

ON DEMAND ECONOMY: 10 CLAVES DE ENTENDIMIENTO LABORAL.

Ruben Agote¹

Socio Cuatrecasas, Gonçalves Pereira

Abstract

Este artículo aborda las claves principales de la prestación de servicios a través de las denominadas plataformas on-demand, desde la perspectiva del derecho del trabajo continental. Esta clase de plataformas no presenta un modelo unívoco de vinculación ni de requisitos en la prestación de servicios. Sin embargo, en las siguientes páginas se analizan los denominadores comunes que subyacen en la nueva economía y que suponen un reto de indudable importancia respecto de nuestras instituciones jurídico laborales: la digitalización y consiguiente desmaterialización de la empresa, la relevancia del software en la actividad y en la toma de decisiones del empresario, la libertad de conexión y la dependencia del prestador de servicios, o el poder de dirección basado en incentivos. El autor destaca la posición de Francia, primer país en establecer unas condiciones específicas para los prestadores de servicios a través de plataformas electrónicas, y finaliza proponiendo una alternativa para abordar esta materia desde nuestra realidad jurídica.

This article tackles the main key factors of the provision of services through the so-called on-demand platforms, from a continental labor law perspective. This kind of platforms do not define a unique model of relationships or provision of services' requirements. However, the following pages analyze the minimum common denominator elements underlying in the new economy, which entail an unquestionably significant challenge for our legal labor institutions: the company's digitalization and consequent company dematerialization; the relevance of software to the company's activity and decision-making; the services provider's dependence and freedom to connect; or the incentive-based managerial power. The author highlights the position of France, which has been the first country to establish specific conditions for services providers through electronic platforms, and concludes by proposing an alternative to deal with this issue from our legal reality.

Title: On-demand economy: 10 keys to understanding from a labor perspective.

¹ Artículo realizado con la colaboración de José María Martínez Salamanca, abogado de Cuatrecasas, Gonçalves, Pereira

Palabras clave: tecnologías disruptivas, economía on-demand, gig economy, software, digitalización, desmaterialización, test de laboralidad, software, dependencia

Key words: disruptive technologies, on-demand economy, gig economy, software, digitalization, dematerialization, labor relationship test, dependence

IUSLabor 1/2017, p. 1-18, ISSN 1699-2938

Sumario

1. Un concepto no unívoco
2. Digitalización - Desmaterialización.
3. La relación laboral en un entorno digitalizado-desmaterializado.
4. La laboralidad de la relación entre los prestadores de servicios y las plataformas de *On demand economy*, a juicio.
5. Software como empresa.
6. Software como empleador.
7. La libertad de conexión y la dependencia.
8. El poder de dirección a través de incentivos.
9. La solución francesa.
10. Últimas claves.
11. Bibliografía

1. Un concepto no unívoco.

La evolución tecnológica ha facilitado la aparición de nuevas formas de comercializar y de consumir bienes, de prestar y recibir servicios, y ha modificado la manera en la que ofertante y consumidor interactúan. En definitiva, los distintos avances han promovido la aparición de nuevas formas de economía.

De entre las más recientes, destaca la denominada *on-demand economy* (literalmente traducida como economía bajo demanda); o *sharing/collaborative economy* (economía colaborativa), *gig economy* (economía de pequeños encargos), *crowd-based economy* (economía basada en la multitud/gente)...

Pese a que estas formas de intercambio presentan ciertas diferencias entre sí, lo cierto es que todas ellas comparten rasgos comunes que permiten ubicarlas bajo un mismo concepto: el de economías que, a través de una plataforma digital, permiten a individuos, previo registro en dicha plataforma, ofrecer productos y/o servicios a destinatarios que, también previo registro en dicha plataforma, reciben el bien o el servicio que se ajusta, en mayor o menor grado, a unas necesidades previamente definidas en la plataforma.

La definición de *on-demand economy*, como se desprende de los párrafos anteriores, incorpora en sí misma la idea de multiplicidad, entendida como una economía que a su vez incluye múltiples variantes.

A través de las plataformas se pueden ofertar bienes, servicios o ambos a la vez. Si la plataforma ofrece bienes, éstos a su vez podrán ser nuevos, usados, fungibles, no fungibles.

Si, por el contrario, se ofrecen servicios, éstos podrán requerir de la concurrencia en el tiempo y el espacio de prestador y cliente, o, sensu contrario, podremos encontrar servicios que pueden ser prestados, indistintamente, desde cualquier lugar del mundo.

Adicionalmente, las plataformas pueden clasificarse en función de quién determina las características de los bienes o de los servicios y su respectivo precio, si la plataforma o el prestador. También en función de quién establece las instrucciones principales para la ejecución del servicio o la transmisión del bien, que podrá ser la propia plataforma, el cliente o el prestador del servicio.

Por último, otra forma de clasificar estas plataformas puede atender a la mayor o menor libertad que ofrece la plataforma a quienes por virtud de ésta presten servicios o transmitan bienes a terceros, de cara a la propia realización de la prestación. En concreto,

nos referimos bien a la mayor o menor libertad que se le conceda al prestador del servicio para estar disponible para la realización de servicios a través de la plataforma, bien al mayor o menor grado de autonomía del prestador de servicios para realizar la prestación.

En definitiva, el concepto de esta nueva clase de economía no puede considerarse unívoco en la medida en que hay una multiplicidad de plataformas que, aun ajustándose a la definición anteriormente dada de *on-demand economy*, presentan notables diferencias entre sí que abren un amplio abanico por lo que a su catalogación jurídica se refiere.

Esta no univocidad es lo que está llevando a que, desde determinadas instituciones, se estén dando los primeros pasos de cara a evitar divergencias de criterios que hagan contradictorios los posicionamientos realizados por las distintas jurisdicciones. Más aún si se tiene en cuenta el carácter transfronterizo de esta clase de plataformas.

A nivel europeo, la Comisión Europea, dentro de su Estrategia para el Mercado Común Digital, está llevando a cabo una serie de acciones orientadas, entre otros sectores, al de la economía colaborativa. La propia Comisión reconoce la necesidad de abordar los obstáculos y las incertidumbres regulatorias que perjudican el crecimiento de estos nuevos modelos de negocio.

Buena prueba de la importancia que han adquirido estas nuevas formas de economía para la Comisión Europea lo son la Agenda Europea para la Economía Colaborativa, de junio de 2016, o la consulta pública sobre la regulación de plataformas, intermediarios online, datos y “*cloud computing*”, y economía colaborativa, que se llevó a cabo entre septiembre de 2015 y enero de 2016.

Sin embargo, estas intenciones, momentáneamente, no se han traducido en textos legislativos que minimicen o eliminen la incertidumbre normativa y jurisprudencial que conllevan estas nuevas economías². Y, como acostumbra a ocurrir en estos supuestos, nuevamente se evidencia la lenta capacidad de reacción del derecho frente al avance social, o tecnológico, en este caso.

2. Digitalización - Desmaterialización.

La idea de ofrecer un producto o un servicio ajustándose a las necesidades del cliente final es en sí la base de la economía capitalista. Toda economía capitalista ha sido y es una economía “a la demanda”. No es concebible la existencia de una empresa sin clientes que demanden sus servicios.

² La única excepción es Francia, con su reforma de agosto de 2016, que trataremos más adelante

Sin embargo, el nacimiento del término de “On demand economy”, atiende a tres elementos novedosos derivados de la evolución de las capacidades tecnológicas:

- a. El primero es el elemento disruptivo de la **digitalización**. Esta digitalización lleva aparejada la **desmaterialización** del ofertante de los bienes o servicios en el sentido de que éste no debe estar necesariamente ocupando un espacio físico determinado para poder realizar su actividad.
- b. El segundo y esencial, que es consecuencia del anterior, consiste en la capacidad tecnológica de hacer un *match* instantáneo entre el demandante de unos determinados bienes o servicios y un *pull* de potenciales oferentes que actúan con mayor o menor libertad.

Este elemento fundamental y nuevo conlleva que determinadas empresas no tengan la obligación de dotarse de un número estimado de trabajadores para poder atender la oferta recurrente de servicios y de ajustar su fuerza de trabajo a la variación de la demanda en períodos determinados. Al contrario, les basta con tener un “pull” de potenciales prestadores de servicios a quienes conectan en tiempo real con los destinatarios de tales servicios por virtud de medios tecnológicos complejos.

De esta manera, la economía “*on demand*” no se referiría tanto a los condicionantes de la demanda de los clientes, sino a los condicionantes de demanda respecto de los prestadores.

- c. El tercero consiste en delegar la toma de decisiones empresariales a programas informáticos que, dotados de enormes capacidades, entre ellas las de geolocalización, trazado de actividad y sistemas de pago, son capaces también de realizar razonamientos programados de rendimiento y calidad de servicio, a través de algoritmos, y de ejecutar estas decisiones en la plataforma, con consecuencias contractuales para la plataforma, el prestador y el receptor.

3. La relación laboral en un entorno digitalizado-desmaterializado.

Los elementos definidores de una relación laboral se idearon (i) en un entorno puramente material, en el que las personas debían encontrarse físicamente para trabajar en un conjunto coordinado, y (ii) en un entorno cultural y formativo del individuo en general muy básico, que ha sido radicalmente superado.

La evolución de la tecnología computacional ha propiciado la digitalización, y la consiguiente pérdida de los referentes materiales sobre los que se han sustentado las premisas del concepto de empresa y de la calificación de contrato de trabajo. Consiguientemente, se modifican las premisas materiales sobre las que se ha mantenido el entendimiento de una relación de prestación de servicios como laboral.

Acudir a un lugar determinado a realizar una prestación de servicios durante un número de horas concretas no es ya en absoluto necesario para realizar la misma actividad económica que hace muy poco tiempo sí requería de estas obligaciones. Tampoco es indispensable para un trabajo en equipo que los individuos que lo realizan deban sincronizarse en el mismo tiempo ni lugar.

Por su parte, la evolución formativa de la sociedad ha dado lugar a la aparición de más trabajadores del conocimiento. El contenido de la prestación laboral de estos trabajadores es de naturaleza intelectual, lo que conlleva una mayor autonomía en la prestación de unos servicios que no se limitan a ejecutar una orden que se ha dado, sino que consisten en idear de forma esencialmente autónoma, dado que lo que conforma la prestación de servicios son las ideas que pueda desarrollar el trabajador.

Además, la evolución social ha evidenciado la idoneidad de nuevas formas de dirección y guía que, esencialmente, defienden la mayor conveniencia desde múltiples aspectos de una labor de guía amparada más en el incentivo de la conducta requerida, que en el castigo, entendido como acción punitiva, sobre la conducta no deseada.

Esto último, que puede apreciarse fácilmente en la evolución de las técnicas de enseñanza y de educación infantil y juvenil que aconsejan, en términos de eficacia, el ejercicio de acciones positivas de incentivo de la conducta deseada sobre el ejercicio de acciones de sanción, forma parte esencial de las técnicas de dirección empresarial más apreciadas hoy. Se trata del análisis económico de la conducta.

Estos factores han estresado las bases de hecho sobre las que analizar la concurrencia de los elementos definitorios de la relación laboral – test de laboralidad – sobre todo los de los amparados bajo el concepto de “dependencia³”.

³ También la ajenidad: los medios materiales esenciales para la prestación de un servicio están también bajo la luz de gas de la digitalización y genera incerteza el balance entre los puramente materiales (vehículo, herramientas, infraestructura material) frente a los inmateriales (software, *know how* de la actividad, o imagen).

4. La laboralidad de la relación entre los prestadores de servicios y las plataformas de *On demand economy*, a juicio.

Tribunales laborales de varias jurisdicciones han tenido la ocasión de aplicar sus test de laboralidad para determinar la naturaleza de la relación jurídica entre los prestadores de servicios y las plataformas electrónicas de intermediación de bienes y de servicios a través de las cuales contactaban con los clientes. .

El análisis se está realizando sin que exista una normativa específica al respecto. Los tribunales adaptan las características de la prestación digital a los requisitos de ajenidad y dependencia determinando si, en este nuevo entorno, nos encontramos ante una prestación de servicios para un empresario en régimen de subordinación.

De entre las resoluciones que hemos podido analizar, nos vamos a centrar en una, dado que contiene un elenco de detalles sobresaliente acerca de las características de la relación de hecho entre el prestador de servicios y la plataforma⁴. Se trata de la Resolución de 28 de octubre de 2016 del *Central London Employment Tribunal*, caso número 2202551/2015 y otros.

A través de esta resolución, el Tribunal dirimió en primera instancia una disputa entre la conocidísima plataforma “Uber” y un colectivo de sus conductores británicos, radicados en el área metropolitana de Londres.

Los conductores –llamados “partners”– reclamaban ser considerados trabajadores por cuenta ajena (“employees”) de Uber, al entender que la consideración de trabajadores autónomos (“contractors”) admitida en sus contratos era contraria a la ley laboral inglesa. El Tribunal consideró a los conductores “workers” de Uber⁵.

Al efecto, el Tribunal entendió que Uber no se limita a actuar como una mera plataforma digital de encuentro entre prestadores autónomos de servicios (los conductores) y potenciales clientes (los pasajeros). Por el contrario, entiende como actividad de Uber la de transportar personas por medio de vehículos privados.

⁴ También interesante sobre este mismo servicio, la Sentencia de 13 de febrero de 2017, del 33ª Vara do Trabalho, de Belo Horizonte, do Tribunal Regional do Trabalho, Brasil.

⁵ En Suiza, en esta misma línea, en enero de 2017 una empresa aseguradora se negó a considerar a un conductor de Uber como trabajador por cuenta propia, obligando a la plataforma a cotizar a la seguridad social de aquel país por dicho conductor. La aseguradora llegó a dicha conclusión después de comprobar que el conductor asumía una serie de consecuencias en caso de no ajustarse a las normas establecidas por la plataforma y porque, además, el conductor no era quien determinaba el precio ni las condiciones de pago del servicio.

La sentencia aplicó el test tradicional de laboralidad al analizar los elementos de la relación entre Uber y sus conductores, para concluir que la relación es un intermedio entre la relación de autónomo (“contractor” y la de empleado (“employee”). En efecto, el “*worker*” tiene una serie de derechos típicamente laborales, entre ellos una adecuada compensación salario-trabajo, pero no tiene otros, como el derecho a ser indemnizado en determinados casos de terminación del contrato.

En particular, el Tribunal inglés apreció que Uber posee los datos personales de los pasajeros y de los trayectos, que no comparte con los conductores, y también asume el riesgo de la actividad, puesto que el precio del trayecto es abonado a Uber, quien además calcula previamente y muestra a los pasajeros una estimación del precio.

Asimismo, valoró que el conductor puede pactar con el pasajero un precio inferior, pero siempre que abone a Uber el porcentaje sobre el precio calculado por la aplicación. Ahora bien, el conductor no puede acordar un precio superior al estimado por la aplicación. Otros indicios de esa asunción del riesgo por parte de Uber son el hecho de que sea la plataforma tecnológica quien asuma los costes derivados de la limpieza del vehículo cuando el pasajero lo ensucia, o bien aquellos costes provocados por actuaciones fraudulentas de clientes (por suplantación de identidad del pasajero, por ejemplo).

Del mismo modo, consideró relevante que Uber asuma los costes derivados de quejas por los clientes, sin perjuicio de poder detracer esos costes de los importes que abona a los conductores con carácter semanal; y que gestiona esas quejas sin, en ocasiones, consultar la cuestión con el conductor afectado.

Respecto al pago de tarifas a los conductores por los trayectos realizados, llamó la atención del Tribunal que Uber llegase a implantar el pago semanal de una cantidad mínima, con independencia del número de trayectos efectivamente realizados.

Quedó acreditado que la empresa establecía las condiciones de transporte (rutas y precio) y los requisitos para la cancelación de trayectos por parte de los conductores, sancionando a aquellos que incumplieran esos requisitos, por ejemplo, no permitiéndoles temporalmente el acceso a la App. La empresa tecnológica establecía un recorrido para cada trayecto que el conductor debía seguir, y podía deducir parte del importe que paga al conductor de no haber seguido el recorrido.

Los jueces estimaron que Uber entrevistara y seleccionara a sus conductores, además de que les instruyera acerca de cómo realizar su trabajo, utilizando para ello un lenguaje imperativo y no meras recomendaciones. Además, que les sometiera a un sistema de

rating que, en realidad y a juicio del tribunal, suponía un sistema de valoración del rendimiento, y disciplinario.

Como colofón, el Tribunal citó incluso declaraciones públicas de representantes de Uber en las que se enorgullecían ante al Comité de Vigilancia del Transporte de la Autoridad del Área Metropolitana de Londres (*Greater London Authority Transport Scrutiny Committee*) de crear oportunidades laborales y generar potencialmente decenas de miles de puestos de trabajo en el Reino Unido.

5. Software como empresa.

Este tipo de controversias conlleva dos ámbitos de análisis relevantes y recurrentes para la determinación de la laboralidad. El primero es determinar si por las características de la plataforma electrónica, ésta es la prestadora a los terceros de los servicios que los clientes demandan o si, por el contrario, es una mera intermediadora electrónica entre los prestadores de los servicios y sus destinatarios⁶.

El órgano judicial debe determinar hasta qué punto entre la plataforma electrónica y los destinatarios de servicios existe un verdadero arrendamiento de los servicios finales, o unos compromisos determinantes de las características de los servicios finales, o hasta qué punto el objeto del arrendamiento de servicios entre el destinatario y la plataforma se limita a la puesta en contacto con un prestador, sin compromisos ni responsabilidad por parte de la plataforma acerca de las características de los servicios, más allá de la pura información. El alcance del arrendamiento de servicios entre operador y cliente es una “cuestión previa” de naturaleza mercantil que deben analizar los tribunales laborales para después aplicar el derecho del trabajo entre la plataforma y el prestador.

Para este fin, los tribunales están determinando el concepto de *software como empresa*, o conjunto organizado de medios susceptibles de explotación económica. Ciertamente, el conjunto de sistemas y software integrados, dotados de geolocalización, sistemas de pago, que trabajan en entornos de hiperconectividad en los que los usuarios y proveedores están digitalizados permite a una “app” prestar el mismo servicio que hace muy poco tiempo

⁶ En España, en el ámbito civil-mercantil, el Auto del Juzgado de lo Mercantil nº2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014 (Rec. núm. 707/2014), ordenó de forma cautelar el cese y la prohibición a nivel nacional de Uber por no cumplir con la normativa del transporte público y por una posible vulneración de la Ley de Competencia Desleal. Esta plataforma ya había sido previamente prohibida en Bélgica u Holanda por razones similares. No obstante, este mismo Juzgado, mediante Sentencia de 2 de febrero de 2017, y a diferencia de Uber, consideró a Blablacar como una plataforma de intermediación entre particulares que quieren realizar un viaje juntos y compartir determinados gastos, desestimando cualquier posible vulneración de la Ley de Competencia Desleal.

requería un conjunto de medios humanos y materiales actuando de manera coordinada. En ocasiones, constituyen el elemento más importante de la actividad económica.

Esta idea de **software como empresa** es la que subyace en la Sentencia número 8/2017 del TSJ de Asturias, de fecha 21 de marzo, a la hora de establecer que un conjunto de aplicaciones y desarrollos informáticos constituía una unidad productiva autónoma a los efectos de aplicar el artículo 44 del Estatuto de los Trabajadores.

La Sala de lo Social del TSJ de Asturias estima la demanda de despido colectivo interpuesta por los trabajadores al entender producida la sucesión de empresa ex art. 44 ET y condena al Ayuntamiento a reintegrar a los trabajadores adscritos al servicio de recaudación tributaria. Y ello con base en los siguientes argumentos:

- a. El hecho de que una parte relevante de los medios materiales con que se lleva a cabo la actividad económica que conforma la unidad empresarial sean los que la empresa adjudicataria del servicio pone a disposición de sus sucesivos contratistas no es obstáculo para la existencia de una transmisión de unidad productiva que mantiene su identidad.
- b. Que los activos transmitidos por la empresa al Ayuntamiento –esto es, las aplicaciones y productos informáticos, mejorados por la empresa, así como los ficheros y la información necesaria para llevar a cabo la actividad–, *“constituyen una unidad de producción susceptible de explotación o gestión separada pues comportan un soporte bastante para mantener en vida la actividad empresarial precedente”*.
- c. Que *“se ha hecho efectiva la entrega de los elementos esenciales que permiten la continuidad de la actividad empresarial, de una unidad productiva preexistente a la transmisión dotada de autonomía suficiente en el plano funcional que mantiene su identidad tras la misma”*.

Se trata de una sentencia sin precedentes en España que reconoce la existencia de una unidad productiva autónoma a partir de un conjunto ordenado de aplicaciones informáticas (software), bases de datos y ficheros, conceptuando su transmisión como una sucesión de empresas a efectos laborales y poniendo de manifiesto la primacía de los medios informáticos sobre los elementos personales, u otros elementos materiales, tales como instalaciones o hardware.

6. Software como empleador.

Junto con lo anterior, la capacidad de los programas informáticos de tomar decisiones a través de la programación algorítmica de las consecuencias que van a conllevar el acaecimiento de unos hechos realizados por los prestadores de los servicios, y la delegación de las decisiones empresariales a estos programas hacen también variar la idea tradicional del empresario como persona física que toma decisiones directas que influyen en el empleado.

Las decisiones empresariales para con los prestadores de servicios a través de plataformas electrónicas se toman no de forma directa por una red de personas que acuerdan y aplican las consecuencias de la decisión, sino por un sistema informático que tiene programadas una serie de premisas posibles y las consecuencias para la ejecución del contrato, del acaecimiento de unos y otros hechos.

Este sistema permite mostrar con una transparencia no conocida hasta el momento qué factores y en qué medida son tenidos en cuenta para cada decisión: el análisis de los algoritmos es posible y resulta mucho más accesible que el de las razones de la mente humana en el día a día.

Esta es la idea subyacente en la configuración de las decisiones judiciales en torno a la *On demand economy*. Los tribunales están sabiendo traducir el mundo físico al mundo digitalizado en una labor no exenta de complejidad. Por ejemplo, y entre muchos otros aspectos, han entendido que el hecho de que una plataforma favorezca que el número de “likes” o reseñas de clientes influya en su posibilidad a la hora de atender un servicio, equivale a diseñar un sistema de evaluación del desempeño basado en la opinión de los clientes que condiciona el desarrollo profesional del prestador⁷.

La delegación de decisiones a la conjunción de algoritmos y big data abre una nueva vía a conductas discriminatorias en el seno de una empresa. Las decisiones automatizadas en base a estos dos elementos – algoritmo y big data – llevan aparejadas el riesgo (elevado) de decisiones con connotaciones discriminatorias. La gravedad de esta situación fue expuesta en el informe elaborado por la Administración de los Estados Unidos de mayo

⁷ Otro aspecto muy relevante desde el punto de vista jurídico es el riesgo de que la delegación de decisiones empresariales a “decisiones automatizadas” en base a algoritmos y big data, llevan aparejadas un riesgo elevado de componente discriminatorio. Obviamente dependerá de la programación de la fuente de decisiones, pero la gravedad de esta situación fue expuesta en el informe elaborado por la Administración de los Estados Unidos de mayo de 2014: “*Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*”, donde se anunciaba éste como uno de los mayores riesgos asociados al big data, fuente principal de información para la toma de decisiones en plataformas como Uber, TaskRabbit o Lyft.

de 2014: “*Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*”, donde se anunciaba éste como uno de los mayores riesgos asociados al big data, fuente principal de información para la toma de decisiones en plataformas como Uber, TaskRabbit o Lyft.

A efectos del presente análisis, una vez determinado que la plataforma tecnológica es prestadora de un determinado servicio, los Tribunales tienen que establecer si estos servicios son prestados por la plataforma mediante la colaboración de trabajadores independientes (autónomos) o si lo hace mediante la colaboración de trabajadores dependientes (empleados).

Es en este aspecto en donde se centra en mayor detalle el análisis de cada plataforma y también donde la programación nos permite analizar con precisión hasta qué punto concurren los indicios de laboralidad determinados por la concurrencia de las características de dependencia, ajenidad, libertad y retribución.

Las dificultades provenientes de la novedad en la forma de determinación del servicio se compensan con la posibilidad de evidencia probatoria derivada de que toda la actividad está registrada y que toda decisión está tomada con base en premisas programadas equivalentes a formas de razonamiento.

7. La libertad de conexión y la dependencia.

El reto mayor al que se enfrenta el test de laboralidad en el entorno digital en general y, particularmente, en el de los servicios que se prestan a través de plataformas electrónicas está relacionado con la determinación de la concurrencia del requisito de la dependencia en la relación entre el prestador y la plataforma⁸.

El factor de establecer si unos determinados servicios se prestan en ámbito de subordinación se está complicando como consecuencia de la mayor dosis de libertad y auto-organización que proporcionan los medios electrónicos.

⁸ Nos centramos casi exclusivamente en el elemento de subordinación/dependencia y poco en el de ajenidad. La falta de balance es intencionada. Baste tan solo señalar que es posible defender que en muchas plataformas puede concurrir el elemento de ajenidad en su distintas vertientes: a) En los medios, dado que la app y plataforma virtual se consideren el elemento más importante para realizar la prestación; b) En los frutos, en la medida que sea la plataforma quien perciba los importes de la prestación y decida la retribución del prestador; c) en los riesgos de la actividad, en la medida en que sea la plataforma quien asuma las consecuencias de los daños o de los errores; y d) En el mercado al asumir la política de los servicios, sus características y teniendo la relación directa con los clientes.

La valoración de estos elementos no puede realizarse de forma general pues su concurrencia está intrínsecamente relacionada con las características de los servicios que deban prestarse y claramente interconectada con la mayor o menor posibilidad objetiva de autonomía técnica en la ejecución de las tareas por el prestador, y cómo esta autonomía se limita por parte de la plataforma.

Sin embargo, sí hay una característica concurrente en determinadas plataformas que hace que el encaje del prestador de servicios no tenga un cabida dentro del contrato de trabajo tal y como lo conocemos.

El contrato de trabajo en España se corresponde con una fórmula sinalagmática simple: la obligación del trabajador de prestar unos servicios durante un número de horas cierto, a cambio de una remuneración.

Este requisito ineludible, consistente en que el trabajador se obliga a trabajar un número de horas en un tiempo determinado, de forma que el empresario pueda exigir que el trabajador esté desarrollando sus funciones durante el período contratado, es esencial para que pueda señalarse que a dos partes les vincula un contrato de trabajo.

Esta evidencia se contiene en los artículos 12, 8 y 5.A) del vigente Estatuto de los Trabajadores (ET):

Así, el artículo 12 ET, al regular el contrato a tiempo parcial, señala:

- 1. El contrato de trabajo se entenderá celebrado a tiempo parcial cuando se haya acordado la prestación de servicios durante un número de horas al día, a la semana, al mes o al año, inferior a la jornada de trabajo de un trabajador a tiempo completo comparable.*
- 2. A efectos de lo dispuesto en el párrafo anterior, se entenderá por «trabajador a tiempo completo comparable» a un trabajador a tiempo completo de la misma empresa y centro de trabajo, con el mismo tipo de contrato de trabajo y que realice un trabajo idéntico o similar. Si en la empresa no hubiera ningún trabajador comparable a tiempo completo, se considerará la jornada a tiempo completo prevista en el convenio colectivo de aplicación o, en su defecto, la jornada máxima legal*

La norma distingue dos tipos de trabajadores por cuenta ajena: quienes prestan sus servicios a tiempo completo, y los trabajadores a tiempo parcial. Los primeros son quienes se comprometen a prestar sus servicios durante el tiempo máximo admitido por la

normativa de tiempo de trabajo (40 horas de promedio semanal en cómputo anual, salvo que el convenio colectivo establezca una limitación mayor al máximo de horas). Los segundos son quienes se comprometen a prestar sus servicios un número de horas inferior al de los trabajadores a tiempo completo.

No existe en la normativa española – ni en la europea continental⁹ – la posibilidad de otorgar un contrato de trabajo que no establezca esta obligación primera y esencial. El contrato por el cual un prestador de servicios no se compromete con una prestación de servicios durante unas horas determinadas no es un contrato de trabajo.

De acuerdo con los artículos 5 y 8 ET, en el caso de que el contrato de trabajo no señale expresamente un número de horas de obligada prestación a la semana o al mes o al año, el contrato se entiende celebrado a tiempo completo, lo que conlleva que el prestador de servicios se ve obligado a trabajar la jornada máxima prevista. Si no lo hace, incumple el contrato y puede ser despedido.

Los vínculos contractuales entre determinadas plataformas y los prestadores de servicios son totalmente diferentes. Tales plataformas prevén la libertad absoluta del prestador para realizar su prestación el número de días y el número de horas que éste quiera, sin que exista una obligación de prestación mínima. Entendemos que, en este caso, no es posible señalar que los prestadores sean trabajadores por cuenta ajena dado que la relación se fundamenta en la libertad absoluta (potestad incondicional) de los prestadores para realizar su prestación cuando quieran, y si quieren. Gozan de una libertad total para estar activos o no en la plataforma, esto es, para conectar o no conectar a su libre discreción.

La libertad de trabajar cuándo y si se quiere, elimina radicalmente el requisito de dependencia – inherente a la relación laboral por cuenta ajena – desde su premisa: no existe en España la posibilidad de que una relación laboral se active o desactive a voluntad del trabajador. El contrato de trabajo existe o no existe, pero si existe, debe marcar necesariamente las características temporales de la prestación, esto es, durante cuánto

⁹ Por contraposición, los “zero hour workers” en el sistema anglosajón, ideado para el encaje de trabajos puntuales o bajo demanda.

Por medio de esta tipología contractual, el empleador no queda obligado a dar ocupación de manera recurrente al trabajador, pudiendo llamar a éste únicamente cuando resulte necesario. No obstante, el empleador estará sujeto a la normativa en materia de prevención de riesgos laborales para con esta clase de trabajadores

El trabajador, por su parte, se reserva el derecho a aceptar o rechazar el servicio encomendado, disfrutará de las vacaciones establecidas por ley y su remuneración debe ajustarse al salario mínimo aplicable en las mismas condiciones que al resto de trabajadores con relación laboral común. Además, el “zero hours workers” tiene derecho a buscar o aceptar trabajo de otro empleador.

tiempo en un período determinado, el trabajador debe prestar sus servicios o, dicho de otro modo: cuanto tiempo de dedicación puede el empresario exigirle al trabajador.

8. El poder de dirección a través de incentivos.

El establecimiento de incentivos económicos o de promoción profesional es una de las herramientas de gestión de recursos humanos y tiene una tradición histórica muy extensa en el derecho del trabajo.

Desde las primas de producción, los sistemas Bedaux y similares, a las *stock options* y *phantom shares*, pasando por todo un elenco de fórmulas retributivas y de promoción de distinta índole, la dirección de la actividad por incentivos no es novedosa.

Este es un aspecto esencial a tener en cuenta en el nuevo entorno. Como señalábamos al comienzo de este artículo, la evolución cultural y política ha propiciado que en las sociedades occidentales el elemento tuitivo o penalizador se haya sustituido por otro de naturaleza positiva e incentivadora, dado que se ha demostrado la mayor eficacia para guiar conductas a través de incentivos que a través de sanciones.

Este “giro” es una de las claves para entender por qué se está entendiendo que los incentivos establecidos en los programas informáticos que conforman las plataformas electrónicas de la *On demand economy* son un elemento del poder de dirección (dependencia) de las plataformas.

Las resoluciones configuran una equivalencia entre las órdenes del empresario y el efecto de los incentivos, partiendo de la premisa de falta de libertad económica del prestador del servicio. La dependencia económica del prestador del servicio hace que éste atienda y se comporte en su prestación de acuerdo con los incentivos económicos programados, lo que a la postre resulta en la prestación de un servicio coordinado y dirigido por la plataforma y elimina las diferencias de hecho entre esta prestación de servicios y el trabajo en subordinación.

9. La solución francesa.

Ya hemos señalado el incremento en la dificultad que encierra ajustar los indicios tradicionales del test de laboralidad a las características que concurren para la prestación de servicios a través de plataformas. La flexibilidad en los tiempos de prestación o la desmaterialización del lugar de prestación, como se ha visto, elevan la incertidumbre y generan incluso perplejidad.

Esto ha motivado que distintos expertos hayan defendido la pertinencia de que cree una tercera¹⁰ categoría de trabajadores específicos para el caso de que se presten servicios a través de plataforma electrónicas.

Francia ha dado un paso en este sentido en su reforma laboral de agosto de 2016 ha introducido unas obligaciones específicas para los trabajadores independientes que desarrollen su actividad en Francia para compañías que, independientemente de dónde estén localizadas físicamente, conectan personas por medios electrónicos para venderles bienes, prestarles servicios o intercambiar bienes o servicios.

El legislador francés no ha optado por una nueva categoría laboral en sentido estricto, sino por dotar de una serie de derechos¹¹ a los trabajadores independientes que trabajen a través de determinadas plataformas.

Así, todas aquellas plataformas que establezcan las características esenciales de la actividad económica, como son las características de bien o del servicio, así como su precio, tendrán la obligación para con estos trabajadores independientes de: (i) asumir el coste de una cobertura equivalente a la establecida para accidentes de trabajo por la correspondiente norma de seguridad social, y (ii) responder del derecho a su formación profesional continua, siempre que la plataforma tecnológica suponga un nivel de ingresos determinado para el prestador.

En todo caso, y sea cual sea el nivel de ingresos obtenido a través de la plataforma, los trabajadores independientes que presten sus servicios para dichas plataformas verán reconocidos: (i) el derecho a concertar colectivamente la interrupción de su prestación de servicios con la finalidad de defender sus intereses profesionales, sin que este comportamiento, salvo que tenga carácter abusivo, pueda determinar responsabilidad contractual por incumplimiento para el individuo, la extinción de su contrato o cualquier penalización, y (ii) el derecho de sindicación.

La solución es inteligente. Despeja el primer campo de análisis, consistente en determinar que es la plataforma la que presta un servicio, dado que es quien determina sus características y su precio; después detecta una cierta dependencia económica del prestador valorada según criterios legales; y otorga unos derechos económicos y laborales a los prestadores de servicios.

¹⁰ En España sería una cuarta categoría, si tenemos en cuenta al Trabajador Autónomo dependiente.

¹¹ Y sus correspondientes cargas para la empresa

Y, en todo caso, permite que los prestadores de servicios puedan mejorar sus condiciones dotándoles de herramientas colectivas, lo que conlleva el fortalecimiento de la posición de este colectivo para mejor garantía de sus derechos.

10. Últimas claves.

Somos conscientes del debate acerca de la conveniencia de establecer una relación jurídica especial para los prestadores de servicios a través de plataformas electrónicas. Para decantarnos por una opción, tendríamos en cuenta estas últimas consideraciones.

El abanico contractual actual es notablemente amplio. Tenemos la relación laboral por cuenta ajena, las distintas relaciones laborales especiales, la relación del trabajador autónomo dependiente y la pura relación mercantil del autónomo¹².

El análisis de la naturaleza jurídica de las relaciones de los prestadores de servicios a través de plataformas para ajustarla a las categorías existentes conlleva una complejidad especial en el momento de terminar la concurrencia del requisito de la dependencia, particularmente la derivada de la flexibilidad que exigen estos modelos de negocio y que buscan muchos de los prestadores de servicios¹³. Si esta característica no es compleja, la dificultad a adaptación de alguna de las relaciones ya existentes entra dentro de los retos asumibles.

Además, el trabajo a través de plataformas se está desarrollando y va a evolucionar notablemente en los próximos años. La evolución tecnológica e plataformas y sistemas cloud, junto con la del contenido de un trabajo cada vez más intelectual, unida a la aspiración a una vida profesional más adaptada a la vida personal, hará que este tipo de soluciones trascienda su ámbito actual y pase a conformar configuración de la organización de cada vez más empresas y modelos de negocio.

Por estos motivos, en este momento centraríamos el debate en analizar la conveniencia de tres garantías concretas (i) el establecimiento de un mínimo rango salarial para los prestadores de servicios, (ii) un adecuado marco de prevención de riesgos y (iii) la dotación a los prestadores de servicios a través de plataformas de derechos colectivos de defensa de sus intereses profesionales.

¹³ La regulación del tiempo es inadecuada para responder a las necesidades de muchos actores de este modelo económico, tanto plataforma, como prestadores.

11. Bibliografía.

GINÈS I FABRELLAS, A., Y GÁLVEZ DURÁN, S., “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, InDret [en línea], nº 1, 2016, [Fecha de consulta: 30/03/2017], Disponible en: http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf

PODESTA, J., PRITZKER, P., MONIZ, E.J., HOLDREN, J., Y ZIENTS, J., “*Big Data: Seizing Opportunities, Preserving Values*”, The White House, Washington (EE.UU.), 2014.

SCHMID-DRÜNER, M., “The situation of workers in the collaborative economy”, *Employment and Social Affairs*, European Parliament, 2016.

SUNDARARAJAN, A., “*The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*”, The MIT Press, Cambridge, Massachusetts (EE.UU.), 2016.

TODOLÍ SIGNES, A., "El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo", *IusLabor*, nº 3, 2015.

WEIL, D., “*The Fissured Workplace: Why Work Became So Bad for So Many and What Can be Done to Improve it*”, Harvard University Press, Cambridge, Massachusetts (EE.UU.), 2014.