido laboral es algo que sabemos desde hace algunos años. Su condición empresarial es indiscutible desde la perspectiva mercantil puesto que su finalidad es ofrecer bienes o servicios al mercado. Pero tienden a presentarse como instrumentos técnicos, cuya única función es aproximar las ofertas y demandas correspondientes; oferentes y demandantes contratarían directamente entre ellos en el ciberespacio. Frente a esta aproximación, la jurisprudencia europea ha dejado claro en 2017 que, en determinadas condiciones, la actuación de la plataforma puede trascender las funciones de mera intermediación en el mercado digital; y, en estos casos, se convierten en empresarios en sentido laboral, esto es, en sujetos jurídicos con los que pueden mantenerse contratos de trabajo (art. 1.2 ET).

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) ha tenido la oportunidad de pronunciarse dos veces sobre la naturaleza de los servicios prestados por dos filiales de Uber a través de sus plataformas digitales (sentencias de 20 diciembre de 2017, C-434/15, Asociación

profesional *Élite Taxi* y *Uber Systems Spain, S. L.*, y de 10 de abril de 2018, C-320/16, *Uber France SAS*). Se trata de saber si el servicio desarrollado por Uber debía ser calificado como transporte o, como pretendía la empresa, de «mero servicio de intermediación entre conductores y consumidores prestado en el ámbito de la sociedad de la información». En términos de la normativa europea —y, por tanto, también en el ámbito interno— la respuesta tiene suma importancia puesto que, en el primer caso, las posibilidades de condicionar la actividad en el ámbito interno son notablemente superiores. En concreto, sin entrar en detalles —que pueden verse en Goerlich (2018a)— la actividad de Uber podría quedar sujeta a un requisito de autorización previa que sería inviable en el segundo.

Para resolver la cuestión, el TJUE, en línea con lo sostenido por la Comisión Europea en su Comunicación *Una Agenda Europea para la economía colaborativa* [COM(2016) 356 final; cfr. apartado 2.1], admite que la actividad de las plataformas digitales puede encajar en la noción de servicio de intermediación y ser, con ello, ajena al concepto de transporte. Tal ocurre cuando se limita a la transmisión al prestador del servicio, por medio de la aplicación, de la información relativa al servicio requerido por el cliente. Sin embargo, en el supuesto que se analiza, la actividad de la empresa propietaria de la plataforma no se limita a ello; además, crea un determinado tipo de servicio de transporte, al que solo puede accederse a través de la aplicación y cuyo funcionamiento general organiza. En palabras del primero de los dos pronunciamientos citados, los conductores no profesionales «no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte» si no fuera por la utilización de la aplicación; y «las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores» si no disponen de ella. Adicionalmente, «Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores: (...) establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar

una parte al conductor no profesional del vehículo y (...) ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, (...) que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos» (§ 39). A la postre, el servicio de intermediación desarrollado por Uber es inseparable, y por ello forma parte, de un servicio más amplio cuyo elemento principal es el transporte (§ 40).

Aunque una parte importante de los comentaristas vieron en estas sentencias un anticipo de una determinada solución al problema de los *riders*, lo cierto es que la doctrina del TJUE en el caso Uber se mueve en un nivel de reflexión diferente, el de los requisitos de acceso al mercado de las plataformas. Eso sí, al distinguir dos tipos de plataformas, las dedicadas a la intermediación en el mercado de bienes y servicios y las que actúan directamente en él, abre la puerta a la posibilidad de que algunas de ellas puedan llegar a ser empresarios laborales. Ahora bien, a estos efectos, el análisis del objeto de la plataforma es una condición necesaria pero no suficiente para poder ser calificada como tal; hace falta, además, que la contratación de servicios se ajuste a las exigencias del tipo legal de contrato de trabajo (art. 1.1 ET). Volveré de inmediato sobre este problema.

Antes, creo que es necesario advertir que, incluso si las plataformas se mantienen en el terreno de la mera intermediación en el mercado de servicios, pueden tener que ajustarse a las exigencias de las normas laborales. En efecto, en función de las condiciones que tengan demandante y oferente del servicio y la forma en que se relacionen, la intermediación puede quedar al margen de las reglas laborales, si aquella se refiere a servicios interempresariales o es de carácter autónomo; o puede estar sujeta a algunas de ellas, cuando la prestación revista las características propias del contrato de trabajo. En este segundo caso, en función de las circunstancias en las que se desarrolle la intermediación de la aplicación, esta puede ser considerada como agencia de colocación o como cedente de trabajadores. En el primer caso, habría de acomodar su

funcionamiento a las previsiones de los arts. 33 ss. de la Ley de Empleo (Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Empleo) y normas reglamentarias de desarrollo (Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación), que, por cierto, se refieren precisamente a las que «casen ofertas y demandas de empleo utilizando exclusivamente medios electrónicos» (art. 3.1.III). En el segundo caso, sin embargo, salvo que la plataforma cumpla las previsiones de la legislación de empresas de trabajo temporal (Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal y normativa de desarrollo), su actividad topará con la prohibición de cesión ilegal de trabajadores (art. 43 ET).

3. La calificación de la prestación de servicios a través de plataformas

Suponiendo que la actividad de la plataforma no se limita a la mera intermediación, se plantea de lleno el problema de la calificación de las relaciones que establece con quienes prestan sus servicios para ella. Se trata de saber si son contratos de trabajo o si, por el contrario, han de ser calificadas como prestaciones autónomas. De la respuesta depende el régimen jurídico aplicable. Si es la primera, resultan de aplicación las normas laborales, encabezadas por el Estatuto de los Trabajadores, y las de Seguridad Social establecidas para los trabajadores por cuenta ajena, con la consiguiente obligación empresarial de contribuir mayoritariamente al sistema. En cambio, si se trata de prestaciones autónomas, no se aplica la legislación laboral sino la normativa en materia de trabajo autónomo (Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo [LETA]), que remite al derecho privado, civil o mercantil (cfr. art. 3.1), en cuyo sistema prevalece la autonomía de la voluntad de las partes contratantes en la delimitación de las condiciones del servicio; por su parte, las cargas de Seguridad Social gravan en exclusiva al prestador de servicios.

Por supuesto, el coste para la plataforma-empresario de los servicios ofrecidos puede ser extraordinariamente diferente, según que se consideren laborales o no. Y ello explica que tiendan a ofrecer una imagen de meras intermediarias entre demandantes y oferentes de un servicio de carácter autónomo, de modo que no resulten de aplicación las normas protectoras de los trabajadores por cuenta ajena, en el terreno contractual y de Seguridad Social. Sin embargo, a la hora de trazar las fronteras entre el contrato de trabajo y las relaciones autónomas de prestación de servicios, las posibilidades de la autonomía de la voluntad son limitadas. En otras palabras, el hecho de que las partes indiquen que una cierta prestación de servicios constituye un contrato civil o mercantil no impide que, *a posteriori*, en caso de conflicto, pueda considerarse constitutiva de un contrato de trabajo.

El debate sobre los *riders*...

Lo hemos visto con claridad en el caso de los *riders*. La relación entre la plataforma y el repartidor se presentaba como una prestación de naturaleza autónoma. En concreto, a partir de un cierto momento, como la de un trabajador autónomo económicamente dependiente, cuyo nivel de protección normativa es ligeramente superior al de los ordinarios (cfr. arts. 11 ss. LETA). Sin embargo, pronto han comenzado a surgir conflictos en relación con esta calificación, no solo de carácter estrictamente laboral (despidos, etc.) sino, sobre todo, en materia de Seguridad Social, como consecuencia de las actuaciones de la Inspección de Trabajo cuya «labor esencial... se encuentra en el origen de buena parte de las sentencias que han resuelto a favor o en contra de la laboralidad de las prestaciones de servicios en plataformas digitales de reparto», como ha indicado el legislador en el preámbulo del Real Decreto-ley 9/2021 y de la Ley 12/2021.

Para afrontar estos conflictos, los intérpretes únicamente disponen de los criterios tradicionalmente utilizados para determinar si una determinada prestación

voluntaria y retribuida de servicios constituye o no un contrato de trabajo. La regla general en esta materia se encuentra en el art. 1.1 ET, en cuya virtud existe contrato de trabajo cuando voluntariamente se prestan servicios retribuidos «por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario». Los dos conceptos característicos de las prestaciones laborales, dependencia y ajenidad, se disuelven, en la práctica, en una serie de indicios típicos que permiten encontrarlos en los supuestos concretos sobre los que se discute. El problema es que, en relación con los *riders*, es posible encontrar rasgos indiciarios propios del trabajo subordinado, junto con otros que se moverían en una línea diferente. La aportación de los materiales necesarios para la prestación, el sistema retributivo y, sobre todo, la capacidad para decidir sobre la propia prestación —si se produce o no y en cuál de los turnos ofertados por la plataforma— apuntan en este sentido. Por el contrario, la fuerte capacidad organizativa derivada del algoritmo, al condicionar de forma decisiva las elecciones de los repartidores, lo haría en dirección contraria.

De este modo, el debate sobre la existencia o no de un contrato de trabajo, en este supuesto concreto, ha sido intenso. En el plano teórico, junto a aproximaciones que han hecho hincapié en el carácter laboral (Todolí, 2017, pp. 52 ss.), han existido otras que han sostenido su difícil encaje en los conceptos definitorios del contrato de trabajo y tendido a encuadrarlas en el terreno del trabajo autónomo (Mercader, 2017). Esta polémica se ha reproducido, después, en las aulas judiciales. Las aproximaciones de los Juzgados de lo Social y, luego, de las Salas de lo Social de los Tribunales Superiores de Justicia tampoco han sido unánimes, como puede comprobarse (Goerlich y García Rubio, 2018; García Rubio, 2020). Por lo demás, esta misma división de opiniones puede encontrarse a nivel del derecho comparado (Sánchez-Urán, 2018).

... y su cierre jurisprudencial y legislativo

En todo caso, en España la cuestión se ha cerrado por la intervención del Tribunal Supremo, primero, y del legislador, unos meses después. Por lo que se refiere a la primera, la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre, unificó doctrina sobre la cuestión considerando que entre una plataforma y el repartidor que ejecuta materialmente los encargos existe un contrato de trabajo. Por más que ello haya venido precedido del intenso debate al que acabo de aludir, la solución final era previsible desde el principio. Después de todo, el episodio de los *riders* reproducía, en clave 4.0, el que se planteó con los «mensajeros» en la década de los ochenta. La cuestión de los «mensajeros» culminó con un cambio de criterio en relación con los transportistas con vehículo propio protagonizado por la Sentencia del Tribunal Supremo de 26 febrero de 1986. Este pronunciamiento fue seguido por otros —a los que, por cierto, se refiere con detalle la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020 (fundamento 12.º)— que fueron extendiendo su alcance hasta que la reforma de 1994 incorporó al ET un nuevo precepto, el art. 1.3.g), que estableció un límite objetivo excluyendo la laboralidad en los casos en los que el desarrollo de la actividad requiere la obtención de la llamada tarjeta de transporte. La interpretación a contrario de esta regla ejercía una atracción irresistible para resolver el problema pues, en rigor, la mayor diferencia entre los «mensajeros» y los *riders* es que aquellos se ponían a disposición llamando por teléfono, mientras que estos conectaban a través de la *app*; y es claro que apunta a una mayor subordinación...

Con todo, no puede discutirse el interés de algunas aportaciones de la forma en que la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020 aborda el problema. De entrada, destaca su punto de partida sobre la necesidad de reinterpretar los elementos diferenciadores a la luz del cambio tecnológico: dado que «las innovaciones tecnológicas han propiciado la instauración de sistemas de control digitalizados de la prestación de

servicios», es preciso «adaptar las notas de dependencia y ajenidad a la realidad social del tiempo en que deben aplicarse las normas (art. 3.1 del Código Civil)». En este contexto, aunque hay elementos que, «en principio, parecen contrarios a la existencia de un contrato de trabajo, como la capacidad de rechazar clientes o servicios, de elegir la franja en la que va a prestar servicios o de compatibilizar el trabajo con varias plataformas» han de ser valorados a la luz de las circunstancias tecnológicas. De un lado, desde la perspectiva de la dependencia, la «teórica libertad de elección» de los *riders* viene claramente condicionada por vía algorítmica pues la aplicación, a través, entre otros mecanismos, del sistema de puntuación de los repartidores, la delimita de forma decisiva (fundamento 18.º). Por lo que se refiere a la ajenidad, de otro lado, se hace hincapié en la titularidad de la facultad de fijación de precios y de cobro efectivo de las tarifas —que corresponden a la plataforma—, y en la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales que aportan los prestadores del servicio —lo esencial «no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital..., en la que deben darse alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio»—. A la postre, se destaca que se realiza la actividad «bajo una marca ajena».

Con posterioridad a la clarificación jurisprudencial de la naturaleza de los *riders*, se ha abierto un proceso de diálogo social, fruto del cual ha sido la aprobación de una normativa específica de rango legal: primero, el Real Decreto-ley 9/2021, de 11 de mayo, cuya tramitación parlamentaria como proyecto de ley dio lugar, después, a la Ley 12/2021, de 28 de septiembre. Estas normas, dirigidas según su título a «garantizar los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales», han supuesto la adición al Estatuto de los Trabajadores de una disposición adicional 23.^a, que establece según su rúbrica, una «presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto».

4. Más allá de la laboralidad de los *riders*

Se ha destacado la «importancia extraordinaria» de las reglas introducidas por el Real Decreto-ley 9/2021 (Mella, 2021). Por su parte, este y, luego, la Ley 12/2021 han afirmado que «el diálogo social ha permitido que nuestro país avance de forma pionera en esta materia». Sin embargo, las cosas han de situarse en sus justos términos. Ni la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre, ni las normas de 2021 han cerrado el tema de la calificación del trabajo a través de plataformas.

Las vías de escape

Es preciso tener en cuenta que la calificación de una relación como laboral o no se basa en los indicios existentes. No existen, por ello, dos casos iguales en la medida en que la variación de las características de la relación que se enjuicia puede llevar a una solución diferente. Probablemente, por eso, la disposición adicional 23.^a ET no declara sin más la laboralidad de «la actividad de las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía, por parte de empleadoras que ejercen las facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital», sino que se limita a presumirla.

Sin entrar en los problemas interpretativos que esta configuración plantea —que pueden verse en Mella (2021)— parece apuntar en el sentido de que la actividad puede ser desarrollada también de forma autónoma, si la empleadora no ejerce «facultades empresariales de organización, dirección y control de forma directa, indirecta o implícita, mediante la gestión algorítmica del servicio o de las condiciones de trabajo, a través de una plataforma digital». Esta idea tiene apoyo en la propia doctrina del TJUE como resulta de su Auto de 22 abril de

2020, C-692/19, en el que se resuelve una cuestión prejudicial en relación con un repartidor que atiende encargos de una plataforma, utilizando su propio vehículo y *smartphone*. En el contrato que le vincula con aquella está clasificado como contratista independiente discutiéndose tal calificación: se aspira, en concreto, a ser considerado como trabajador a efectos de la aplicación de las normas europeas en materia de jornada. El Tribunal de Justicia de la Unión Europea lo rechaza siempre que la persona «tenga derecho a recurrir a subcontratistas o a sustitutos para prestar el servicio al que se comprometió», a «aceptar o no los diferentes encargos ofrecidos por su presunto empleador o fijar unilateralmente un número máximo de tales encargos», a «prestar sus servicios a terceros, incluidos a competidores directos del presunto empleador, y a fijar su propio horario de "trabajo" dentro de ciertos parámetros, así como adaptar su tiempo a sus necesidades personales y no solo a los intereses del presunto empleador». Si esto es así, por mucho que esté presente una plataforma no puede afirmarse que exista una relación de subordinación, salvo que la independencia de la persona resulte ficticia, cuestión esta última que corresponde elucidar a los órganos jurisdiccionales internos teniendo en cuenta el conjunto de las circunstancias. De este modo, mediante el cambio de las condiciones en que se prestan los servicios, es posible reabrir el debate sobre la consideración de los *riders* como trabajadores autónomos. A juzgar por las noticias de prensa, alguna plataforma de reparto ha optado por esta vía en el intento de que sus servicios sigan al margen de las normas laborales. En consecuencia, cabe pensar que en el futuro se plantearán nuevas cuestiones.

Y ello, sin contar con otras posibilidades a disposición de las plataformas para orillar el impacto de la laboralidad de los *riders*. En este sentido, alguna de estas empresas de reparto está sustituyendo el recurso a la prestación directa de los repartidores por la subcontratación con empresas que son las que formalmente entablan relaciones con aquellos. Los servicios que los clientes demandan a la plataforma se

derivan a una de estas empresas (las llamadas «flotas») que son las que mantienen la relación con el concreto repartidor. Ni que decir tiene que es, precisamente, la capacidad de las plataformas para coordinar de forma directa las actuaciones de estas «flotas» y de sus trabajadores la que hace que este esquema más complejo desde la perspectiva jurídica pueda funcionar en tiempo real, es decir, como si la plataforma estableciera directamente su relación con las personas prestadoras del servicio. De ahí que se haya objetado que estemos en presencia de verdaderas contrataciones de obras o servicios, legítimas, aunque sujetas a las garantías del art. 42 ET, y se empiece a considerar que estamos en presencia de un supuesto de interposición, prohibido como cesión ilegal por el art. 43 ET.

En un reciente trabajo (Esteve y Todolí, 2021) se han descrito, en efecto, este tipo de estrategias por parte de las plataformas y se han formulado propuestas dirigidas a frenarlas sobre la base de las previsiones del art. 43 ET. A estos efectos, se indica la necesidad de abandonar los «viejos» criterios para diferenciar contrataciones legales de cesiones ilegales y sustituirlos por «nuevos indicios de cesión ilegal», en los que la utilización de las potencialidades de la *app*, así como la imagen que la misma proyecta, sean relevantes. Se trata de una reconstrucción sugerente, aunque, como los mismos autores admiten, no es fácil que prospere habida cuenta la interpretación consolidada en la jurisprudencia. Y no solo porque, como afirman, esta se base en una concepción de cesión ilegal excesivamente formalista, sino porque la doctrina del Tribunal Supremo ya ha conocido casos de gestión algorítmica de la descentralización y ha excluido que implique por sí sola la vulneración del art. 43 ET, siempre que la empresa contratista ponga en juego su propia organización (cfr. por ejemplo, Sentencias del Tribunal Supremo núm. 3/2017, de 10 de enero; núm. 802/2019, de 25 de noviembre; y, núm. 421/2020, de 10 de junio, seguida esta última por otras dos posteriores en el mismo supuesto). Si no fuera así, la proyección de la digitalización sobre el *outsourcing* haría que la noción

de contrata deviniera innecesaria: el incremento de las posibilidades de coordinación interempresarial que la tecnología comporta supondría su desaparición en la práctica. Y ello no parece muy razonable a la vista del vigente marco normativo. Desde este punto de vista, si bien cabe admitir que en ciertas condiciones el recurso a «flotas» pueda constituir una interposición ilegal, esta conclusión no puede, a mi juicio, sostenerse de forma indiscriminada. En todo caso, iremos viendo qué ocurre.

Hacia una regulación general de la calificación del trabajo en plataformas

En otro orden de consideraciones, es necesario resaltar que el tratamiento judicial y normativo existente en nuestro país se refiere en exclusiva a los *riders*, categoría de trabajadores a los que se refiere la Sentencia del Tribunal Supremo núm. 805/2020, de 25 de septiembre; o, como mucho, de acuerdo con la disposición adicional 23.^a ET a «las personas que presten servicios retribuidos consistentes en el reparto o distribución de cualquier producto de consumo o mercancía». Fuera de este ámbito, condicionado por la regla del art. 1.3.g) ET, la cuestión de la calificación jurídica del trabajo en plataformas continúa dependiendo, con carácter general, de la aplicación de los criterios tradicionales en materia de calificación del contrato de trabajo. Y, seguramente, seguirá así durante bastante tiempo a juzgar por las reglas que pretenden introducirse a nivel europeo.

A primeros de diciembre del año pasado (2021), se ha lanzado por la Comisión una propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas digitales [COM(2021) 762 final]. Aunque no es fácil saber en qué culminará el complejo proceso legislativo europeo, la Propuesta parte de la base de que el trabajo en plataformas puede dar lugar tanto a prestaciones laborales subordinadas como de carácter autónomo, si bien parece tender a facilitar que se

pueda hacer valer la primera condición. En este sentido impone que la determinación de la existencia de relación laboral se guíe «principalmente por los hechos relacionados con la ejecución real del trabajo, teniendo en cuenta el uso de algoritmos en la organización del trabajo en plataformas, independientemente del modo en que se clasifique la relación en cualquier acuerdo contractual que puedan haber convenido las partes implicadas» (art. 3.2). Eso sí, en la línea de nuestra disposición adicional 23.^a ET, la balanza se inclina hacia la consideración de la prestación en plataformas como trabajo asalariado por medio de la «presunción legal» que debe establecerse en cada Estado miembro, conforme a las previsiones del art. 4.

Esta presunción se ha de activar en los casos en los que la plataforma digital «controla la ejecución del trabajo» (apartado 1); y este control, según el apartado 2, se entiende existente cuando la plataforma cumple «al menos dos» de las condiciones que se enumeran, a saber:

- a) determina efectivamente el nivel de remuneración o establece límites máximos para este;
- b) exige a la persona que realiza trabajo en plataformas que respete normas vinculantes específicas en materia de apariencia, conducta hacia el destinatario del servicio o ejecución del trabajo;
- c) supervisa la ejecución del trabajo o verifica la calidad de sus resultados, incluso por medios electrónicos;
- d) restringe efectivamente la libertad, incluso mediante sanciones, de organizarse el propio trabajo, en particular la discreción de elegir las horas de trabajo o los períodos de ausencia, de aceptar o rechazar tareas, o de recurrir a subcontratistas o sustitutos;
- e) restringe efectivamente la posibilidad de establecer una base de clientes o de realizar trabajos para terceros».

La aprobación de la propuesta supondría una cierta clarificación del tema. Pero no creo que suponga su cierre definitivo. Ciertamente que facilitarán la posición procesal de los prestadores de servicios. Pero ello no alcanza en modo alguno a su consideración automática como

trabajadores subordinados. Obsérvese, por un lado, que la actuación de la presunción requiere juicios de cierta complejidad para el operador: tres de los cinco indicios que se ofrecen requieren una valoración de la intensidad real del control por medio del uso del término «efectivamente». Por otro lado, y más en general, la propuesta de Directiva admite prueba en contrario, como se ve en su art. 5. Se permite con ello introducir otros elementos que no se consideran en el listado —fundamentalmente, los relacionados con la organización aportada por el prestador del servicio— para tomar la decisión final.

5. Conclusiones: la inadecuación del marco normativo

En cualquier caso, queden dentro o fuera del ámbito de las normas laborales, lo que resulta bastante evidente es que el nuevo trabajo en plataformas plantea intensos retos desde la perspectiva de la protección de las personas que lo prestan. Se ha señalado que son un verdadero «desafío para el derecho regulador de las prestaciones personales, constituyendo el frente en el que se decidirá la capacidad de este de ordenar los mercados y cumplir sus objetivos sociales» (Rodríguez-Piñero, 2019, p. 4). En este contexto, aunque la mayor parte de la atención se haya dedicado a dilucidar si los trabajadores en plataforma han de ser considerados subordinados o autónomos, aproximarnos al problema solo en esta clave es insuficiente. Aunque seguramente es un fenómeno que tiene raíces más profundas, se ha señalado que la fisonomía del trabajo en plataforma hace que este tratamiento binario del problema sea inadecuado, puesto que encontraremos problemas a un lado y a otro de la frontera entre trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena.

Los problemas del trabajo autónomo

Estos son, por supuesto, particularmente intensos cuando se permanece extramuros del derecho del

trabajo. Las normas de protección del trabajo autónomo son, con carácter general, bien escasas. Y, desde luego, pueden mostrar todavía más insuficiencias cuando entran en juego las plataformas, habida cuenta de la posición que suelen ocupar en el mercado de bienes y servicios. Se hace necesario abrir, por ello, un proceso de reflexión sobre la regulación del trabajo autónomo que posibilite la extensión de algunas garantías que, hasta la fecha han sido reservadas a los trabajadores subordinados (por todos, De Stefano, 2016).

La propuesta de Directiva, que he comentado en el apartado anterior, da algún paso en esta línea, como puede comprobarse en su Capítulo III, titulado «Gestión algorítmica». Se pretende en él garantizar «la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales» cuando prestan sus servicios en plataformas. Volveré sobre el tema de inmediato. Por lo que ahora interesa, basta resaltar la previsión del art. 10.1, que declara que una parte del capítulo sea aplicable «también a las personas que realizan trabajo en plataformas sin tener contrato de trabajo ni relación laboral».

Seguramente, hay que perseverar en esta línea extendiendo algunas garantías. Aunque no ha llegado a tener el impacto que se pretendía, el modelo de los TRADE (trabajadores autónomos económicamente dependientes), introducido en 2007, puede servir de guía en este trayecto. Determinadas actuaciones en materia de estabilidad en el empleo y de mejora de las condiciones de trabajo, sobre todo en materia de prevención, parecen necesarias. Pero, sobre todo, lo es garantizar realmente la tutela judicial efectiva y la protección de los intereses colectivos. En este último terreno, no es una causalidad que en el comunicado de prensa en el que se difundió la propuesta de la Comisión en relación con el trabajo en plataformas¹ se haya anunciado la puesta en marcha de una consulta pública sobre un «proyecto de directrices sobre la aplicación del derecho de la competencia de la Unión a los

¹ https://ec.europa.eu/commission/presscorner/detail/es/ip_21_6605

convenios colectivos de las personas que trabajan por cuenta propia sin asalariados», con el que se pretende salvar los problemas que las normas *antitrust* han venido planteando a la acción colectiva de los trabajadores autónomos.

El encuadre jurídico-laboral de la prestación en plataformas

En el estricto marco jurídico-laboral, los problemas también existen. En este sentido, el modelo de servicios que prestan las plataformas no encaja fácilmente en la configuración tradicional del contrato de trabajo. La inmediatez de la atención de los encargos, su carácter intermitente o las facultades de autodecisión del prestador sobre la propia actividad que existe en el trabajo en plataformas son factores que dificultan el encuadre de los servicios en un paradigma contractual modelado sobre la figura del trabajador de la gran industria. Por ello, se ha planteado desde la detección del trabajo subordinado en plataformas la posibilidad de dotarlo de una regulación especial que cohoneste la protección de los prestadores de servicios con las características del modelo empresarial (cfr. Todolí, 2017, pp. 71 ss.).

La propuesta de Directiva no entra en este terreno de forma específica. Es cierto que establece determinadas garantías para los trabajadores en plataforma. Pero, aparte de las ya aludidas en materia de «gestión algorítmica», miran fundamentalmente a facilitarles el ejercicio de las acciones en punto a correcta calificación de la relación y/o a garantizarles un ámbito de inmunidad en caso de que los pongan en marcha (arts. 13 ss.). Con toda probabilidad, ello se relaciona con la aprobación reciente de una regulación europea que cumple la finalidad perseguida. Me refiero a la Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, a la que se alude de pasada en el art. 6.1 de la futura Directiva de plataformas. Aquella prevé, en efecto,

una mínima disciplina de los trabajos a demanda que garantiza una «previsibilidad mínima del trabajo» (art. 10) y prevé unas «medidas complementarias» dirigidas a «evitar prácticas abusivas» (art. 11), así como la posible «transición a otra forma de empleo». A través de este marco general, se suministran datos suficientes que permiten a los Estados miembros integrar el trabajo en plataformas en el ordenamiento laboral, de una forma que cohoneste la necesaria flexibilidad del modelo de negocio con unas ciertas garantías.

Por lo que se refiere a nuestro país, aun a falta de una específica disciplina para este tipo de trabajos, cabe pensar que ciertas modalidades contractuales podrían ser adecuadas para atender las necesidades de las plataformas dentro de la legalidad laboral. Por supuesto, la regulación del contrato a tiempo parcial (art. 12 ET) podría ser útil en esta clave a través de las llamadas horas complementarias, que no son sino una forma de trabajo a llamada. La regulación establece límites en su configuración —jornada mínima ordinaria de diez horas semanales; necesidad de autorización por el convenio para aumentar los porcentajes de este tipo de horas—; y no dejarán de existir problemas interpretativos en el momento de su adaptación a las peculiaridades del trabajo en plataformas (Ginès, 2021, pp. 35 ss.). Parece claro, en todo caso, que una adecuada gestión de esta posibilidad podría absorber buena parte de las necesidades organizativas de los servicios de plataforma. A ello hay que añadir, tras la reciente reforma del mercado de trabajo por el Real Decreto-ley 32/2021, de 28 de diciembre, de medidas urgentes para la reforma laboral, la garantía de la estabilidad en el empleo y la transformación del mercado de trabajo, las posibilidades que parecen abrirse con la nueva configuración del contrato fijo-discontinuo (art. 16 ET). Al admitirse que esta modalidad pueda «concertarse para el desarrollo de trabajos consistentes en la prestación de servicios en el marco de la ejecución de contratos mercantiles o administrativas que, siendo previsibles, formen parte de la actividad ordinaria de la empresa», podría posibilitar la integración

de las indicadas necesidades organizativas, mediante la alternancia de períodos de actividad e inactividad en función de los encargos que las empresas puedan hacer a la plataforma.

La efectividad de la tutela

Un problema de primer nivel es, en todo caso, la garantía de la efectividad de la tutela que pueda establecerse en favor de los trabajadores de plataforma. Desde un punto de vista general, es claro que en todas sus modalidades la situación de los prestadores de servicios es muy diferente de la que ha sido habitual en la tradición jurídico-laboral. Incluso, cuando la prestación de servicios se desarrolla *offline*, la coincidencia de los trabajadores en el mismo espacio y tiempo físicos, si llega a existir, es muy inferior a la que ha venido siendo habitual en las factorías y oficinas para las que se han diseñado las normas laborales. Por supuesto, la idea es todavía más clara en los casos de prestaciones *online*, en las que el aislamiento del trabajador con respecto a sus compañeros es completo. Y, todo ello, sin contar con que la gestión algorítmica de la prestación puede implicar que los trabajadores compitan entre ellos para acceder a los encargos de la plataforma.

A la postre, esta situación diferencial, junto con otras parecidas, relacionadas igualmente con la rápida evolución tecnológica, pone en crisis el papel tradicional que las instituciones colectivas han jugado en el terreno de la recuperación de la igualdad real en el marco de las relaciones laborales. La dificultad para reconstruir el interés colectivo afecta al funcionamiento para las organizaciones representativas de los trabajadores y a su capacidad de movilización (Goerlich, 2018b). Por supuesto, es posible pensar en incrementar, por vía normativa, los instrumentos a su disposición para mejorar la comunicación con los prestadores de servicios. En esta línea se ha avanzado ya en otros terrenos de significación equivalente —facilitación por la jurisprudencia de la utilización de los medios

informáticos de la empresa por la representación de los trabajadores; reglas específicas para el trabajo a distancia (art. 19.2 de la Ley 10/2021, de 9 de julio, de trabajo a distancia)—. Y, también, la propuesta de Directiva se mueve en esta línea: su art. 15 impone a los Estados miembros la previsión de «canales de comunicación para personas que realizan trabajo en plataformas», tanto para comunicarse entre ellas como para que lo hagan sus representantes. Lo que falta por saber es si, pese a todo, será o no posible que las instituciones sindicales recuperen la función que han asumido tradicionalmente.

En otro orden de cosas, pero siempre en el terreno de la efectividad de la tutela, hay que considerar la dimensión internacional que muchas veces tienen las plataformas digitales. Dado que los servicios pueden prestarse a través de plataformas que se encuentren en un lugar diferente, pueden aparecer problemas a la hora de determinar la jurisdicción competente y la norma aplicable, más intensos de los que habitualmente se plantean en el marco del contrato de trabajo. Y ello afecta, tanto a la determinación de las condiciones de empleo y su eventual reclamación, como a los aspectos relacionados con la protección social. La propuesta de Directiva intenta establecer una solución para esta cuestión al declararse aplicable «a las plataformas digitales de trabajo que organizan el trabajo en plataformas realizado en la Unión, independientemente de su lugar de establecimiento y de la legislación aplicable». Es claro, sin embargo, que la solución es limitada habida cuenta la dimensión transnacional que puede tener la actividad de las plataformas, sobre todo en los casos de servicios *online*.

La regulación de la gestión algorítmica

Por último, aunque no por ello menos importante, es preciso señalar que la irrupción de las plataformas en el panorama jurídico ha mostrado la relevancia que va adquiriendo la gestión algorítmica de los recursos humanos y la necesidad de establecer garantías al respecto.

Muchas de ellas han integrado en su modelo sistemas de control de la prestación a través de las valoraciones directas de los usuarios tras recibir los servicios. Estos sistemas reputacionales, junto con el tratamiento del conjunto de los datos relacionados con cada prestación, se han utilizado para organizar de forma automatizada los recursos humanos por la propia aplicación.

No es por ello de extrañar que la literatura sobre el particular (Todolí, 2017, pp. 111 ss.; 2018) haya dedicado esfuerzos a delimitar el problema y trazar sus límites. En buena medida, estos se han hecho derivar de la regulación europea sobre protección de datos, que contiene reglas sobre decisiones automatizadas (cfr. art. 22 del Reglamento General de Protección de Datos [Reglamento (UE) 2016/679, 27 abril]). La propuesta de Directiva sobre trabajo en plataformas procede a ocuparse de la gestión algorítmica porque entiende que «es necesario establecer normas que aborden las preocupaciones específicas para el tratamiento de datos personales en el contexto del trabajo en plataformas digitales». A estos efectos se establece una exigencia de que la plataforma informe a los trabajadores sobre los sistemas automatizados de control y de toma de decisiones, tanto por lo que se refiere a su existencia como a sus posibles repercusiones (art. 6). Por otro lado, además de imponer el establecimiento de sistemas de supervisión humana de las actuaciones automatizadas (arts. 7 y 8), se prevé que los Estados miembros garanticen información y consulta con los representantes de los trabajadores en todo lo relacionado con estos temas (art. 9).

Se trata de un interesante sistema de garantías que, a buen seguro, permitirá cuando entre en vigor integrar el alcance del derecho de información de la representación legal de los trabajadores respecto de «los parámetros, reglas e instrucciones en los que se basan los algoritmos o sistemas de inteligencia artificial que afectan a la toma de decisiones que pueden incidir en las condiciones de trabajo, el acceso y mantenimiento del empleo, incluida la elaboración de perfiles». Me gustaría llamar la atención, para terminar esta reflexión,

sobre una circunstancia: este derecho de información fue introducido en el art. 64.4.d) ET por las normas que regularon el año pasado el episodio de los *riders*. Las plataformas cuestionan, pues, las categorías tradicionales, pero también nos señalan los aspectos a los que hay que prestar atención en el mundo digital incluso en las empresas más convencionales.

Referencias bibliográficas

- De Stefano, V. (2016). *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»* (Conditions of Work and Employment Series No. 71). ILO.
- Esteve, M. A. y Todolí, A. (2021). Cesión ilegal de trabajadores y subcontratación en las empresas de plataforma digitales. *Revista de derecho social*, 95, 37-64.
- García Rubio, M. A. (2020). Plataformas digitales y relación laboral: delimitación y régimen jurídico. En E. J. Monreal, J. Thibault y A. Jurado (Coords.), *Derecho del trabajo y nuevas tecnologías* (pp. 113-160). Tirant lo Blanch. Estudios en homenaje al profesor Francisco Pérez de los Cobos Orihuel (en su 25º aniversario como Catedrático de Derecho del Trabajo).
- Ginès, A. (2021). El tiempo de trabajo en plataformas: ausencia de jornada mínima, gamificación e inseguridad algorítmica. *Labos: Revista de Derecho del Trabajo y Protección Social*, 2(1), 19-42.
- Goerlich, J. M. (2018a). La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales. *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, 43-44, 69-75.
- Goerlich, J. M. (2018b). Economía digital y acción sindical. En A. Todolí y M. Hernández (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, derecho y mercado* (pp. 591-612). Thomson Reuters-Aranzadi.
- Goerlich, J. M. y García Rubio, M. A. (2018). Indicios de autonomía y laboralidad en los servicios de los trabajadores en plataforma. En F. Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* (pp. 37-64). CISS-Wolters Kluwer.
- Mella, L. (2021). La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-ley 9/2021: ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad? *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 244, 143-184.

- Mercader, J. R. (2017). El nuevo modelo de trabajo autónomo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales. *Diario La Ley*, 9. Sección *Ciberderecho*.
- Rodríguez-Piñero, M. (2019). Trabajo en plataformas: innovaciones jurídicas para unos desafíos crecientes. *Revista de Internet, Derecho y Política (IDP)*, 28, 3-16.
- Sánchez-Urán, M.^a Y. (2018). El trabajo en plataforma ante los tribunales: un análisis comparado. En F. Pérez de los Cobos Orihuel (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales: análisis sobre su situación jurídica y regulación futura* (pp. 65-86). CISS-Wolters Kluwer.
- Todoí, A. (2017). *El Trabajo en la era de la Economía Colaborativa*. Tirant lo Blanch.
- Todoí, A. (2018). La evaluación de los trabajadores por parte de los clientes como método de vigilancia y control en la empresa: reputación online y protección de datos. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. Centro de Estudios Financieros (CEF)*, 427, 63-90.

*En el próximo número de
Información Comercial Española. Revista de Economía*

El futuro del dinero y la transformación digital del sector financiero

-
- I. Nuevas formas de dinero y nuevos circuitos de transferencia
- La consolidación de los criptoactivos
 - *Stablecoins*: implicaciones macroeconómicas y respuesta regulatoria
 - La emergencia de las monedas digitales soberanas
 - Hacia un euro digital
 - Plataformas de pago y nuevos desarrollos tecnológicos
-
- II. Otras áreas relevantes en la transformación digital del sector financiero
- *Sandbox*
 - Los mercados de datos digitales: necesidades de organización y gobernanza
 - Desafíos y oportunidades de la identificación electrónica
 - El desarrollo de la digitalización y la inclusión financiera
 - Tradición e Inteligencia Artificial: oportunidades y retos del *Machine Learning* para los Servicios Financieros
 - *Big Techs* y sector financiero: entre la regulación y la política de defensa de la competencia
-
- III. La incidencia de la digitalización en la transformación del sector financiero

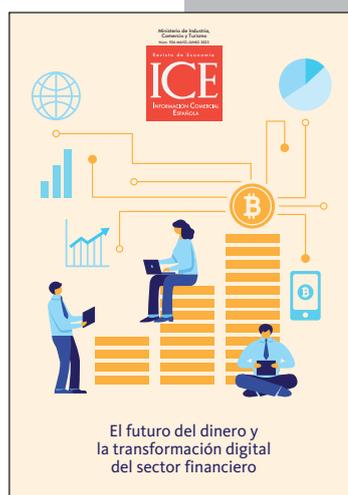
Últimos números
publicados:

***El impacto económico
de la pandemia***

***La crisis de la COVID-19:
el camino de
la recuperación***

Número en preparación:

***V Centenario de la
primera vuelta al mundo***



Coordinadores: Andrés Barragán y Carlos Conesa