
**LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LA AMPLIACIÓN DEL
CONCEPTO DE TRABAJADOR: JURISPRUDENCIA
ESPAÑOLA Y LA NUEVA LEY DE CALIFORNIA (AB5)**

**DIGITAL PLATFORMS AND THE EXTENSION OF THE
CONCEPT OF WORKER: SPANISH JURISPRUDENCE AND
THE NEW CALIFORNIA LAW (AB5)**

Adrián TODOLÍ SIGNES

*Profesor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia
(España).*

Fecha de envío: 05/03/2020

Fecha de aceptación: 09/03/2020

LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y LA AMPLIACIÓN DEL CONCEPTO DE TRABAJADOR: JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA Y LA NUEVA LEY DE CALIFORNIA (AB5)

Adrián TODOLÍ SIGNES

Universidad de Valencia (España).

Resumen: Existe consenso en la doctrina laboralista de que el concepto de trabajador debe interpretarse conforme a la realidad social del momento en el que debe ser aplicado. El presente trabajo analiza qué significa esta afirmación en el momento actual de expansión de las plataformas digitales y del trabajo autónomo en general. Para ello, se analizan i) las propuestas existentes en la doctrina comparada de ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo; ii) los fines propios del Derecho del trabajo; iii) la nueva normativa de California respecto al ámbito subjetivo de la normativa laboral. En base a este análisis, se realiza una propuesta que permita incluir a todos aquellos que prestan servicios sin ser genuinamente una empresa.

Palabras clave: Concepto de trabajador - Ámbito subjetivo de aplicación del estatuto de los trabajadores - Subordinación - Dependencia - Ajenidad - Test ABC - Ley AB5

Sumario: 1. Las plataformas y los retos del Derecho del trabajo. 2. Interpretación clásica del concepto de trabajador aplicado al trabajo en plataformas. 3. Nuevos indicios de laboralidad en el trabajo en plataformas. 3.1. Irrelevancia del tipo de contrato pactado entre las partes. 3.2. Instrucciones de la empresa. 3.3. Horarios. 3.4. Control. 3.5. Substitución y subcontratación. 3.6. La plataforma como medio de producción y no la bicicleta. 3.7. Precio. 3.8. Actividad empresarial. 3.9. Ajenidad en la información. 3.10. Ajenidad en la marca. 4. Más

allá de los trabajadores de plataformas: la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Derecho del trabajo. 5. Ampliación de concepto legal de trabajador: el caso de California. 5.1. El nuevo concepto de trabajador asalariado. 5.2. La presunción de laboralidad. 5.3. Ámbito de aplicación de la presunción y del test de laboralidad. 5.4. Concepto de empresario laboral. 5.5. Las tres características de la laboralidad. 5.6. Exclusiones. 6. Reflexión final.

Abstract: There is consensus in the labor law doctrine that the concept of worker must be interpreted according to the social reality of the moment in which it should be applied. The present work analyzes what this affirmation means in the current moment of expansion of digital platforms and autonomous work in general. For that, i) the existing proposals in the comparative doctrine of extension of the subjective scope of Labor Law are analyzed; ii) the aims of labor law; iii) California's new regulations regarding the subjective scope of labor regulations. Based on this analysis, a proposal is made that can include all those who provide services without being genuinely a company.

Key words: Key Words - Worker concept - Labour Law scope - Subordination - Control-test - ABC test - AB5 Act

Summary: 1. The platforms and challenges of labor law. 2. Classical interpretation of the concept of worker applied to work on platforms. 3. New indications of labor work at the platform work. 3.1. Irrelevance of the type of contract agreed between the parties. 3.2. Company instructions. 3.3. Schedule. 3.4. Control. 3.5. Substitution and subcontracting. 3.6. The platform as a means of production and not the bicycle. 3.7. Price. 3.8. Business activity. 3.9. Adherence in the information. 3.10. Brand awareness. 4. Beyond platform workers: the extension of the subjective scope of labor law protection. 5. Extension of legal concept of worker: the case of California. 5.1. The new concept of salaried worker. 5.2. The presumption of labor. 5.3. Scope of the presumption and the labor test. 5.4. Concept of work entrepreneur. 5.5. The three characteristics of labor. 5.6. Exclusions. 6. Final reflection.

1. Las plataformas y los retos del Derecho del trabajo

Una de las mayores innovaciones del trabajo en plataformas ha sido su capacidad de producir una nueva forma de organización del trabajo. La tecnología actual (*aplicaciones*, páginas web, *smartphones*, algoritmos, entre otros) permite nuevos modelos de negocio y de prestación de servicios que despiertan el interés de los consumidores¹.

No es la primera vez que se produce una situación similar vinculada, precisamente, a los cambios tecnológicos. Con la máquina de vapor y los telares mecanizados, las formas de producción y distribución de textiles cambiaron radicalmente. Antes de la industrialización existía una producción individualizada en los hogares de los trabajadores, de donde el empresario recogía semanalmente (o con otra periodicidad) las prendas para, a continuación, distribuir las en el mercado. Posteriormente, con las posibilidades que ofrecía la tecnología, se cambió a una producción en fábricas. En efecto, el incremento de productividad provocado por el telar mecánico hacía económicamente ineficiente continuar cosiendo individualmente vestidos por los trabajadores en sus respectivas casas. Por el contrario, era necesario realizar fuertes inversiones en la adquisición de maquinaria y aquellos que no podían costearla –quienes vivían de su trabajo- debían abandonar el trabajo doméstico para acudir a la fábrica y ofrecer su tiempo a cambio de una remuneración. En base a esta forma de prestar servicios, y con objeto de incrementar la eficiencia del proceso productivo, apareció -con el tiempo- la cadena de montaje *fordista* y, persiguiendo la reducción de los costes de mano de obra, el *taylorismo*.

Precisamente, debido a este cambio en la forma de organizar el trabajo – del trabajo en casa a la fábrica- provocado por la necesidad del uso de la tecnología, de la cual los trabajadores no eran titulares, aparecieron los primeros conflictos sociales enfrentando a los empresarios –propietarios de la tecnología

¹ Un reciente informe de la Comisión Europea establece tres tipos de organización la economía industrial de 1850 a 1970, la economía de la información de 1970 a 2020 y un tercer tipo llamado economía de la inteligencia artificial que empezando en los 2010 será imperante en el futuro. Esta economía de la inteligencia artificial incluye en su seno la economía de plataformas, pero también el *big data*, ver Goos, M., et al, (2019) “The impact of Digital Transformation on EU Labour Markets”, European Commission.

indispensable- con los trabajadores –que no la poseían-. Esta posición de privilegio del empresario permitió abusos sobre los trabajadores, quienes habían de someterse a las órdenes del titular de los medios de producción, a jornadas extenuantes marcadas por éste y a precarias condiciones de salubridad en las fábricas si querían continuar trabajando. Frente a ello, surgió el Derecho del trabajo como forma de “resolver” el conflicto entre las partes con, entre otros, los siguientes objetivos².

- La protección de la parte débil frente abusos (desigualdad del poder de negociación)
- La dignificación del trabajo y sus condiciones (valores sociales)
- La pacificación y encauzamiento del conflicto colectivo dentro del sistema capitalista (fallos de mercado)

Así pues, el nacimiento del Derecho del trabajo es indisoluble de la industrialización y de la aparición de grandes fábricas con trabajadores que realizan sus funciones bajo la estricta supervisión de los encargados. Dado el interés del legislador original de proteger a este sujeto que prestaba servicios en el marco de una organización determinada, se diseñó el concepto legal de “trabajador” para describirlo. A su vez, el sistema de protecciones (jornada máxima, salario mínimo, etc.) se creó pensando en las necesidades de estos trabajadores y los derechos laborales se limitaron a aquéllos que eran compatibles con el sistema de producción industrial, otorgando ciertas potestades de control de los trabajadores al empresario (entre otros, su horario, su jornada, instrucciones directas, etc.). En conclusión, tanto el concepto “trabajador”, como su régimen jurídico, fueron pensados y adaptados a ese modelo de organización empresarial/industrial.

En este contexto, y con la legislación de inspiración industrial todavía vigente, aparece una nueva forma de organizar el trabajo, que no surge aisladamente, sino que culmina un proceso de descentralización productiva y “desverticalización” de las empresas, que proviene de los años 70. Efectivamente, la empresa integrada verticalmente ha sido remplazada por una

² Davidov, (2002), *The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection*, U.TL.J., 52.

empresa-red mucho más dinámica y adaptable a las necesidades del mercado en cada momento. Las empresas que aportan un alto valor añadido ya no desean integrar todos los elementos del proceso productivo en su matriz, sino mantener exclusivamente el núcleo del negocio para descentralizar y subcontratar en otras empresas el resto del proceso. Ello les permite adaptar su estructura de costes a la necesidad del mercado con mucha facilidad. Así, rescindir una contrata con otra empresa cuando una parte del proceso productivo ya no resulta necesario es mucho menos costoso que escindir o extinguir parte de la empresa propia³. De esta forma, este proceso de descentralización ha creado empresas de “primera” –las que mantienen el valor productivo- y de “segunda” –servicios accesorios-, modelo al cual el Derecho del trabajo ha ido adaptándose, sin muchas modificaciones, como ha podido. Esto ha sido posible dado que la descentralización productiva aquí narrada se limitaba a cambiar la forma de organizar las empresas, pasando de una integración vertical a una coordinación entre ellas o incluso a una subordinación de unas empresas a otras, pero sin afectar al núcleo de la prestación del trabajo.

En este proceso de descentralización aparece el trabajo en plataformas como expresión última de dicha descentralización productiva. No obstante, a diferencia de las anteriores manifestaciones del fenómeno, esta vez no se afecta solamente a la forma en que las empresas se organizan y se coordinan, sino que también repercute directamente en cómo se organiza el trabajo, esto es, cómo se presta el servicio por parte del trabajador y cómo se relaciona la empresa cliente final con la persona que presta el servicio.

En este punto se plantea la cuestión de si el concepto de trabajador, o más bien el propio ámbito subjetivo del Estatuto de los Trabajadores, se adecúa a esta nueva realidad social. Tradicionalmente se ha mantenido que el concepto de trabajador es suficientemente flexible como para adaptarse a las nuevas profesiones y a las nuevas realidades económicas sin necesidad de cambios. En efecto, el concepto de trabajo subordinado lleva años acomodándose a las diferentes situaciones, sin que el hecho de que el trabajador tenga libertad para

³ Calvo Rodríguez E., (2017). *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia.

elegir cuándo realiza el trabajo -o cómo- sea relevante para su calificación jurídica. Sin embargo, la capacidad adaptativa de ciertas empresas con objeto de eludir la normativa laboral puede hacer necesario una intervención legislativa. En efecto, la prueba de indicios como forma clásica de discernir entre un trabajador laboral y un autónomo es un trabajo casi artesanal de brocha fina aplicada uno por uno a cada caso, sin embargo, hoy en día nos encontramos ante empresas que contratan autónomos en masa. Efectivamente, la prueba de indicios podía ser suficiente en un mundo en el que los autónomos eran la excepción, los casos marginales. No obstante, para hacer frente a una producción a nivel industrial de autónomos –potenciales falsos autónomos- es posible que se requiera un cambio legislativo de hacer frente a las nuevas realidades económicas y sociales.

Para responder a esta cuestión, el trabajo se ha dividido de la siguiente manera: el apartado dos tratará de analizar la doctrina judicial que ha aplicado los indicios clásicos de laboralidad al trabajo en plataformas; el tercero tratará de exponer la doctrina judicial y los argumentos que apoyan una interpretación del concepto de trabajador conforme a la realidad de los tiempos actuales, esto es, aplicando los llamados “nuevos indicios de laboralidad”. El cuarto apartado, parte de la premisa de que los trabajadores en plataformas no son los únicos afectados por la desregulación existente en materia de condiciones de trabajo para los trabajadores autónomos, por lo que se plantearán posibles soluciones más globales, entre ellas, un nuevo ámbito de aplicación de Derecho del trabajo que comprenda toda prestación personal de servicios. El quinto, analiza la nueva legislación de California como máximo exponente de cambio normativo con objeto de luchar contra los “falsos autónomos”. El trabajo termina con unas conclusiones.

2. Interpretación clásica del concepto de trabajador aplicado al trabajo en plataformas

En el conflicto, sobre la laboralidad o independencia de los trabajadores de plataforma la primera posición doctrinal consiste en entender que estos

trabajadores son independientes. Las sentencias que acogen esta doctrina se basan principalmente en el hecho de que la forma de funcionar de estas empresas no encaja con el concepto clásico de trabajador. Esto es, no existe horario ni jornada determinada por la empresa, no existen instrucciones directas, no existen procesos de selección, no existe formación dada por la empresa, no hay supervisores que controlen el trabajo, etc...

En este sentido, se puede señalar la sentencia del Juzgado nº 17 de Madrid de 11 de enero de 2019 y la Sentencia del juzgado nº39 De Madrid de 3 de septiembre ambas declaran a un repartidor de Glovo como verdadero autónomo.

Las razones son la siguientes:

1. *Prevalencia de la autonomía de la voluntad o presunción de extralaboralidad*: Lo primero que llama la atención de la sentencia es que la Jueza relevancia a lo pactado por las partes diciendo lo siguiente:

“los contratos suscritos por las partes, unido a la falta de prueba de una realidad material distinta de la reflejada en ellos, es un indicio contrario a los postulados del trabajador. No en vano la voluntad conjunta y libremente expresada a través de un contrato debe tomarse al menos como punto de partida para su examen.”

Esto es, la Sentencia entiende que quién debe probar que la realidad acontecida entre las partes es el trabajador y si no lo hace se dará por verdadero lo que se pactó entre las partes. Esto es, se entiende que, si se pactó un contrato mercantil entre las partes, esto será lo que deberá entenderse como verdadero excepto que se demuestre lo contrario. A mi juicio, la juzgadora parece que está aplicando una presunción de extralaboralidad que debe ser “destruida” por el trabajador. Algo que choca frontalmente con la presunción de laboralidad que la doctrina científica y judicial lleva tiempo sosteniendo, esto es, que lo relevante no es lo que las partes pactaron sino la realidad material y, además, quién debe probar que la prestación de servicios era autónoma es la empresa, entendiendo que es laboral en caso de que no se consiga “destruir” esa presunción de laboralidad.

2. *La reputación online es irrelevante*: la Sentencia establece literalmente que:

“Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.”, sin embargo, no considere eso como un indicio de laboralidad dada la existencia de organización del trabajo por parte de GLOVO, sino que dice “El repartidor con más puntos tiene más posibilidades de quedarse con los pedidos que escoja, pero esto no equivale a sancionar al menos puntuado, ya que premiar a unos trabajadores por la superior calidad o cantidad de trabajo no equivale a castigar a los demás”.

Es decir, la Sentencia declara que el sistema de puntuación y el hecho de que la empresa asigne más pedidos a los trabajadores de más puntuación no es ni un sistema de organización del trabajo ni tampoco es una penalización para los trabajadores con menos puntuación. Sin embargo, en un mundo en el que los pedidos son limitados –escasos como diría un economista- el hecho de que unos trabajadores tengan más pedidos implica que otros tengan menos, lo cual es, en sí mismo, tanto una organización del trabajo como una penalización. Pensemos que en vez de pedidos se asignaran horas de trabajo con su correspondiente retribución, que la empresa asigne más horas de trabajo a los mejores trabajadores y menos a los “peores” incluyendo el despido (cero horas de trabajo) es la base de cualquier empresa tradicional (restaurante, tienda de ropa, etc...)

3. *La bicicleta como principal medio de producción*: También es interesante que la Sentencia entienda que “las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) son propiedad del trabajador”. Esto es, sin contemplar la posibilidad de que la propia plataforma propiedad de la empresa sea un medio de producción necesaria para prestar el servicio y realizar el negocio.

4. *La asignación de precios y de zonas de trabajo por parte de Glovo es irrelevante*. También es interesante leer el siguiente párrafo transcrito literalmente: “No consta el sometimiento del trabajador a una estructura organizativa interna de la Empresa, que sólo decide las tarifas con que abonará los servicios, el lugar de prestación de los mismos, y la herramienta a través de la cual oferta los

‘recados’ (APP) siguiendo un programa informático que busca minimizar la suma de costes”.

Me parece que es interesante porque la Sentencia dice que “solo” se decide los precios, el lugar de prestación y las herramientas, algo que, aunque la Sentencia desprecia, no considerándolo suficiente, en mi opinión parece muy relevante, especialmente el precio y el lugar de prestación de servicio. En efecto, multitud de sentencia del Tribunal Supremo español han considerado muy relevante, para entender la laboralidad, el hecho de que los precios o tarifas las asignara la empresa y también la zona de trabajo del trabajador (ej., STS de 16 de noviembre de 2017).

3. Nuevos indicios de laboralidad en el trabajo en plataformas

A diferencia del grupo de sentencias que se acaba de comentar existe otro que, por el contrario, sostiene la laboralidad de los trabajadores en plataformas –al menos de los repartidores a domicilio-. Estas sentencias, basan su argumento principalmente en la existencia de los llamados “nuevos indicios de laboralidad”⁴. Esto es, estas sentencias (STSJ de Madrid de 27 de noviembre de 2019 rec. 588/2019, Sentencia del Juzgado nº 33 de Madrid de 11 de febrero, Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid en Sentencia nº 130 de 2019 de 4 de abril, Sentencia del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón nº 61/2019, Sentencia nº 244/2018 del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia) sostienen que la subordinación del trabajador a la plataforma no se manifiesta por los indicios clásicos, pero sigue existiendo subordinación. Por ello, es necesario recurrir a los nuevos indicios de laboralidad o nuevas formas de subordinación. Si estas se dan en la relación, se deberá declarar laboral.

A estos efectos, nos sirve de ejemplo la sentencia dictada el 1 de junio de 2018 por el Juzgado de lo Social nº6 de Valencia (Sentencia nº 244/2018 del Juzgado de lo Social nº6 de Valencia.) condenando a la empresa de reparto Deliveroo a pagar una indemnización por despido improcedente a uno de sus

⁴ Todolí Signes, “Prólogo” en Todolí Signes y Hernández Bejarano (coord.) El trabajo en plataformas digitales, aranzadi 2018.

trabajadores (riders) al entender que entre las partes existía un contrato de trabajo. Los fundamentos para llegar a esta conclusión son los siguientes:

3.1. Irrelevancia del tipo de contrato pactado entre las partes

De acuerdo con la Jurisprudencia asentada en España (STS 11 de junio de 5 de julio 1990), los contratos tienen la naturaleza jurídica que se deriva de su contenido obligacional, independientemente de la denominación que le otorguen los intervinientes, debiendo estarse para determinar su auténtica naturaleza a la realidad de su contenido, manifestado por los actos realizados en su ejecución, lo que debe prevalecer sobre el «nomen iuris» (nombre dado a la relación) empleado por los contratantes. Ello implica que la determinación del carácter laboral o no de la relación que une a los contratantes, no es algo que quede a la libre disposición de las partes, sino que es una calificación que debe surgir del contenido real de las prestaciones concertadas y de las concurrencias de los requisitos que legalmente delimitan el tipo contractual.

De esta forma, la Sentencia analizada determina que es irrelevante que el rider firmara y aceptara un contrato civil. En definitiva, la normativa se impone a la voluntad de las partes.

3.2. Instrucciones de la empresa

La Sentencia Deliveroo sostiene que el rider trabajaba siguiendo las instrucciones de la empresa y bajo las condiciones fijadas unilateralmente por la misma. Concretamente, la sentencia considera probado que el trabajador, tras ingresar en la empresa debía descargarse la aplicación (app) desarrollada y gestionada por ésta en su teléfono móvil, recibiendo una autorización y, con ella, un usuario y una contraseña personal para poder acceder a la misma. Sumado a ello, se entiende acreditado que la empresa Deliveroo era la que decidía la zona en la que el rider debía desempeñar sus funciones.

3.3. Horarios

En cuanto al horario, la Sentencia determina que, aunque es cierto que el trabajador ofertaba a la empresa las franjas horarias en las que quería trabajar, también lo es que esas franjas tenían que estar dentro del horario previamente establecido por la empresa, y que era ésta quien finalmente decidía en qué horario iba a desempeñar sus funciones el trabajador cada semana. Es decir, la Sentencia concluye que no había una verdadera libertad de elección del horario. Además, se debe señalar que los Tribunales españoles (STS de 20 de enero de 2015—rec. 578/2014—) consideran que incluso aunque exista un total y absoluta libertad de horarios del trabajador y la capacidad para rechazar los encargos por parte de la empresa ello no evita la calificación de laboral. Ello es debido a que, de acuerdo con los Tribunales españoles, para la calificación como asalariado es más relevante otras cuestiones como: a quién pertenecen los clientes para los que se realizan los encargos o si el trabajador tiene una verdadera estructura empresarial (STS 20 de julio de 2010 (rec. 3344/2009)).

3.4. Control

El juzgado de Valencia considera acreditado que la empresa daba instrucciones concretas a los repartidores sobre la forma en que el reparto de comida se tenía que llevar a cabo, fijando tiempos y normas de comportamiento que éstos debían cumplir. Además, la empresa tenía en todo momento geolocalizado (GPS) al trabajador, a quien podía pedir explicaciones en cualquier momento sobre el servicio, llevando un control de tiempos de cada reparto. Parece especialmente importante que la Magistrada considera relevante que la empresa era la que decidía en cada momento cuál eran los repartos (gigs) a realizar por el trabajador y la efectiva asignación de los mismos. En efecto, dado que el algoritmo que asignaba los repartos pertenece a la empresa, parece lógica la conclusión a la que llega la juzgadora: la empresa es quién asigna los repartos (gigs)—organiza el trabajo—a través del algoritmo.

3.5. Substitución y subcontratación

La Sentencia entiende que la subcontratación, aun permitida en el contrato entre las partes, era totalmente residual. En cualquier caso, cabe señalar que, de acuerdo con la jurisprudencia española (STS de 20 de julio de 2010—rec.3344/2009—), la subcontratación o sustitución esporádica no evita la laboralidad dado que se hace en beneficio de la empresa. Es decir, cuando el trabajador no puede realizar el trabajo encargado y busca a otro trabajador para que lo haga se hace en beneficio de la empresa y, por esta razón, ello no puede implicar la pérdida de los derechos como trabajador ni su clasificación como autónomo.

3.6. La plataforma como medio de producción y no la bicicleta

La Sentencia indica que aun cuando el rider aportaba para el trabajo su bicicleta y su teléfono móvil, carecía de organización empresarial, siendo la empresa, la titular de la plataforma virtual, con el nombre comercial "DELIVEROO" la que, a través de una aplicación informática (APP), se organizaba la actividad empresarial. Es decir, se entiende que el principal o esencial medio de producción es la plataforma virtual—no la bicicleta—. Por esta razón, se argumenta que es la empresa propietaria y que tiene el poder de uso de la plataforma quién debe entenderse como el empresario. De acuerdo con la jurisprudencia española tampoco un coche o una furgoneta pequeña son un medio de producción relevante (STS 18 de mayo de 2019—rec. 3513/2016—).

3.7. Precio

La Sentencia considera trascendental para su decisión final que quién decidía el precio de los servicios realizados por el trabajador fuera Deliveroo. También que el rider percibía su retribución con independencia del cobro por parte de Deliveroo del servicio. Por último, se considera significativo, para entender que el rider es trabajador de Deliveroo, el hecho de que el servicio era cobrado por Deliveroo al cliente a través de su aplicación (app).

3.8. Actividad empresarial

La Sentencia considera que el rider es un trabajador también por el hecho de que no tiene posibilidades de participar en modo alguno de los beneficios que, en su caso, pudiera obtener la empresa Deliveroo. En efecto, como ya señaló la Sentencia en UK sobre Uber (STJUE Y. Aslam, J. Farrar y otros contra Uber-UK), y también el Tribunal Supremo español ha señalado en otras ocasiones (STS de 16 de noviembre de 2017), la imposibilidad de crecimiento del negocio ni de obtener los rendimientos es un hecho crucial.

3.9. Ajenidad en la información

La magistrada también considera significativo para su fallo el hecho de que el trabajador desconocía cuales eran los restaurantes que en cada momento estaban adheridos a la plataforma y la identidad de los clientes que solicitaban sus servicios. En efecto, en el S. XXI la información es un medio de producción muy importante, por lo que difícilmente puede ser calificado de empresario quien no es propietario de la información esencial en un negocio (ej. identidad de los clientes, big data).

3.10. Ajenidad en la marca

Por último, la Sentencia señala que los riders son la imagen de la compañía de cara al cliente. Es decir, los clientes reconocen a los riders como “la cara de la compañía”. En efecto, como la doctrina ha señalado, ningún cliente conoce ni elige a los riders, sino que los clientes confían en los riders (para abrirles la puerta de su casa) porque viene de Deliveroo. Los clientes no pertenecen a los riders, sino que los clientes pertenecen a Deliveroo, siendo los riders solamente los ejecutores del trabajo en beneficio de la plataforma⁵. Y esto es un elemento que ocurre en toda la Gig economy. Los Tribunales de otros

⁵ Todoli Signes, A., (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch.

países están considerando esta circunstancia clave para determinar la imposibilidad de clasificar a los trabajadores que trabajan para una marca que no es de su propiedad como elemento esencial (SCourt UK Pimlico Plumbers Ltd y otros v contra Smith). La marca se convierte en el medio de producción más importante en el S. XXI puesto que sin clientes no se puede producir ningún servicio (on-demand economy).

En definitiva, es posible empezar a vislumbrar en la jurisprudencia y en la doctrina un esfuerzo por integrar esta nueva forma de organizar el trabajo dentro del ámbito de aplicación del contrato de trabajo. Ello se hace a través de los llamados “nuevos indicios” de laboralidad⁶. Esta doctrina defiende que en la economía de plataformas los prestadores de servicios están subordinados a la plataforma, sin embargo, esa subordinación es distinta a la forma de subordinación de los trabajadores tradicionales. De ahí la necesidad de conocer y “buscar” esos “nuevos indicios” de subordinación.

4. Más allá de los trabajadores de plataformas: la ampliación del ámbito subjetivo de protección del Derecho del trabajo

El problema de la exclusión de los trabajadores del ámbito de protección del Derecho del trabajo y de la Seguridad Social, sin duda, no es exclusivo de este nuevo modelo de negocio. Es cierto que la aplicación de la tecnología puede, incrementalmente, agravar la situación, además de poseer particularidades dignas de estudio. No obstante, sería ingenuo pensar que se está ante un problema completamente nuevo. Con la evolución del mercado de trabajo de los últimos años se ha constatado un aumento de la sustitución de mano de obra laboral por mano de obra “autónoma”. De hecho, la extrema flexibilidad en la utilización de la mano de obra y la transferencia del riesgo desde la empresa hacia el prestador de servicios mediante la utilización de la figura de los autónomos se ha convertido en una realidad para una gran parte de la fuerza

⁶ Todoli Signes, A., (2018), “Prólogo”, en Todoli Signes A., Hernández Bejarano (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi.

de trabajo que va mucho más allá de la economía de plataformas⁷. Por ello, sería lógico pensar que la prestación de servicios a través de plataformas digitales es sólo parte de una tendencia general hacia la utilización del trabajo autónomo.

Por esta razón, una primera respuesta a la cuestión planteada en este trabajo pasa por ampliar el ámbito subjetivo del Derecho del Trabajo. Es decir, dado que el *trabajo en plataformas* no es una cuestión aislada, sino que se enmarca en una tendencia generalizada, se podría argumentar que la solución difícilmente puede provenir del estudio particularizado de esta cuestión. Por el contrario, habría que conectar la solución a la falta de protección de los trabajadores en plataformas digitales con aquéllas planteadas para reducir los riesgos que asumen, en general, los trabajadores autónomos que actualmente tampoco quedan cubiertos por la protección del Derecho del trabajo. En definitiva, dado que el problema analizado no es radicalmente nuevo, el análisis de las soluciones doctrinales que se han planteado hasta ahora puede arrojar cierta luz.

En este sentido, las propuestas doctrinales de modernización del Derecho del trabajo elaboradas en los últimos años pasan todas, también, por ampliar del ámbito subjetivo de la disciplina. Ello no significa, en todos los casos, ampliar la definición de contrato de trabajo, sino, por el contrario, librar a la especialidad del anclaje del contrato de trabajo como ámbito de aplicación. En efecto, de una forma u otra, las propuestas apuestan porque el Derecho del trabajo no esté constreñido por la definición del contrato de trabajo, sino que su ámbito debería extenderse a todo el "mundo del trabajo"⁸. La anterior tendría, como primera consecuencia, que el trabajo personal, esté formulado bajo dependencia o independencia, seguiría sujeto a normativas protectoras.

Las posiciones doctrinales, obviamente, difieren en cómo realizar la ampliación y en el tipo de protecciones que debieran tener las relaciones personales de trabajo que entraran dentro del Derecho del trabajo, pero no dentro del contrato de trabajo.

⁷ De Stefano V., (2016) "The rise of the "just-in-time workforce", OIT. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.

⁸ FREEDLAND M y KOUNTOURIS N., I., The legal construction of personal work relations, Oxford, 2011., pp 1-446.

La Comisión Europea, en un informe realizado bajo la dirección de Alain Supiot⁹, tuvo como objetivo reformular el Derecho del trabajo de tal forma que se liberara de las restricciones del trabajo subordinado bajo el contrato de trabajo. La idea central en el “informe Supiot” fue la de reconocer y concienciar sobre la existencia de un amplio rango de situaciones en las que los ciudadanos están trabajando a pesar de no encontrarse bajo un contrato de trabajo. De hecho, el informe Supiot no se limitaba a ampliar el ámbito subjetivo de la disciplina al “trabajo no subordinado”, sino también al “trabajo no remunerado” (ej., cuidados dentro de la familia o tareas domésticas sin retribución). La ambiciosa propuesta configuraba un “statut professionnel” o estatuto profesional, donde se incluirían todos aquellos que prestaran servicios de mano de obra. No obstante, en dicha propuesta, este estatuto se limitaría a conceder derechos de Seguridad Social. Esto es, Supiot proponía desligar la protección de Seguridad Social de la existencia de un contrato de trabajo. Efectivamente, uno de los primeros problemas con los que se encuentran los trabajadores autónomos es su desprotección en materia de Seguridad Social respecto a sus homólogos trabajadores. Por su parte, éste es el campo donde más se avanzado en los últimos años –a pesar de seguir existiendo importantes diferencias-.

También Lyon-Caen¹⁰, en su momento, propuso integrar en el Derecho del Trabajo relaciones personales de trabajo distintas al contrato de trabajo. En este sentido, propuso “un Derecho del trabajo para trabajadores distintos de los existentes en el modelo del Derecho del trabajo”. A su vez, enunció qué principios legales debían ser aplicables a trabajadores distintos de los trabajadores subordinados.

Por su parte, Ewing, Hendy y Jones¹¹, en su *Manifesto for Labour Law* y su continuación en la reciente publicación *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*¹², también sugieren la necesidad de ampliar la construcción nacional del ámbito de aplicación personal de los derechos laborales mediante su propuesta

⁹ Supiot A., et al., (2001), *Beyond Employment –Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford

¹⁰ Lyon-Caen G., *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris, 1990.

¹¹ Ewing, Hendy y Jones (2016), *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker's right*, IER, p 35.

¹² Ewing, Hendy y Jones (2018), *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER.

de definición consistente en toda persona contratada por otra para proveer trabajo, y que no esté genuinamente dirigiendo una empresa de su propiedad, ha de considerarse trabajador¹³.

Adicionalmente, también Dockés¹⁴ y otros autores franceses han defendido una ampliación del ámbito de aplicación del Derecho del trabajo en su país.

En una línea similar, es interesante la propuesta realizada por Freedland y Kountouris¹⁵. Estos autores también se decantan por el abandono de la noción de subordinación como definidor del ámbito del Derecho del Trabajo. Se debe notar que estos autores no proponen la modificación del ámbito subjetivo del contrato de trabajo –que seguiría limitándose a la subordinación–, sino que su propuesta es incluir dentro del ámbito del Derecho del trabajo otras relaciones de trabajo personales, que actualmente se encuentran en el derecho privado¹⁶.

Se parte de la idea de que actualmente se está ante un sistema binario en las prestaciones personales de trabajo; por una parte, el contrato de trabajo – regulado por el Derecho del trabajo- y, por otra, el resto de prestaciones de trabajo amparadas en el Derecho privado. Sin embargo, esta división parte de una falsa idea de que todas las prestaciones de trabajo reguladas por el Derecho civil son idénticas. Este argumento viene reforzado por el hecho de que el Derecho civil, en su regulación, no distingue entre la prestación de servicios personales y los no personales. En efecto, la regulación aplicable a un contrato de prestación de servicios entre una empresa y un trabajador autónomo será la misma que entre una empresa y otra empresa. Ante ello, estos autores proponen que el Derecho del trabajo amplíe su ámbito a todas las prestaciones de trabajo realizadas personalmente. Con ello, se pretende que el Derecho del trabajo deje de centrarse en el contrato de trabajo para pasar a centrarse en “la persona que trabaja”¹⁷.

¹³ Traducción propia.

¹⁴ Dockés (ed.) (2017), Proposition de Code du Travail, Dallor, 2017.

¹⁵ Freedland M y Kountouris N., L., (2011), The legal construction of personal work relations, Oxford.

¹⁶ Freedland M y Kountouris N., L., (2011), The legal construction of personal work relations, Oxford.

¹⁷ Por su parte, esta propuesta doctrinal no propugna una equiparación en los derechos y deberes de todas “las personas que trabajan” con los derechos y deberes del contrato de trabajo, sino

Retomando esta posición doctrinal se pronuncian Countouris y De Stefano¹⁸ al establecer que el Derecho del trabajo no debería verse constreñido al trabajo subordinado, puesto que todos aquéllos que “viven de su trabajo” requieren protección. Si bien estos autores en su informe no establecen el nivel de protección concreto, sí fijan que, al menos, deberían tener todos derecho a la libre sindicación y a la negociación colectiva (también haciendo referencia a otros derechos individuales, pero sin matizar cuáles). En efecto, se argumenta que el Derecho del Trabajo debería aplicarse a todos aquéllos que realizan trabajo personal, esto es, que son ellos mismos los que realizan el trabajo frente a aquellos otros –los que quedarían excluidos- que, bien, tienen otros trabajadores a su cargo que realizan el trabajo por ellos, bien, es un trabajo intensivo en capital o tecnología de la cual son propietarios esos trabajadores. Esto es, el Derecho del Trabajo, de acuerdo con estos autores, debería aplicarse, con independencia de si se realiza bajo instrucciones directas o no, a todos aquéllos que prestan personalmente servicios. De esta forma, solamente quedarían excluidos aquéllos que prestan servicios a través de otras personas contratadas que los desarrollan en su nombre o aquellas que no prestan servicio personalmente, puesto que son dueños de un importante capital –en forma de tecnología o activos- siendo éste esencial para realizar el servicio.

En fin, en la doctrina comparada se puede observar un empuje hacia una redefinición del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. Aunque haya diferencias entre las propuestas, todas ellas tienen un fin común: ajustar la aplicación de esta disciplina a todos aquéllos que requieren protección. Para ello se parte de la hipótesis de que en la actualidad se está excluyendo del Derecho del Trabajo a muchos sujetos que, realmente, no son empresarios. Esto es, se entiende que los límites del Derecho del trabajo deben encontrarse allí dónde se

que habría que realizar diferenciaciones respecto al contenido obligacional según las necesidades de cada relación jurídica. En definitiva, estos autores proponen una ampliación del ámbito subjetivo del Derecho del trabajo a través del establecimiento, de lo que podría llamarse, una lista de relaciones laborales especiales que no se limitarían a las relaciones laborales dependientes, sino que se incluirían las no realizadas bajo dependencia. Con ello, a modo orientativo, los autores establecen una lista de prestaciones personales de trabajo que deberían estar insertas dentro del Derecho del trabajo como, por ejemplo; las profesiones liberales, los autónomos, los consultores externos, los agentes comerciales, etc.

¹⁸ Countouris y De Stefano (2019), “New forms of employment”, *Syndicat Europeaen Trade Union*

halle un genuino empresario. Por el contrario, con la actual definición de subordinación como forma de atribución de derechos laborales, el efecto generado es que existan muchos sujetos que, aunque no son genuinos empresarios, quedan excluidos del Derecho del trabajo.

En otras palabras, existen trabajadores dependientes, trabajadores independientes y empresarios. Pues bien, se defiende por estos autores que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto-protegerse. Por ello, las propuestas pasan todas por ampliar el campo del Derecho del Trabajo, extendiéndolo a las personas que trabajan –y que no son genuinamente un empresario- aunque no se encuentren estrictamente subordinadas.

Por su parte, esta ampliación puede realizarse de dos maneras, bien mediante una modificación legislativa, bien mediante una reconfiguración interpretativa del concepto de trabajo subordinado. En este trabajo se va a analizar a partir de ahora las posibilidades legislativas concretamente siguiendo el ejemplo de la legislación californiana dado que las posibilidades jurisprudenciales ya se han comentado en otro lugar¹⁹.

5. Ampliación de concepto legal de trabajador: el caso de California

5.1. El nuevo concepto de trabajador asalariado

La nueva legislación californiana sobre el concepto de trabajador, aprobada por la AB5 Act, es especialmente notable por dos motivos. El primero porque es el lugar dónde han nacido la mayoría de las plataformas digitales, siendo un Estado, dentro de EEUU, conocido por su innovación tecnológica. La segunda razón es por la calidad técnica de la normativa que parece muy

¹⁹ Todolí Signes A., Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41, 2019.

depurada en líneas generales²⁰. En este sentido, el Estado de California, en la ley AB5, establece que para que un autónomo individual no se considere empleado laboral, el empresario deberá probar los tres siguientes elementos:

- a) Que es libre del control y la dirección de la empresa
- b) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad habitual de la empresa que lo contrata
- c) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente

De esta forma, si la empresa, que contrata al trabajador formalmente autónomo, no es capaz de probar estos tres elementos se considerará asalariado.

Esta redacción proviene de la interpretación judicial que venía realizando el Tribunal Supremo de California, por tanto, la normativa se limita a incorporar a la ley los criterios judiciales seguidos para la identificación de un asalariado. Concretamente, la Sentencia *Dynamex*²¹ de dicho Tribunal analiza la laboralidad de un repartidor contratado formalmente como autónomo en una empresa dedicada al sector del reparto. Esta sentencia no se ciñe a analizar el supuesto de hecho, sino que, tras hacer un repaso doctrinal a los distintos modos, usados por la jurisprudencia, para distinguir entre un autónomo y un trabajador asalariado, decide cambiar la doctrina tradicional para adoptar un nuevo test de laboralidad. Dicho test, llamado ABC test y que ya había sido utilizado por otros Estados dentro de EEUU²², incorpora dos partes; de un lado, una inversión expresa de la carga de la prueba: presumiendo la laboralidad salvo que la empresa contratante sea capaz de probar la existencia de una verdadera relación mercantil; de otro lado, delimita cuáles son los elementos que la empresa debe probar para excluir la laboralidad.

²⁰ A diferencia de otras normativas más complejas y técnicamente menos precisas como es el caso de Italia, al respecto ver <https://adriantodoli.com/2020/02/25/como-regulamos-para-acabar-con-los-falsos-autonomos-experiencias-internacionales/>

²¹ Tribunal Supremo del Estado de California Sentencia nº 222732 de 30 de abril de 2018 *Dynamex operations v Charles Lee*.

²² Ver Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey Hargrove, et al., v. Sleep's LLC de 14 de enero de 2015. En la doctrina, Deknatel A, y Hoff-Downing L., "ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes", Penn Law Legal Scholarship Repository, 2015, p 54-104.

5.2. La presunción de laboralidad

La nueva jurisprudencia, incorporada a la ley, establece expresamente una presunción de que un trabajador individual será asalariado, siendo la empresa interesada en sostener la autonomía la que debe probar los tres elementos del test. De hecho, esta presunción tiene carácter *iuris et de iure* dado que no parece posible probar de forma distinta la naturaleza independiente de la relación. Esto es, esta nueva normativa no se limita a implantar una presunción de carácter laboral de la relación que puede ser destruida probando ante el juez que la relación era independiente conforme a los criterios que el juez estime oportunos, sino que, por el contrario, la única forma de destruir dicha presunción será mediante la prueba acumulativa de los tres elementos del test. En caso de que solamente uno de los tres elementos no sea probado por la empresa contratista se deberá entender *ex-lege* que la relación era laboral.

De esta forma, esta presunción, no solamente pone la carga de la prueba en la empresa, sino que también restringe la libertad del juez para valorar e identificar la relación de asalariado. El juez deberá limitarse a comprobar si los tres elementos del test han sido acreditados o no por la empresa contratista, sin poder valorar otros elementos. Un ejemplo de esto sería la excepcionalidad u ocasionalidad de la prestación de servicios. En efecto, tradicionalmente se viene entendiendo que una relación laboral exige habitualidad o, al menos abundante repetición, en la prestación del servicio, sin embargo, este elemento no se encuentra presente, al menos directamente, en ninguno de los tres criterios del test.

No obstante, como se verá en el siguiente epígrafe, los tres componentes son suficientemente amplios como para que pocas características de la relación entre las partes vayan a quedar sin poder ser valoradas por el juez. Por tanto, nos encontramos más bien ante una limitación débil de las posibilidades de los jueces de valorar todos los hechos concernientes en la relación. Lo que sí parece un límite fuerte para la libre valoración judicial es el hecho de que los tres elementos deben ser probados por parte de la empresa, siendo suficiente, conforme a la nueva normativa, que uno de ellos no se encuentre presente para

obligar al juez a declarar la laboralidad.

5.3. Ámbito de aplicación de la presunción y del test de laboralidad

Por otro lado, dada la existencia de una inversión de la carga de la prueba cabe preguntarse a quién se extiende dicha presunción: ¿a todos los contratos mercantiles? ¿a los de prestación de servicios? ¿incluye contratos de obra? Ni la normativa ni la jurisprudencia que da origen a la misma le dedica demasiada extensión a este aspecto de suma importancia. No obstante, este nuevo test parece aplicable solamente a trabajadores individuales. Esto es, prestadores de servicios que no realizan la actividad a través del uso de otros trabajadores asalariados contratados por él. Esto excluiría de la aplicación de la presunción y del nuevo test, de un lado, a contratos de obra, aunque fueran realizados por un trabajador individual, dada la diferencia histórica en el derecho civil existente entre una prestación de servicios y un contrato de obra. De otro lado, parece que también se excluiría de la presunción el encargo de la prestación de servicios a trabajadores que no la ejecutaran directamente, sino que lo hicieran mediante la contratación, a su vez, de otros trabajadores asalariados bajo su dirección. Ahora bien, no parece que estuvieran excluidos de la presunción aquellos trabajadores subcontratados que no tuvieran trabajadores a su cargo, sino que subcontrataran la actividad, mediante contrato mercantil dado que al no tener trabajadores a su cargo entrarían dentro del concepto de trabajador individual. En efecto, la referencia, como presupuesto de partida de la aplicación de esta nueva legislación, de un “trabajador individual” podría ser interpretada en el sentido de que se excluye de la misma aquellos trabajadores que tiene asalariados a su cargo debido a que en este caso, el trabajador se parecería más a un empresario que dirige el trabajo de otros y obtiene su retribución, no de la prestación directa de su trabajo, sino de gestionar y controlar un negocio que es de su propiedad.

Una cuestión relevante es que la aplicación del nuevo concepto de trabajador, y de la presunción, no exige la existencia de retribución, algo que parece acorde a la posición doctrinal más avanzada que sostiene que la retribución es una consecuencia del trabajo asalariado y no un presupuesto para

su existencia²³. De esta forma, no se excluiría de la laboralidad a aquellos que trabajan solamente por propinas o aquellos que trabajan a cambio de posibles premios, ni los que perciben la retribución directamente de un tercero distinto a aquél que los contrata siempre que exista un verdadero trabajo realizado.

Tampoco quedan excluidos, de forma expresa, de este concepto otros elementos que sí lo son en el ordenamiento español como el trabajo benevolente o al servicio de familiares o verdaderos becarios. Sin embargo, dado que la legislación apunta a que la presunción se aplica a trabajadores individuales es posible que este tipo de prestaciones de servicios estén igualmente excluidos al no ser considerados “un trabajo”. El caso más claro sería el del becario dado que siempre y cuando la empresa demuestre que su actividad principal era formativa y que no había trabajo u este era marginal al servicio del aprendizaje no se consideraría asalariado. No obstante, con esta nueva legislación no queda claro quién debería probar ese carácter formativo o de prestación de servicios. Esto es, partiendo de que la presunción se aplica a los trabajadores individuales solamente, ¿quién debe probar que se está ante un trabajador individual? ¿También la empresa? ¿O sería aquí quién alegue ser asalariado el que debería realizar un principio de prueba de que es trabajador individual cuya consecuencia sería la aplicación de la presunción y la reversión de la carga de la prueba? Este elemento no es aclarado por la nueva normativa.

5.4. Concepto de empresario laboral

Respecto a la figura del empresario, los tribunales de EEUU han venido manteniendo la posición, clásica también en España, de que todo aquél que se beneficia del servicio de otro es un empresario a efectos laborales (Tribunal Supremo, 23 de marzo de 1989 caso *Borello sons inc v. Department of industrial relations*). Esto significa que cualquier persona al servicio de otra puede ser un asalariado, sin que la contraparte del contrato de trabajo deba reunir ninguna

²³ Cruz Villalón J., “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: Aspectos individuales”, en AAVV., *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid, 1999, p 47; Todolí Signes, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicias”, *RDS*, nº 77, 2017, págs. 105-124.

característica específica.

5.5. Las tres características de la laboralidad

A) Que es libre del control y la dirección de la empresa sobre el desempeño del servicio tanto bajo el contrato de prestación de servicios con el trabajador individual como de hecho.

El primer elemento que debe demostrar la empresa contratista es que el trabajador individual estaba libre del control y la dirección de la empresa: lo que tradicionalmente se ha llamado dependencia jurídica del asalariado. Así pues, este primer elemento es poco novedoso y hará referencia a que la empresa deba demostrar que el trabajador tenía verdadera libertad para elegir sus horarios, su jornada, su forma de trabajar, que no existían sistemas de vigilancia y control sobre cómo se realiza el trabajo, que no recibió formación de la empresa o a cargo de la empresa, que no se coordinaba o turnaba con otros trabajadores de la empresa, no le autorizaban vacaciones o permisos, no se le dictaba instrucciones sobre la forma de desarrollar el trabajo, etc. En este sentido, los tribunales deberán evaluar una serie de elementos, ya conocidos, para decir si se cumple o no este primer elemento.

No obstante, sí existe una novedad en este sentido y es que la normativa exige que dicha independencia jurídica y funcional se dé tanto a nivel contractual como a nivel material (*"tanto bajo el contrato de prestación de servicios con el trabajador individual como de hecho"*). Esto es, se exige que entre las partes existiera un contrato escrito que estableciera la independencia jurídica del trabajador. Así pues, este criterio viene a instituir de forma indirecta un requisito constitutivo para la existencia del contrato mercantil con un autónomo: la materialización de un contrato escrito que fije su independencia²⁴. A su vez, la existencia de dicho contrato escrito no será suficiente para entender que realmente se halle esa independencia, sino que, además, también deberá

²⁴ Deknatel A, y Hoff-Downing L., "ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes", *Penn Law Legal Scholarship Repository*, 2015, p 69.

probarse que en la realidad, la prestación se ejercía con ella²⁵.

B) Que presta servicios que no están incluidos en la actividad ordinaria de la empresa que lo contrata.

Este segundo elemento podría considerarse el más novedoso respecto a la regulación clásica basada en la ajenidad y la dependencia como elementos identificadores de la relación laboral, sin embargo, es un elemento que el Tribunal Supremo en España ya había tenido en consideración en múltiples ocasiones²⁶. Este elemento hace referencia a dos características a su vez, de un lado, una de carácter objetivo respecto a la correspondencia del trabajo realizado entre la empresa contratista y el trabajador individual, y otra de carácter subjetivo, respecto a la apariencia externa mostrada frente a clientes y terceros.

b.1) Respecto al criterio *objetivo* se entiende que el trabajador individual será asalariado si presta servicios en las actividades ordinarias de la empresa contratista. De esta forma, el Tribunal Supremo de California, en la mentada sentencia *Dynamex*, lo expone con dos ejemplos, de un lado, el trabajador que cose ropa en su casa para una empresa que fabrica ropa, será asalariado –por mucha independencia que tenga- dado que la empresa principal se dedica precisamente al negocio de la fabricación y venta de ropa. Por otro lado, una panadería que vende pan y pasteles no podrá considerar como autónomo individual al decorador de las tartas dado que esas funciones son reconocibles como las habituales de una empresa que se dedica a ese negocio. De esta forma, para sostener la autonomía del trabajador, la empresa deberá probar que las actividades que realizaba el autónomo individual estaban fuera de la actividad regular de la empresa.

Cabe decir que la delimitación de este elemento no está fuera de todo debate. En efecto, las propias plataformas digitales sostienen que ellas no son proveedoras del negocio subyacente que se realiza en el mismo, sino solamente meras plataformas digitales de intermediación, esto es, empresas que proveen solamente infraestructuras informáticas. Así, el TJUE tuvo de dictaminar que

²⁵ Tribunal Supremo de Vermont 4 de mayo de 2007, Caso *Fleece on earth v. dept. of employment and training*

²⁶ STS 22 de enero de 2008 (rec. 626/2007) // recogedor productos higiénicos -30 de abril de 2009 (1701/2008) y STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015)

Uber no era una mera empresa de la sociedad de la información –como la empresa alegaba-, sino que era, de hecho, una empresa de transporte²⁷.

En el mismo sentido, en EEUU, en el Estado de California, la sentencia del Tribunal de Apelación de 26 de abril de 2018, aplicando el test ABC, consideró que un operador de una gasolinera, propiedad de la empresa Shell, era independiente dado que la empresa Shell no se dedicaba a gestionar gasolineras –aunque fueran de su propiedad- sino al negocio de “poseer propiedades y a extraer y refinar gasolina”.

Bien conocido es el debate que existe en España respecto al concepto de propia actividad en la subcontratación a raíz del art. 42 del ET. Un concepto que ha sido criticado por la doctrina por ser indeterminado y crear inseguridad jurídica²⁸. Si bien es cierto que el concepto de actividad ordinaria de la empresa parece más amplio que el de propia actividad, en ambos casos se trata de conceptos indeterminados que deben ser completados por la jurisprudencia.

En cualquier caso, conforme a los ejemplos señalados por el propio Tribunal Supremo de California, en la sentencia *Dynamex*, se entenderá como “fuera de la actividad ordinaria” la contratación de un fontanero o un electricista en empresas que requieran una reparación puntual y que no se dediquen al negocio de la fontanería o de la electricidad, esto es, para la realización de trabajos aislados de forma ocasional o marginal. Por el contrario, aquellas tareas que requieran una prestación regular durante un tiempo indefinido no podrán ser considerados fuera de la actividad ordinaria de la empresa.

b.2) Más concreto parece el criterio *subjetivo* referente a la apariencia externa mostrada frente a terceros. En este sentido, la empresa deberá demostrar que los clientes finales que reciben la prestación perciben al trabajador individual como un ente independiente de la empresa principal. Así pues, si el trabajador individual puede ser visto razonablemente como trabajando dentro de la actividad de la principal, este deberá ser considerado asalariado (*Dynamex*). Concretamente, este es el elemento que la doctrina ha considerado menos manipulable por las empresas a la hora de intentar excluir de la

²⁷ STJUE de 20 de diciembre de 2017 C-434/15 *Elite Taxi Vs Uber Systems Spain S.L.*

²⁸ SALA FRANCO, T., “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *AL*, 9, 2005, p 1018.

laboralidad²⁹ y es que cualquier estrategia que requiera que las empresas argumenten contra sus propias marcas es improbable que triunfe en el largo plazo³⁰. En efecto, el caso de Uber, la publicidad realizada como servicio de transporte hace difícil considerarlo una simple empresa del sector tecnológico. De esta forma, cualquier actividad realizada por un prestador individual de servicios, que esté relacionada con la marca de la empresa, deberá considerarse asalariada³¹.

Como ya he defendido en otras ocasiones, en el S.XXI, la ajenidad en la marca es uno de los elementos más importantes para diferenciar entre un trabajador laboral y un autónomo. Así, aquél trabajador individual que no trabaje bajo su propia marca –una marca que el mercado reconozca como propia- sino bajo el paraguas de una marca ajena estará subordinado a los deseos e instrucciones de esa marca³².

En el mismo sentido, se ha pronunciado también el Tribunal Supremo de España al entender que un trabajador individual será asalariado si la empresa principal decide cómo este debe presentarse ante los clientes, si decide a qué clientes debe atender, si establece el precio del servicio, si hace publicidad de ese servicio, etc.³³.

En efecto, este criterio tiene la ventaja de ser difícilmente manipulable y es que si una empresa quiere tener clientes deberá señalar en el mercado – mediante publicidad, una marca, etc...- cuáles son sus servicios, con independencia de lo que alegue en los Tribunales. Así pues, aquellos trabajadores individuales que presten materialmente esos servicios “vendidos” al público deberán ser considerados asalariados³⁴.

C) Que el autónomo tiene estructura empresarial independiente.

²⁹ Deknatel A, y Hoff-Downing L., “ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes”, *Penn Law Legal Scholarship Repository*, 2015, p 67.

³⁰ Cunningham-Parmeter K., “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work”, *Northern Illinois university law review*, 39 (3), 2019, p 412.

³¹ Cunningham-Parmeter K., “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work” *Northern Illinois university law review*, 39 (3), 2019, p 414.

³² Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

³³ STS 16 de noviembre 2017 (rec 2806/2015).

³⁴ Todolí Signes A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41, 2019.

El tercer elemento que deberá probar la empresa contratista para sostener la autonomía del trabajador es que este dispone de una estructura empresarial independiente. Esta cuestión puede asemejarse a la conocida ajenidad. En efecto, en este elemento se deberá evaluar la propiedad de los medios de producción de valor relevante y esenciales para llevar a cabo el servicio directamente, la asunción de las pérdidas por parte del trabajador, que el trabajador pague su propia publicidad y que busque sus propios clientes ofreciendo sus servicios al público, que preste servicios en sus propios locales, asuma los gastos y que trabaje para varios clientes, entre otros³⁵. Además de ello, hay dos elementos de singular importancia señalados por la jurisprudencia de EEUU que aplica el test ABC.

El primero es la independencia económica. En este sentido, se considera que aquél trabajador que sus ingresos son percibidos principalmente de un único “cliente” no puede tener un negocio realmente independiente. Concretamente, la Sentencia del Tribunal Supremo del Estado de Nueva Jersey, Hargrove, et al., v. Sleep’s LLC de 14 de enero de 2015, establece que si en el momento en el que la relación con ese cliente termina el trabajador individual se une a las filas del desempleo este elemento del ABC test no será satisfecho, lo que significa que por sí solo este elemento implicará la categorización como asalariado.

En un sentido similar, se ha exigido que la existencia de dicha estructura independiente debe ser anterior a la existencia del contrato mercantil (*Dynamex*). Esto es, si el trabajador estaba en desempleo o en otro negocio antes de iniciar la relación con dicha empresa y “crea” su estructura empresarial como presupuesto necesario para activar la relación contractual mercantil con ese cliente, este criterio no quedará satisfecho. En efecto, no puede existir una estructura económicamente independiente si la misma fue creada como presupuesto para poder contratar con una determinada empresa –o incluso siguiendo instrucciones de la misma- ni tampoco en el caso de que al terminar dicho contrato la estructura creada no puede permanecer activa. Parece lógico

³⁵ Por todos, Corte de Apelación de Virginal de 13 de enero de 1998 Caso Brothers construction company, inc. v. Virginia Employment Commission y Corte de Apelación de Massachusetts de 28 de noviembre de 2002, Caso Boston Bicycle Couriers, Inc. V. Deputy Director Of The Division of Employment And Training & Another.1.

presuponer que si el trabajador depende de un determinado cliente económicamente para su existencia o supervivencia no habrá independencia como exige este elemento.

5.6. Exclusiones

Por último, señalar que a diferencia de lo que hacía el Tribunal Supremo de California que no fijó excepciones en la aplicación de test ABC, la normativa de California sí lo hace. Concretamente, establece una lista de profesiones a las que no se les aplicará el nuevo “concepto de trabajador”, sino el anterior test de laboralidad llamado el “Borello test”. Son las siguientes profesiones:

“Corredores de seguros, contables, agentes de bolsa, asesores de inversiones, médicos, cirujanos, dentistas, podólogos, psicólogos, veterinarios, abogados, arquitectos, ingenieros, vendedores de pescado, personas dedicadas a ventas, constructores / contratistas, personas que prestan servicios profesionales como como marketing, profesionales de recursos humanos, agentes de viajes, diseñadores gráficos, redacción de subvenciones, bellas artes, escritores, fotógrafos, barberos, cosmetólogos, manicuristas, esteticistas, electrólogos y tutores.”

Como se ve es una larga lista de profesiones que quedan excluidos del nuevo test de laboralidad, para los cuales se aplicará el anterior test, consistente en valorar de forma global; i) la capacidad de control sobre el trabajador ejercido por la empresa; ii) el derecho a romper el contrato sin causa; iii) si el trabajo realizado tiene sustantividad propia o es indistinguible de otras actividades; iv) el tipo de trabajo es comúnmente realizado por asalariados o autónomos; v) el nivel de habilidad requerido para realizar el trabajo; vi) el propietario de los medios de producción y el lugar dónde se realiza el trabajo; vii) la longitud del periodo de tiempo de prestación; viii) la forma de pago es por tiempo o resultado; ix) si el servicio es parte del trabajo ordinario del principal; x) si las partes creen que se encuentran en una relación trabajador-empresario.

En la normativa no se aclara suficientemente las razones por las que se decide mantener el anterior test para dichas profesiones, ni tampoco porque se

excluye de su aplicación a esas profesiones y no de otras. En cualquier caso, la normativa no impide que esas profesiones “excluidas” sean declaradas laborales, solamente hace más difícil que lo sean, debido a la aplicación de un test probablemente desfasado creado para un momento distinto a la realidad económica actual.

6. Reflexión final

El trabajo en plataformas digitales representa la subcontratación llevada a su máxima expresión. Por esta razón, las soluciones al problema de la calificación jurídica como laboral o autónomo independiente de sus prestadores de servicios no debería ser aislada. En este sentido, desde la doctrina internacional se aboga por una ampliación del ámbito de aplicación de las normas laborales para que el Derecho del trabajo se aplique –y proteja- a todos los que carecen de poder de negociación.

Para ello, parece necesario abandonar las tradicionales concepciones que delimitan el trabajo asalariado conforme a esquemas clásicos del trabajo industrial con horarios marcados, jornadas determinadas por el empresario y realizado en un espacio físico propiedad del empresario. Por el contrario, la realidad financiera del trabajador que depende económicamente de su empresario por falta de recursos, por falta de una marca propia, por inexistencia de bienes de capital suficientes, entre otros, será lo que identifique al trabajador. En definitiva, será asalariado el que carezca de estructura productiva propia e independiente.

De esta forma, partiendo de que en la realidad económica actual existen trabajadores dependientes, trabajadores independientes y empresarios. Se sostiene que, con la configuración de la normativa actual, solamente los trabajadores dependientes quedan protegidos, no estándolo los trabajadores independientes a pesar de ser sujetos que carecen de poder de negociación suficiente como para auto-protegerse. Por ello, se propone ampliar el campo del Derecho del Trabajo extendiéndolo a las personas que trabajan –y que no son genuinamente un empresario- aunque no se encuentren estrictamente

subordinadas.

En este estudio se analiza particularmente la legislación de California aprobada recientemente que persigue precisamente este objetivo. Con una técnica legislativa muy depurada, el legislador del Estado de California fija un nuevo concepto de trabajador y una presunción que hace recaer sobre la empresa contratista la carga de probar la ausencia de laboralidad.

Esta normativa es una adaptación del concepto de trabajador que ya venía sosteniendo el Tribunal Supremo del Estado de California por lo que su incorporación al marco legislativo tiene principalmente objetivos pedagógicos y de seguridad jurídica. No obstante, este nuevo concepto de trabajador implica la incorporación a nivel legal del test de la realidad económica y el abandono definitivo del test de la dependencia jurídica. Así pues, nos encontramos ante un concepto de trabajador adaptado a la realidad económica de nuestro tiempo que busca evitar su manipulación por parte de las empresas para que de esta forma se pueda otorgar protección a todo aquél que preste servicios, aunque lo haga con autonomía siempre que no sea una verdadera empresa independiente.

Por último, cabe señalar que los criterios establecidos por la legislación californiana son muy similares a los mantenidos por el Tribunal Supremo de España sin que en este país se haya recurrido a su elevación a rango legal³⁶ por ahora.

En fin, como se ha señalado la prueba de indicios, como forma clásica de discernir entre un trabajador laboral y un autónomo, es un trabajo casi artesanal de brocha fina aplicada uno por uno a cada caso, sin embargo, hoy en día nos encontramos ante empresas que contratan autónomos en masa. Efectivamente, la prueba de indicios podía ser suficiente en un mundo en el que los autónomos eran la excepción, los casos marginales. No obstante, para hacer frente a una producción a nivel industrial de autónomos –potenciales falsos autónomos- es posible que se requiera un cambio legislativo de hacer frente a las nuevas realidades económicas y sociales que asegure que el Derecho del trabajo se aplique a todos aquellos que requieren de protección.

³⁶ Al respecto ver, Todolí Signes A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41, 2019

Bibliografía

- CALVO RODRÍGUEZ, E., (2017). *La responsabilidad empresarial en la subcontratación laboral: análisis del artículo 42 del Estatuto de los Trabajadores*, Tesis doctoral, Valencia.
- COUNTOURIS y DE STEFANO (2019). “New forms of employment”, *Syndicat European Trade Union*.
- CRUZ VILLALÓN, J. (1999). “Los cambios en la organización de la empresa y sus efectos en el Derecho del Trabajo: Aspectos individuales”, en AAVV., *El empleador en el Derecho del Trabajo*, Tecnos, Madrid.
- CUNNINGHAM-PARMETER, K. (2019). “Gig-Dependence: Finding the real independent contractors of platform work”, *Northern Illinois university law review*, 39 (3).
- DAVIDOV, G. (2002). *The three axes of employment relationships: A characterization of workers in need of protection*, U.T.L.J.
- DEKNATEL, A., y HOFF-DOWNING, L. (2015). “ABC on the books and in the courts: an analysis of recent independent contractor and misclassification statutes”, *Penn Law Legal Scholarship Repository*.
- DOCKÉS (ed.) (2017). *Proposition de Code du Travail*, Dallorz.
- EWING, HENDY y JONES (2016). *A manifesto for Labour Law: towards a comprehensive revision of worker’s right*, IER.
- EWING, HENDY y JONES (2018). *Rolling Out the Manifesto for Labour Law*, IER.
- FREEDLAND, M. y KOUNTOURIS, N. (2011). *The legal construction of personal work relations*, Oxford.
- GOOS, M., et al (2019). “The impact of Digital Transformation on EU Labour Markets”, European Commission.
- LYON-CAEN, G. (1990). *Le droit du travail non salarié*, Sirey, Paris.
- SALA FRANCO, T. (2005). “Los efectos laborales de la contratación y subcontratación de obras o servicios: puntos críticos”, *AL*, 9.
- SUPIOT, A., et al (2001). *Beyond Employment –Changes in work and the Future of Labour Law in Europe*, Oxford.

TODOLÍ SIGNES, A., (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch.

TODOLÍ SIGNES, A. (2017). “Los falsos autónomos en el contrato de franquicias”, *RDS*, nº 77.

TODOLÍ SIGNES, A. (2019). “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak: Revista de relaciones laborales*, Nº 41.

TODOLÍ SIGNES, A. (2018). “Prólogo”, en Todoli Signes y Hernández Bejarano (Coord.), *El trabajo en plataformas digitales*, Aranzadi.

Recursos electrónicos

DE STEFANO, V., (2016). “The rise of the “just-in-time workforce”, OIT. Disponible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf.