

# TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO AUTÓNOMO EN LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS INFORMÁTICAS

SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA

*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad social*  
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

## EXTRACTO

**Palabras clave:** Acción sindical, nuevas tecnologías, jurisprudencia, negociación colectiva, privacidad

La diferenciación entre trabajo asalariado y trabajo autónomo es una cuestión que puede calificarse como clásica tanto en la literatura jurídica. Distinción la que juegan un papel determinante relevante, más allá de la relevancia del elemento retributivo, el carácter subordinado y dependiente con el que se desarrolla la prestación.

Determinar estas nuevas formas de expresarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo profesional prestado a través de las plataformas informáticas es el objetivo de este trabajo que se articulará en los siguientes apartados: uno, mediante una exposición abreviada de la forma cómo se viene acometiendo esta tarea clasificatoria, partiendo de lo establecido en el art. 1.1 ET y del modo cómo, esencialmente la jurisprudencia, ha venido elaborando un repertorio de indicios o síntomas, y de la forma de interpretarlos, de cada uno de esos rasgos generales; y, dos, proyectando esos criterios sobre el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas e intentando ofrecer una reelaboración de los mismos que sea útil y práctica a estos efectos clasificatorios.

## ABSTRACT

**Key words:** Traditional worker, self-employment, digital platforms

The differentiation between paid work and self-employment is an issue that can qualify as a classic both in the legal literature. In this play a determinate role, beyond the relevance of retribution, the subordinate and dependent character that develops the provision.

Determine these new ways of expressing the proved and dependence in relation to professional work through the computing platforms is the goal of this work which will be articulated in the following sections: one, through an exhibition abbreviated form how it comes rushing this qualifying task, on the basis of provisions of article 1.1 ET and the way how, essentially the jurisprudence, has been preparing a repertoire of signs or symptoms, and how to interpret them, each of these general features; and, two, projecting those criteria on labour through the computing platforms and trying to give a reprocessing them is useful and practical for these qualifying purposes.

## ÍNDICE:

1. INTRODUCCIÓN
2. UN ENFOQUE GENERAL: LOS RASGOS CARACTERIZADORES DE LA RELACIÓN LABORAL Y LOS CRITERIOS RELEVANTES PARA ESTABLECER LA DIFERENCIA ENTRE TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO AUTÓNOMO
  - 2.1. El acercamiento interpretativo a los indicios de la ajenidad y la dependencia como rasgos centrales de la prestación laboral
  - 2.2. Las manifestaciones específicas de la ajenidad y la dependencia en la jurisprudencia
    - 2.2.1. *En cuanto a la ajenidad*
    - 2.2.2. *Respecto de la dependencia*
  - 2.3. Algunas conclusiones metodológicas
3. LOS CRITERIOS DELIMITADORES EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES REALIZADAS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS INFORMÁTICAS
  - 3.1. La variedad de plataformas informáticas que articulan prestaciones de servicios
  - 3.2. Las nuevas y viejas formas de manifestarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas
    - 3.2.1. *Las manifestaciones de la ajenidad en el mercado*
    - 3.2.2. *Las manifestaciones de la ajenidad en el control de la organización productiva*
    - 3.2.3. *La ajenidad en los beneficios y en los riesgos*
4. CONCLUSIONES

## 1. INTRODUCCIÓN

La diferenciación entre trabajo asalariado y trabajo autónomo es una cuestión que puede calificarse como clásica tanto en la literatura jurídica como en las resoluciones judiciales y, desde luego, en la práctica empresarial. Y es lógico que así sea ya que, al menos hasta hoy<sup>1</sup>, la calificación como laboral o autónoma

<sup>1</sup> Se introduce esta cautela temporal para dar acogida a las opiniones que sostienen que la diferencia entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, si alguna vez fue nítida, es progresivamente impracticable a causa de la cada vez más intensa confusión e imprecisión de sus fronteras debido al debilitamiento de los rasgos que tradicionalmente han caracterizado a uno y otro como consecuencia de las transformaciones de las empresas, de la forma de organizarse, de los procedimientos y métodos de trabajo así como de la implantación masiva de las tecnologías de la información y de la comunicación. De forma que, entre el asalariado clásico y el autónomo genuino, aparecen formas contractuales que es difícil asignar de manera indubitada y clara a uno u otro ya que mezclan rasgos que, hasta el momento, han servido precisamente para diferenciarlas; siendo justamente el ámbito de las empresas tecnológicas, de las plataformas informáticas y de la economía digital un espacio proclive a su aparición y generalización. Así lo pondrían de manifiesto incluso figuras legales como el llamado TRADE (trabajador autónomo económicamente dependiente regulado por los arts. 11 y ss. de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajo Autónomo, LETA en adelante) en el que se combinan la autonomía que exige el art. 11 LETA con una dependencia muy acentuada que, si bien en principio solo se manifiesta en el terreno económico, tiene una evidente proyección práctica sobre otras dimensiones del trabajo del TRADE como pueden ser la libertad de elección de encargos o la independencia técnica y organizativa, absolutamente condicionadas por esa dependencia económica; hasta el punto de que puede decirse que el TRADE es un autónomo dependiente no solo económicamente o, si se quiere, que es un trabajador subordinado con algún margen de autonomía. Esto es, una figura mixta en la que, más allá del criterio económico que la prefigura,

de una determinada prestación personal de servicios supone esencialmente el que se apliquen a la misma diferentes y contrapuestos conjuntos normativos: el ordenamiento jurídico laboral cuando de un contrato de trabajo se trata; los ordenamientos civil o mercantil en los casos en los que esa relación se considere articulada en torno a un contrato de esa naturaleza. Algo que, obviamente, no es indiferente para las partes afectadas ya que su ubicación en uno u otro ámbito determina un distinto cuadro de obligaciones y derechos y, en términos empresariales, que la utilización de ese esfuerzo productivo esté sometida a diferentes límites y condicionamientos, pueda ser más o menos flexible y productiva, determine o no unas concretas responsabilidades para la empresa, o esta deba afrontar mayores o menores cargas de diverso tipo entre las que no pueden olvidarse las sindicales, las sociales o las fiscales.

Calificar esa diferenciación como una cuestión clásica significa que, prácticamente desde los inicios del Derecho del Trabajo, ha sido necesario reflexionar acerca de los criterios que sirven para establecerla. Algo que, por razones que ahora se verán, se ha planteado siempre en términos muy casuísticos; de manera que, más allá de referencias generales o abstractas, finalmente es el modo y las circunstancias en las que se presta el trabajo, entendidos de la manera más amplia posible, lo que va a decantar la calificación en uno u otro sentido. En todo caso, se trata de una operación interpretativa y práctica que se hace imprescindible por la forma en que tales criterios de identificación están legalmente establecidos, es decir, con un carácter muy general y enunciados de forma extremadamente sintética. Así lo hace el art. 1.1 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre,

han tendido a encontrar acomodo supuestos dudosos de autónomos e, incluso, ejemplos de lo que suele denominarse como falso autónomo, propiciando el tránsito del trabajo asalariado hacia el trabajo autónomo que también simboliza lo que habitualmente se denomina como huida del Derecho del Trabajo, ahora considerada como algo inevitable. Lo dicho no sucede exclusivamente con el TRADE sino también con otras experiencias de trabajo a medio camino entre el asalariado y el autónomo y que toman elementos o características así como lógicas de regulación de uno y otro. Se volverá sobre este tema ya que constituye el eje de la reflexión del presente trabajo aunque dejando al margen las propuestas que, simbolizando el conflicto clasificatorio, afirman la necesidad de la construcción de un tercer género de trabajo, a medio camino entre la subordinación y la autonomía, que reclama una regulación propia que responda a este mestizaje, convirtiendo quizá al Derecho del Trabajo en un derecho de los trabajos o, en general, de cualquier actividad personal, profesional y productiva. Una alternativa que, no obstante, no elimina los problemas de clasificación que ahora se trasladan desde la diferenciación binaria entre asalariado y autónomo a la ternaria entre actividades asalariadas, autónomas y mixtas. Sobre estas cuestiones, puede verse el volumen *Las fronteras del Derecho del Trabajo en el marco comparado europeo: autónomos y becarios*. XXVI Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Edit. Cinca, 2016, especialmente la primera ponencia sobre “Los aspectos individuales de las actividades fronterizas: en particular el trabajo autónomo”, a cargo de GOMEZ CABALLERO, P. pp. 29/80, así como las variadas comunicaciones que versan sobre esta cuestión.

por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (ET, en adelante) el cual, como es conocido, no incorpora tanto una definición de contrato de trabajo sino las características que deben concurrir para que una prestación de servicios deba calificarse como trabajo asalariado y, desde un punto de vista negativo u opuesto, lo que debe considerarse como trabajo autónomo, y que son las de voluntariedad, retribución, dependencia y ajenidad<sup>2</sup>. Aunque, en puridad, a lo que el art. 1.1 ET recurre esencialmente es a los dos rasgos en los que mejor y de forma más clara se manifiesta la laboralidad de la relación de servicios como son la ajenidad (que se expresa con la genérica mención legal al trabajo “*por cuenta ajena*”) y la dependencia (que se pone de manifiesto en la algo más descriptiva referencia a que el servicio se presta “*dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica*”)<sup>3</sup>.

<sup>2</sup> Contrasta el laconismo del art. 1.1 ET con el art. 11 LETA que, para identificar al TRADE, además de señalar, en su apartado 1, que se trata de un trabajo personal y directo (sin lo cual no puede haber confusión con el trabajo asalariado), realizado a título lucrativo (es decir, remunerado como el trabajo subordinado) y de forma habitual (lo que manifiesta la profesionalidad con la que se desempeña la tarea, contrastando con otra de tipo marginal o puntual), añade, en su apartado 2, una serie de exigencias que facilitan la calificación como tales. Como son: no tener, salvo en casos excepcionales que la propia norma fija, trabajadores por cuenta ajena a su servicio (esto es, no ser a su vez empresario laboral); no prestar su trabajo de tal forma que se confunda con el que realizan otros trabajadores, en este caso asalariados, para el mismo empresario; tener y controlar una propia organización productiva y disponer de medios y material propios cuando sean relevantes (influyendo de forma decisiva su coste) para el ejercicio de la tarea contratada y percibir la retribución en función del resultado, asumiendo el riesgo y ventura de esa actividad. Especificaciones que, por cierto, no es incorrecto utilizar, para la operación calificadoria previa a la asignación de la naturaleza jurídica de TRADE que no es otra que la de partir de que el TRADE es, en todo caso, un trabajador autónomo y no un trabajador asalariado. Es imposible no ver en estas exigencias legales las trazas, en sentido negativo, de la ajenidad en la disposición, organización y control de la actividad así como en los beneficios y en los riesgos. Partiendo de que el TRADE es un trabajador autónomo auténtico, además, el art. 11.3 LETA excluye que sea tal TRADE, distinguiéndolo ahora del autónomo ordinario, quien sea titular de un establecimiento, local comercial, industria, oficinas y despachos abiertos al público, así como los profesionales que ejerzan su profesión con otros en régimen societario o similar. De manera que, en teoría, la única diferencia con el autónomo ordinario, aunque ya se ha señalado que tiene más alcance, es que el TRADE depende económicamente en gran medida (un 75 por 100 del total de sus ingresos) de un solo cliente. Sobre este tema, CAMAJI, L. “Le travailleur autonome économiquement dépendant en droit français”, *Documentación Laboral*, 98/2013, pp.41 a 43, donde reflexiona sobre la dependencia económica como indicio de la subordinación.

<sup>3</sup> Derivándose de ello, aunque parezca una obviedad, que el trabajo autónomo es trabajo por cuenta propia tal y como sintéticamente lo define el art. 1 del LETA. Lo que pone en evidencia que el LETA se limita a establecer una definición por oposición, afirmando del trabajo autónomo que es por cuenta propia como el ET establece que el trabajo subordinado es por cuenta ajena. E igual sucede con la dependencia respecto de la autonomía que, frente a la transcrita frase del art. 1 ET, se describe por el art. 1 LETA como un trabajo desarrollado “*fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona*”. En todo caso, el paralelismo a través de la contraposición, así como la economía de la fórmula legal del art. 1 LETA, no hace sino reflejar lo establecido en el art. 1 ET a modo de imagen especular. Cuenta ajena/cuenta propia, dependencia/independencia son,

Los otros dos elementos, la voluntariedad y la retribución, son, por su parte, menos complejos y relevantes en cuanto circunstancias identificatorias<sup>4</sup>, aunque también contribuyan a esa calificación y no dejen de plantear a veces problemas interpretativos, particularmente respecto de la retribución cuando, por ejemplo, no existe formalmente. Una ausencia que no excluye automáticamente la calificación de laboralidad ya que puede ser valorada como una consecuencia de la misma de modo que su inexistencia práctica no implica que no deba abonarse cuando existen otros factores previos que la requieren necesariamente. Esto es así porque la retribución juega un doble papel en el sentido de que el trabajo subordinado, dependiente o asalariado es tal porque es retribuido (funcionando la retribución como un presupuesto o elemento determinante de la laboralidad), pero también debe ser necesariamente retribuido si se dan las circunstancias que permiten calificarlo como asalariado aunque esa retribución en principio no exista (actuando entonces la retribución como una consecuencia de la ajenidad y de la dependencia pero sin función caracterizadora).

En todo caso, la retribución, cuando no se duda de ella, sirve para identificar el carácter oneroso de la prestación de servicios, algo que es común a trabajadores asalariados y autónomos y, por tanto, no es útil para diferenciarlos. De otra parte, la compensación económica es la consecuencia inevitable de esa voluntad conjunta de suscribir un contrato, da igual si de trabajo o de otro tipo, en el que la prestación del servicio trae causa de la retribución comprometida tanto como la retribución trae causa del trabajo realizado; es decir, que se trata de un contrato sinalagmático. Por lo que, detectada esa intencionalidad onerosa, la retribución debe necesariamente existir y, de no suceder así, sería en todo caso una retribución debida como contrapartida al servicio prestado. Pero esto es algo que, como se acaba de indicar, tanto sirve para diferenciar un contrato de trabajo como otro de tipo civil o mercantil de una prestación de servicios gratuita o benevolente.

por tanto, las oposiciones legales, aunque, de forma general, se use hablar, como comprensivos de ambas parejas de rasgos, de trabajo asalariado y trabajo autónomo. Un repertorio terminológico en el que la subordinación no puede entenderse sino como equivalente a la dependencia y en el que la condición de asalariado expresa, como posiblemente lo exija su propio origen histórico, tanto la ajenidad simbolizada en el tipo de retribución (aunque la salarización implique mucho más que sólo una forma de compensación económica) como la dependencia, que se conecta inevitablemente a la ajenidad ya que es conceptualmente imposible un trabajo asalariado que sea autónomo o independiente ya que, quien recibe un salario, no participa, por la forma de retribución, en los riesgos, gastos y beneficios de la actividad productiva; y, al no hacerlo, igualmente será un trabajo inserto en una organización que es de otro.

<sup>4</sup> Tan es así que el propio TS (STS de 26 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076) habla de “notas genéricas” en relación con la voluntariedad y la retribución, para referirse luego a las “notas específicas de ajenidad y dependencia”; diferenciando las que sirven para considerar sin más una actividad como onerosa (en cuanto profesionalizada al margen de las de tipo voluntario y gratuito) y las centrales para calificarla como laboral.

Justamente a las que se refiere el art. 1.3,d) ET respecto de la relación laboral excluyéndolas de su ámbito y que se acogen a la genérica denominación de trabajo donado, sometido las reglas particulares de este tipo de negocio jurídico más o menos formalizado<sup>5</sup>.

Lo anterior no quiere decir que la retribución no pueda cumplir también una función diferenciadora entre el trabajo asalariado y el autónomo, solo que lo hace en el contexto de la ajenidad y como una de las manifestaciones de la misma en función de la forma que adopte. Así lo pone de manifiesto, como se ha indicado ya, el art. 11.2 LETA respecto del TRADE cuando exige que la retribución esté vinculada al resultado (es decir, que tiene elementos de aleatoriedad dependiendo de forma directa de la cantidad y de la calidad del servicio prestado) como contraposición al salario que es fijo, permanente y garantizado al menos en una cuantía mínima, e independiente del riesgo de empresa que el autónomo soporta al asumir el riesgo y ventura de la actividad. En todo caso, mientras que la voluntariedad y la retribución son más bien datos de hecho (el trabajo se presta o no de manera jurídicamente voluntaria y la retribución existe, o debe existir, y tiene como función recompensar el trabajo prestado en unas determinadas condiciones) lo singular de la ajenidad y la dependencia es que son conceptos jurídicos mucho más imprecisos y abstractos que requieren un proceso interpretativo que les otorgue concreción y aplicabilidad.

Nada de esto es nuevo ya que es una tarea que vienen realizando de forma habitual doctrina y jurisprudencia, teniendo en cuenta que las formas de

<sup>5</sup> La donación de trabajo más institucionalizada está regulada en la Ley 45/2015, de 14 de octubre, de Voluntariado, si bien los casos de trabajo donado, ni asalariado ni autónomo por tanto, son múltiples y se extienden hoy día más allá de los ejemplos tradicionales de ayuda mutua entre amigos, parientes o vecinos, abarcando figuras más complejas favorecidas, por cierto, por la alta conectividad que proporcionan las nuevas herramientas digitales. Es lo que se denomina propiamente como *sharing economy* o economía colaborativa y que, aunque se aplica con carácter muy general, impreciso y seguramente con una intención mixtificadora incluso a supuestos de intercambios y de colaboración concebidos como negocio, debe limitarse a las hipótesis en las que quienes colaboran lo hacen sin intención de lucro y con una finalidad básicamente de consumo. Los ejemplos de las plataformas como *neighboursgoods* (préstamo entre vecinos de productos domésticos), *nightswapping* (intercambio gratuito de alojamiento en casas particulares de los usuarios de la plataforma), *fon* (compartir redes wifi), *workaway* (intercambio entre colaboración con determinados proyectos a cambio de alojamiento y manutención) o los llamados bancos de tiempo, son una manifestación de este tipo de consumo colaborativo respecto del cual en ningún caso se pretende calificar a quienes intervienen en esos intercambios ni como empresa ni como trabajadores, sean asalariados o autónomos, careciendo muchas veces incluso de esa intencionalidad lucrativa las propias plataformas informáticas mediante las cuales se establecen los contactos e intercambios (sobre estos temas, cfr. 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”, en *InDret. Revista para el análisis del Derecho*, [www.indret.com](http://www.indret.com), enero, 2016, pp. 4/11).

expresarse la ajenidad y la dependencia dependen directamente, en primer lugar, de la manera de organizar el proceso productivo por parte de las empresas: más rígida o más flexible, con horarios fijos o variables, sobre la base de una estructura jerárquica piramidal u horizontal, dotando de menor o mayor autonomía a los trabajadores, centralizando o descentralizando las decisiones, respetando en diverso grado la autonomía funcional y la independencia técnica, estableciendo sistemas más o menos rigurosos de control y de supervisión, permitiendo en dosis diferentes la iniciativa de los trabajadores y la asunción de responsabilidades por parte de éstos. También del grado de fragmentación y de exteriorización de la actividad productiva, que abre la puerta a una colaboración profesional externa a la empresa articulada no tanto a través de otras empresas, donde la prestación de servicios es claramente laboral aunque no respecto de la empresa principal sino de la contratada o subcontratada, sino mediante el recurso al trabajo personal y directo de los autónomos.

Igualmente dependen esas formas de manifestarse la ajenidad y la dependencia del tipo concreto de trabajo que en muchos casos puede realizarse, en incluso es inevitable que se haga así, en circunstancias que lo alejan de los rasgos típicos del asalariado clásico; contraponiendo un trabajador sometido a horario y lugar concreto de trabajo a otro que carece de él o que presta su trabajo en un lugar fuera del control directo del empresario, o un trabajo sin margen de autonomía a otro en el que la iniciativa del trabajador alcanza relevancia repercutiendo en las condiciones de trabajo, las funciones y en la retribución salarial; o, en fin, un trabajo sin margen alguno de riesgo ni de ganancia especial frente a otro en el que el prestador del servicio asume cuotas relevantes de uno y otra. Es lo que sucede con muchas actividades profesionales como los representantes de comercio, mediadores y agentes, consultores y asesores, técnicos y profesionales, trabajadores itinerantes o del transporte, teletrabajadores, prestaciones de servicios a domicilio de los clientes o trabajos sin un lugar físico concreto pero que, cada vez más, se está extendiendo a otros sectores y actividades hasta el momento claramente anclados en la figura del trabajo asalariado.

Como consecuencia de lo dicho, la tarea clasificatoria y de aplicación de los conceptos de ajenidad y dependencia ha debido variar y adaptarse al compás de este tipo de cambios, identificándolos en otro tipo de manifestaciones o síntomas que se encuentran en estas nuevas formas de trabajar. Y, sin duda alguna, la revolución tecnológica es una fase más de esa evolución constante de la forma de producir bienes y servicios que obliga, de manera permanente, a adaptar, conservando esta estructura que se ha calificado como binaria<sup>6</sup>, los criterios

<sup>6</sup> MERCADER UGUINA, J. *El futuro del trabajo en la era de la robotización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017, pp. 111-112

clasificatorios habitualmente utilizados para diferenciar entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. Es la conectividad inmediata superando las limitaciones de espacio y de tiempo, la introducción de las tecnologías de la información y de la comunicación en todas las dimensiones del proceso productivo (diseño, programación, formación, producción, supervisión, gestión en todas sus dimensiones, publicidad, comercialización, relación con los clientes, transporte, etc.), así como la incrementada velocidad en el tratamiento de un volumen ingente de datos con aplicación directa a los efectos de dicho proceso es lo que ha generado formas de trabajar muy variadas y singulares en las que muchas las tradicionales maneras de expresarse la ajenidad y la dependencia dejan de tener actualidad debiendo ser sustituidas por otras nuevas, si es que se pretende seguir actuando dentro del esquema binario descrito.

Determinar estas nuevas formas de expresarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo profesional prestado a través de las plataformas informáticas es el objetivo de este trabajo que se articulará en los siguientes apartados: uno, mediante una exposición abreviada de la forma cómo se viene acometiendo esta tarea clasificatoria, partiendo de lo establecido en el art. 1.1 ET y del modo cómo, esencialmente la jurisprudencia, ha venido elaborando un repertorio de indicios o síntomas, y de la forma de interpretarlos, de cada uno de esos rasgos generales; y, dos, proyectando esos criterios sobre el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas e intentando ofrecer una reelaboración de los mismos que sea útil y práctica a estos efectos clasificatorios.

Por el contrario, no se explorarán otras alternativas de ordenación de las diversas modalidades del trabajo en relación con las cuales la necesidad clasificatoria, que siempre existe, exigirá criterios de aplicación particulares y tendrá determinadas consecuencias. Se trata de una alternativa que va adquiriendo nuevos adeptos y que implica la afirmación de un tercer tipo de trabajo, a medio camino entre el laboral y el autónomo ordinario y que, en la medida en que comparte rasgos de uno y otro en el mismo sentido que ya se ha expuesto en relación con el TRADE, requerirá una nueva definición, una revisión de sus elementos identificadores así como de su régimen jurídico con el fin de proporcionar a estos trabajadores una protección razonable de sus condiciones de trabajo y de protección social<sup>7</sup>.

<sup>7</sup> Muy completa a estos efectos, con un análisis de las experiencias en otros países europeos, la aportación de GÓMEZ CABALLERO, cit. pp. 29-76. También, MERCADER UGUINA, cit. pp. 111-120, y los trabajos sobre el trabajo autónomo económicamente dependiente de SANTORO PASSARELLI, G., CRUZ VILLALÓN, J. y CAMAJI, L. contenidos en el número 98/2013 de la revista *Documentación Laboral*, pp. 9-48.

## **2. UN ENFOQUE GENERAL: LOS RASGOS CARACTERIZADORES DE LA RELACIÓN LABORAL Y CRITERIOS RELEVANTES PARA ESTABLECER LA DIFERENCIA ENTRE TRABAJO ASALARIADO Y TRABAJO AUTÓNOMO**

### **2.1. El acercamiento interpretativo a los indicios de la ajenidad y la dependencia como rasgos centrales de la prestación laboral**

En una primera aproximación conceptual, la ajenidad significa, desde una perspectiva positiva, que el servicio se presta por cuenta de otro diferente del que lo realiza, por lo que no es, ahora desde la contraria perspectiva negativa, ni para sí, ni por cuenta propia; aunque esto obligue a diferenciar entre alteridad (entendida como trabajar “para” otro) y ajenidad (trabajar “por cuenta” de otro) atribuyendo a ésta última un significado específico y distinto donde lo decisivo es el contexto, la forma concreta y las condiciones en las que se presta a otro dicho trabajo. Por su parte, la dependencia supone que ese trabajo se hace bajo las órdenes de otro, sometido a sus directrices, de una forma por tanto subordinada y no de manera independiente o autónoma, como sucedería si el prestador solo estuviera sujeto a su criterio y a la organización productiva que él mismo establezca con plena libertad respecto de quien lo contrata.

Este primer escalón interpretativo es esencialmente correcto y sirve para empezar a dar contenido a los dos elementos que son indispensables para calificar un determinado trabajo como asalariado o autónomo. Pero no es suficiente porque la imprecisión que acompaña a los conceptos jurídicos indeterminados en cuestión es aún muy notable y no es posible todavía, y solo con esta explicación ampliada de los conceptos en cuestión, afrontar con solvencia y, sobre todo, con seguridad jurídica el proceso de calificación de una concreta prestación de servicios. Por esta razón se hace imprescindible un esfuerzo de concreción que jurisprudencia y doctrina han realizado mediante un abordaje indirecto de la cuestión, renunciando a un debate exclusivamente conceptual que sería sin duda interminable, irresoluble y seguramente insatisfactorio en torno a las diferentes definiciones de ajenidad y dependencia. Un esfuerzo que se materializa en una aproximación realista a ambos conceptos a través de sus manifestaciones prácticas. De manera que, si existe o no ajenidad y dependencia, se detecta a través de los síntomas o indicios a través de los cuales se materializan. Como indica la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) de 9 de diciembre de 2004 (RJ 2005/875), simbólica de la postura del TS, tratándose de una afirmación muchas veces repetida:<sup>8</sup> “...*la dependencia y la ajenidad (...) son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera según las actividades y los modos*

<sup>8</sup> Habitualmente reproducida por otras muchas sentencias posteriores como la STS de 25 de marzo de 2013 (RJ/2013/4757)

*de producción (...). De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de indicios o hechos indiciarios de una y otra... ”.*

Ahora bien, operar con indicios tampoco resuelve plenamente la cuestión y supone plantearse inevitablemente tres preguntas cruciales como son: cuáles son los síntomas que constituyen la manifestación, respectivamente, de la ajenidad y de la dependencia; cómo y a través de qué actuaciones, contextos, medidas, acuerdos, modos de organización y de trabajo y comportamientos de los contratantes pueden identificarse esos síntomas; y, finalmente, qué valor tiene cada uno de ellos a la hora de decantar la calificación en favor de la laboralidad o de la autonomía de la prestación de servicios. Preguntas frente a las que las respuestas pueden sintetizarse de la siguiente manera:

En primer lugar, y en relación con la primera pregunta, se trata de identificar y hacer un repertorio abierto de las manifestaciones de ajenidad y dependencia, recurriéndose así, por un lado a las diferentes dimensiones de la ajenidad (tales como la ajenidad en los riesgos, en los beneficios, en el mercado, en la organización productiva y en el control de la actividad), y por otro a las de la dependencia (por ejemplo, sujeción a horarios, al sometimiento a órdenes e instrucciones, a la existencia de un espacio físico de trabajo impuesto y controlado por la empresa, al sometimiento al poder disciplinario como forma de corrección de los comportamientos desviados de quien realiza la prestación o a la exclusividad). Por otra parte, y por lo que hace a la segunda pregunta, la tarea consiste en precisar, con el mayor detalle y teniendo presente las características de cada trabajo y su forma de insertarse en el proceso productivo, cuáles son, a su vez, lo que podrían llamarse indicios de los indicios. Para lo que sirven cualquiera de las expresiones, no limitadas a unas concretas sino abiertas a cualquier otra que pueda cumplir ese papel, de esas manifestaciones de la ajenidad y de la dependencia.

Asumir el coste de la inversión productiva o desplazarlo hacia la contraparte, soportar el riesgo del negocio o establecer una retribución fija al margen del mismo, obtener o no un margen especial de beneficio como contrapartida a la ausencia de un mínimo garantizado, no tener la capacidad de establecer una organización y un procedimiento propio de trabajo, relacionarse con compradores y consumidores a través de la empresa y no de forma directa, en cuanto a la ajenidad. Estar sometido tanto a órdenes generales como particulares del empresario y estar obligado a obedecer estas órdenes en tanto sean legítimas y operen en el contexto de lo pactado, someterse a las instrucciones concretas de trabajo en cuanto a la forma de desarrollarlo y a los posibles cambios y modificaciones, estar obligado a trabajar en el lugar indicado por el empresario, estar disponible durante todo el tiempo de trabajo, tener el empresario de herramientas contractuales de corrección

del comportamiento del trabajador más allá de la mera facultad resolutoria en caso de incumplimiento, trabajar de forma exclusiva para la empresa, para la dependencia<sup>9</sup>.

En cuanto a la tercera pregunta, la respuesta es que se deja al arbitrio judicial, que deberá tener en consideración las particularidades del supuesto juzgado, el determinar en cada caso concreto el valor que deba atribuirse a cada una de las manifestaciones de tales síntomas, aceptando tanto que no siempre pueden existir

<sup>9</sup> Como puede fácilmente comprobarse las manifestaciones de la dependencia son habitualmente más específicas y concretas que las de la ajenidad, tanto es así que, en relación con ella, se pasa del nivel conceptual al de las manifestaciones concretas, sin el paso, propio de la ajenidad, por el segundo escalón, todavía conceptual aunque algo más preciso. Así, mientras desde la ajenidad como trabajo por cuenta de otro (primer escalón interpretativo) se transita a la consideración de si existe en el caso, por ejemplo, una ajenidad en el beneficio económico de la actividad (segundo escalón interpretativo), para finalmente llegar a las manifestaciones de esta dimensión concreta de la ajenidad (como es la existencia de un salario fijo y periódico independiente de los resultados de la empresa), en la dependencia el salto es directo desde el criterio (trabajar de forma subordinada, primer escalón interpretativo) al tercero constituido por los que se han calificado como indicios de los indicios y, por tanto, más específicos (tener un horario fijo). Ello es debido al hecho de que, en realidad, la dependencia es una expresión particular de la ajenidad (en la organización productiva y por tanto en la forma de insertarse el trabajador en ella) y se mueve más bien en el terreno, algo más preciso, del segundo de los escalones interpretativos descritos. De aquí su materialización más plástica y visible que la de la ajenidad que, como tal criterio general y por tanto más difícilmente aprehensible, es más complejo y opera en los tres niveles señalados. Por decirlo de otra forma, cuando se señala que es una manifestación de la dependencia la sujeción directa a las órdenes del empresario el discurso se mueve en el mismo nivel que cuando se subraya que el coste de la infraestructura productiva está a cargo de la empresa (manifestación a su vez de la ajenidad en los riesgos). Esta mayor visibilidad y contingencia de los indicios de la dependencia es seguramente la que la ha convertido en un rasgo relevante que, incluso para algunos, es más definitorio que la propia ajenidad. Aunque es cierto que, debido a la particular prestación de servicios de que se trata en algunos casos (mediadores mercantiles a través de un contrato de agencia, por ejemplo) sea la dependencia (o, si se quiere, esa peculiar forma de la ajenidad) la que adquiere el valor de criterio decisivo. Esto es así porque la ausencia de responsabilidad por el buen fin de la operación (criterio expresivo de la ajenidad en los riesgos) dejó de ser a partir de la Ley 12/1992, de 27 de mayo, reguladora del contrato de agencia, un elemento determinante del carácter laboral del contrato ya que la norma permite que se consideren como autónomos a representantes de comercio que tampoco asuman el riesgo y ventura de la operación, pese a la identidad sustancial del tipo de trabajo, de la forma de prestarlo e incluso de la remuneración en relación con los representantes de comercio laborales. Quizás porque todos estos elementos, debido a la singularidad del tipo de trabajo, no expresan una ajenidad nítida y decisiva. Por eso se afirma que *“...la nota que diferencia al representante de comercio, sometido a la relación laboral antes citada, de quien asume el papel de agente como consecuencia de la válida celebración de un contrato de agencia, radica esencialmente en la dependencia”* (Sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, de 25 de julio de 2007, RJ/2152/2007). No obstante, y al margen de los representantes de comercio debido a su singularidad laboral, la asunción del riesgo y ventura del negocio como criterio de autonomía se ha revalorizado en cuanto a los TRADE a tenor del art. 11 LETA y, por extensión, en cuanto a los autónomos ordinarios. De forma que quien no lo asuma será considerado, en principio, trabajador asalariado.

todas o que pueden hacerlo con forma e intensidad variable. Se trata de una técnica interpretativa por acumulación y por asignación a cada manifestación de ajenidad o dependencia (y también a las que son contrarias a ella, es decir, favorables al trabajo por cuenta propia y autónomo) de un valor relativo que puede ser variable según cada supuesto concreto, y que, sumado a los de las demás manifestaciones del mismo género (si es que existen o se consideran relevantes a esta finalidad) y contrapesados con los de sentido contrario, llevan a un dictamen final mediante una especie de juicio de ponderación. Así lo señala la STS de 19 de julio de 2010 (RJ/2010/7131) al indicar que *“es la proyección de la acumulación de indicios de dependencia y ajenidad sobre la relación concreta que se analiza la que permite la calificación”*<sup>10</sup>.

<sup>10</sup> Aceptando, en todo caso, que la línea divisoria entre el contrato de trabajo y otras figuras contractuales *“no aparece nítida, ni en la doctrina científica y jurisprudencial, ni en la legislación, y ni siquiera en la realidad social”*, hasta el extremo de que *“es un lugar común en las resoluciones judiciales que versan sobre la calificación del contrato en virtud del cual se prestan unos servicios que, con el mismo contenido, pueden derivarse de un contrato de trabajo o de un arrendamiento de servicios (...) de forma que la diferencia ha de encontrarse en las circunstancias concurrentes, en la relación que une a las partes y en el desarrollo y contenido de la relación, siendo indiferente la denominación que los interesados hubiesen dado a su contrato”* (STS de 26 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076 y STS de 23 de marzo de 2013, RJ/2013/4757). Un ejemplo de ello son las STS de 17 de mayo de 2012 y de 26 de noviembre de 2012, ambas referidas a la relación de servicios entre un perito tasador y una aseguradora, dictaminando en el primer caso que se trata de una relación laboral y en el otro no. En razón, como justifica la segunda de las sentencias, de la dificultad de la calificación y del hecho de que algunas circunstancias sean diferentes. Como, en el primer supuesto, la utilización por parte del trabajador de medios de trabajo de la empresa, mientras que en el segundo recurre a medios propios (lo que conecta con el dato de la inversión productiva, con su coste y riesgo aparejado el trabajador asume). Y también el que, en el segundo caso, la destinataria de las prestaciones sea una sociedad que, a su vez, contrata con la aseguradora, mientras que en el primer ejemplo la prestación se hace directamente a ésta. Y ello pese a que, en otras ocasiones, la interposición de una sociedad entre trabajador y usuaria efectiva de los servicios se haya considerado de nula relevancia entre otras razones porque se trata de un artilugio que puede organizarse sin particular esfuerzo (como es fácil y por ello irrelevante el que el trabajador se dé de alta en el Régimen Especial de la Seguridad Social de Autónomos o a efectos fiscales como el alta en el Impuesto de Actividades Económicas o en relación con el pago del IVA) con el objetivo precisamente de crear una pantalla, más formal que real, entre el trabajador y la empresa destinataria final de los servicios. Sobre todo cuando se trata de sociedades de muy pocos socios, cuando no unipersonales, y de escasa entidad económica, creadas exclusivamente con una finalidad instrumental tanto frente a la empresa cliente como a otras instancias como la Agencia Tributaria. Así lo ha entendido, entre otras, la STS de 19 de febrero de 2014 (RJ/2014/2075). Al final, parece que la única distinción relevante en el ejemplo descrito es la aportación o no de los medios de trabajo por parte del trabajador que, en el caso, consistían poco más que en un ordenador portátil, en la carencia de un espacio físico en la empresa y en la no exigencia de presencia en la misma, sustituida por la conexión mediante la pertinente herramienta informática, algo por cierto habitual incluso en actividades de cuya laboralidad no se duda (un ejemplo es el de las STS de 16 de julio y de 19 de julio de 2010, RJ 2010/5014 y 2010/7131, en relación con los profesionales del doblaje).

## **2.2. Las manifestaciones específicas de la ajenidad y la dependencia en la jurisprudencia**

En este punto de la reflexión es conveniente hacer un listado, en ningún caso exhaustivo y ejemplificado en supuestos de hecho reales, de manifestaciones concretas tanto de la ajenidad como de la dependencia (o de sus contrarios en la medida en que también cabe una definición por oposición) que así han sido consideradas por la jurisprudencia laboral. Aunque deba advertirse de la versatilidad y ductilidad de estas manifestaciones y de que, en la mayoría de los casos, no se acepta su valor como indicio necesario e imprescindible si se consideran de forma aislada. De manera que el indicio puede no existir o estar muy debilitado pero no por este motivo deja de ser posible calificar la relación como laboral ya que esta carencia o debilidad puede quedar compensada, a juicio del tribunal, por otras manifestaciones que se consideran suficientes para contrapesar esa ausencia. Esto es, que esos síntomas pueden existir, y ser considerados decisivos, o no concurrir, y no obstante no volcar necesariamente la calificación hacia la autonomía o el trabajo por cuenta propia; o presentarse de manera muy matizada y servir sin embargo y pese a ello para decantar el juicio a favor de la laboralidad de la relación; o que, pese a probarse otros, contrarios a la laboralidad, no se concluya necesariamente que se trata de un trabajo por cuenta propia debido a otros síntomas de ajenidad o de dependencia que se entienden que anulan la trascendencia calificatoria de los primeros. Un enfoque, por tanto, absolutamente casuístico y siempre relativo, como lo ya ponía de manifiesto la STSJ de las Islas Baleares, de 30 de mayo de 1995 (AS/1995/1790) en un caso de especialistas en el tratamiento de información empresarial, siendo su trabajo la realización de informes de solvencia y de verificación de datos registrales.

### *2.2.1. En cuanto a la ajenidad*

Uno de los síntomas más habituales de la ajenidad es la transferencia originaria, mediante el contrato de trabajo, de los frutos del trabajo que es, justamente, lo que implica el término salario en cuanto indicativo de que el trabajador no asume ni el riesgo ni la ventaja vinculados al resultado, a la utilidad o al beneficio patrimonial del fruto de su trabajo; lo que se materializa en que la compensación económica obtenida por el trabajador se establezca al margen de los beneficios que pueda obtener quien utiliza dicho trabajo (STS de 12 de febrero de 2008, RJ/2008/3473 y STS de 26 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076).

Más concretamente, la ajenidad se aprecia en que el trabajo prestado se retribuye con independencia del resultado del mismo mediante una compensación económica fija de tipo periódico. Es el caso de las STS de 19 de julio de 2010, RJ/2010/713, para el supuesto de los profesionales de doblaje cuya retribución coincide con la prevista en el convenio colectivo; de la STS de 19 de febrero de

2014, RJ/2014/2075, respecto de un periodista tertuliano al que la emisora de radio abonaba una cantidad fija y periódica por su participación en un programa; de la STS de 26 de noviembre de 2013, RJ/2013/1076, en el supuesto de los peritos tasadores; de la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015, AS/2015/1442, en relación con médicos oftalmólogos que trabajan en una clínica privada los cuales tienen garantizado por la clínica un mínimo retributivo según tarifa o en función de un coeficiente de los pacientes atendidos; de la STS de 22 de julio de 2008, RL/2008/7056, en el caso de profesores de enseñanzas no regladas cuya retribución se fija por hora de docencia impartida; o de un abogado que trabaja para un despacho de titularidad de otro, siendo retribuido mediante cantidades regulares, fijas y mensuales (STSJ de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003, AS/2004/43).

De todas formas, también este criterio puede presentarse atenuado o no existir y, sin embargo, la prestación de servicios no por ello debe necesariamente entenderse como autónoma: es el caso de la prestación de servicios técnicos para un centro de arte e imagen (STS de 25 de marzo de 2013, RJ/2013/4757, donde se afirma que la inexistencia de un salario fijo tampoco es un dato decisivo para negar la condición de trabajador al afectado, y en el mismo sentido la STS de 19 de febrero de 2014, RJ/2014/2075). Aunque, en otros casos, la inexistencia de una retribución fija y periódica se considere un factor determinante, es verdad que junto a otros, del carácter autónomo del trabajo (STS 17 de junio de 2010, RJ/2010/2707, en relación con una maquilladora contratada por TVE). Y que también se acepte pese a todo que existe salario, y en consecuencia un síntoma de laboralidad, cuando la retribución se calcula en función de la actividad o del resultado como sucede en la STS de 26 de noviembre de 2012 (RJ/2013/1076) relativa a los peritos tasadores; en la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015 (AS/2015/1442) sobre los médicos oftalmólogos, cuya laboralidad no queda afectada porque el salario se fije a comisión o incluso bajo la forma de iguala (en el mismo sentido la STS de 19 de noviembre de 2007, RJ/2008/1013, sobre el asunto Vitaldent); o cuando la remuneración se calcula conforme a un porcentaje del consumo de los clientes (STSJ de Galicia, de 3 de febrero de 2015, RJ/2015/53212, en el tema de las señoritas de alterne). Añadiendo la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015 que se acaba de citar líneas antes que no existe ajenidad en el terreno de la retribución si los honorarios se calculan por actuaciones médicas y conforme a las tarifas corporativas, si los médicos cobran directamente de los clientes, sea en términos de honorarios por intervención o si se trata de igualas (ejemplo que también se utiliza en la STS de 19 de febrero de 2014, antes citada, sobre el periodista tertuliano).

Una referencia singular, muy habitual cuando se aborda la cuestión de la ajenidad en los beneficios del trabajo, es la que se hace al llamado “lucro especial”

(a él se refieren, entre otras muchas, las dos STS relativas a los peritos tasadores, ya mencionadas, de 26 de noviembre de 2012 y de 9 de julio de 2013), en el sentido de que, si existe, la prestación de servicios ha de entenderse realizada en régimen de autonomía. Sin embargo, apenas hay explicaciones acerca de en qué consiste tal lucro especial, dándose por sobreentendido su significado. En este sentido, cuando se habla de lucro especial parece estar haciéndose referencia a una ganancia particular y diferente a la que se obtiene mediante la prestación laboral, de forma que esa singularidad del lucro es lo que la convierte (o al menos colabora fuertemente a ello) en una prestación por cuenta propia. Partiendo, pues, del carácter lucrativo de todas las prestaciones que se analizan, en la medida en que todas persiguen la obtención de una ganancia económica, la diferencia se encuentra, sin embargo, en la distinta naturaleza de ese lucro: especial frente al normal que es como se califica, implícitamente, al que constituye la finalidad económica clásica de la prestación de trabajo asalariado en la que el lucro se concreta, justamente, en la obtención del salario a cambio del trabajo prestado. Un lucro prefijado y que no está sujeto a la vicisitudes de la inversión productiva hecha.

En cambio, el lucro especial es equivalente al lucro empresarial en el entendido de que el trabajador autónomo es, aun cuando carezca de trabajadores asalariados a su servicio (si los tuviera no se duda de esa condición de autónomo siempre que trabaje de forma personal y directa), una estructura empresarial y que, como tal, tiene la posibilidad de obtener ventajas económicas que se asocian al riesgo de empresa. De forma que el lucro especial es una manera de indicar que la ganancia que obtiene el trabajador es normalmente mayor que la que obtendría el trabajador asalariado, y ello en correspondencia con el riesgo que asume y que le puede suponer incluso que ese lucro no exista o que deba soportar pérdidas. El lucro especial es, por tanto, la recompensa por el riesgo, siendo diferente de las retribuciones salariales asociadas a la productividad o los resultados; y pone de manifiesto, cuando no existe, que no se participa en él, tanto en su versión positiva (mayores ganancias) como negativa (asunción de pérdidas). Esta idea del lucro especial como mayor margen de ganancias es lo que ha llevado a veces a la jurisprudencia a valorar como autónomo el trabajo de quien recibe una compensación económica particularmente elevada en comparación con lo que ganan trabajadores asalariados que realizan tareas semejantes pero en condiciones de subordinación o dependencia (así lo hace la STS de 25 de noviembre de 2012, RJ/2013/1076, en cuanto a los peritos tasadores; o los votos particulares de la STS de 19 de febrero de 2014, RJ/2014/2075, en relación con un periodista tertuliano).

Otra de las manifestaciones específicas de la ajenidad, expresiva de la asunción de la carga económica y de los riesgos de la actividad productiva es el dato de si la infraestructura y los medios y herramientas de trabajo pertenecen o

no al trabajador, considerando que si es así se trata de un trabajador autónomo. Es decir, el riesgo de la inversión productiva, inexistente para el trabajador cuando las herramientas de trabajo, sobre todo cuando tienen un coste de cierta relevancia, pertenece a quien encarga el trabajo y no a quien lo realiza. Así se establece en la STS de 19 de julio de 2010 en relación con los profesionales de doblaje; en la STS de 26 de noviembre de 2012 por lo que hace a los peritos tasadores, considerándolos trabajadores autónomos; en la STS de 25 de marzo de 2013 por lo que se refiere a un trabajador de un centro de artes de la imagen de la comunidad gallega; o, en fin, en la STSJ de Galicia, de 3 de febrero de 2015, por lo que respecta a las señoritas de alterne. Por el contrario, calificándola como autónoma por este motivo aunque entre otros factores (STS de 17 de junio de 2010) en el caso de la maquilladora de TVE. Aunque obviamente, la relevancia de este síntoma está en relación directa con el tipo, volumen y cantidad de los medios y de la infraestructura necesaria para desarrollar la actividad y con el valor económico de los mismos.

También se considera una expresión relevante de la ajenidad, la que se suele denominar como ajenidad en el mercado<sup>11</sup>. Hace referencia al hecho de que el trabajador no se relaciona directamente, en el plano comercial, con los compradores o clientes de los bienes y de los servicios a los que ese trabajo se incorpora, sino que es la empresa que contrata tales servicios quien lo hace, al haberlos adquirido a un precio previamente pactado. El contrato se convierte entonces en el instrumento de adquisición originaria de los frutos del trabajo, convirtiéndolo, junto con el trabajo acumulado de otros trabajadores, a un mercado de bienes y servicios en el que la empresa oferente recupera dicho gasto además del margen de beneficio empresarial consecuencia directa de la productividad o del rendimiento de la inversión realizada, actuando la empresa como intermediaria entre el trabajador y clientes, compradores o consumidores. Esta forzosa o aceptada intermediación implica que es la empresa receptora de los servicios la que toma decisiones, sustraídas al trabajador, como la selección de los clientes y la fijación de precios o tarifas; o la establece una relación directa con el público, excluyendo al trabajador que, a estos efectos, puede permanecer en un total anonimato.

Así lo establecen como fundamento de sus decisiones las STS de 26 de noviembre de 2012 sobre peritos tasadores, de 19 de febrero de 2014, sobre el periodista tertuliano, la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015, sobre los médicos oftalmólogos, la STS de 22 de julio de 2008, en el caso de profesores de enseñanzas no regladas respecto de los cuales es la entidad formativa la que

<sup>11</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R. “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”. *Civitas. Revista Española de Derecho del Trabajo*, 28/1986, pp. 499 y ss.

dispone de la organización académica necesaria y la que oferta los cursos al público cobrando el precio directamente de los clientes, o la STSJ de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003, en el caso de una prestación de trabajo de un abogado a un despacho profesional, donde la oferta del servicio del trabajador se hacía en el contexto del despacho y de su publicidad y el trabajador se relacionaba con los clientes no como abogado independiente sino formando parte del mismo.

A efectos conclusivos, como señala la STS antes mencionada de 26 de noviembre de 2012, con afirmaciones que recoge de otras anteriores que cita y que también las posteriores reiteran: “...son indicios comunes de la nota de la ajenidad, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de las personas a atender, el carácter fijo y periódico de la remuneración del trabajo; y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracteriza la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones...”.

En consecuencia, no habrá ajenidad sino trabajo por cuenta propia si existe asunción del riesgo por parte del trabajador, si hay participación directa del mismo en el beneficio económico de la actividad, si existe una oferta directa de los servicios a una serie indeterminada de clientes o consumidores eliminando la intermediación empresarial, o si, como se verá ahora en el contexto de la dependencia, la estructura productiva en la que el trabajo se inserta es propia y no está bajo el control de otro<sup>12</sup>.

### 2.2.2. Respecto de la dependencia

Como se ha dicho ya, la dependencia puede considerarse como una manifestación más de la ajenidad, en este caso, respecto de la organización productiva a la que se incorpora el trabajo que es titularidad de otro; lo que significa que el trabajo se realiza en las condiciones establecidas por ese otro que recibe el esfuerzo laboral. Sin embargo, el hecho de que el art. 1.1 ET la establezca como un rasgo diferenciador justifica su tratamiento separado como, por otra parte, es habitual en la doctrina y la jurisprudencia. En este sentido, la misma STS de 26 de noviembre de 2012 que se acaba de citar enumera también los que califica como indicios comunes de dependencia, mencionando los siguientes: “...

<sup>12</sup> Acerca de estos indicios GÓMEZ CABALLERO, cit. pp. 24 a 29 y SELMA PEÑALVA, A. *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, 2007, pp. 129-157.

*la asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario (...) el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias y sustituciones, la inserción del trabajador en la organización del trabajo del empleador o empresario que se encarga de programar su actividad y, reverso de lo anterior, la ausencia de una organización empresarial propia del trabajador”.*

De la misma forma como se ha operado en cuanto a la ajenidad, es adecuado hacer un repertorio algo más desarrollado de este conjunto de manifestaciones o síntomas de la dependencia teniendo en cuenta las mismas sentencias que se han manejado en el apartado anterior ya que constituyen un conjunto de resoluciones judiciales suficientemente representativas de las posiciones jurisprudenciales. Aunque hay que advertir que, como en relación con la ajenidad y puede que con mayor intensidad, tiene lugar en cuanto a la dependencia una fuerte relativización de sus manifestaciones. De modo que tanto pueden no existir algunas de las consideradas básicas, como presentarse de forma particular o atenuada debido a las peculiaridades del trabajo de que se trate. De manera que puede decirse que, cuando las características de la forma de prestar el trabajo no implican necesariamente ninguna singularidad en relación con la dependencia, ésta debe manifestarse con plena intensidad a través de sus síntomas habituales. Pero, cuando el trabajo no hace factible esas expresiones, se acepta, so pena de calificarlo siempre por el contrario como autónomo, que la dependencia se manifieste de forma debilitada o singular. En esta línea debe subrayarse que la forma como la mayoría de las resoluciones judiciales entiende que existe dependencia en la medida en que el trabajador está adscrito, sometido o dentro del “círculo rector y disciplinario del empresario” (STS de 27 de diciembre de 1999, RJ/2000/1427, y de 26 de noviembre de 2012). Una forma de definir la dependencia que, por su amplitud, generalidad y labilidad, corre el riesgo de carecer de cualquier utilidad clasificatoria y requerir precisiones. Que son las que a continuación se incluyen.

Una de las manifestaciones clásicas de la dependencia es la sujeción a horario concreto, sea impuesto por la norma o el acuerdo colectivo, sea por el contrato, y mucho más si es de forma unilateral por parte del empresario. En este sentido hay dependencia si existe un horario como lo indican la STS de 19 de febrero de 2014, respecto del tertuliano radiofónico que participa en el programa en los días y horas fijados por la emisora, aunque exista una cierta flexibilidad y no esté fijado el tiempo de las vacaciones; la STSJ de Galicia del País Vasco de 16 de abril de 2015, en el caso de los oftalmólogos que prestan sus servicios en el espacio horario determinado por la clínica; la STSJ de Galicia, de 3 de febrero de 2015, en el supuesto de las señoritas de alterne, que deben estar presente en el centro de trabajo durante unas determinadas horas; la STS de 26 de noviembre de 2012, si

hay obligación de justificar las ausencias, siendo la empresa la que organiza los descansos y las vacaciones; o la STSJ de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003, en la que se constata que el abogado que presta su trabajo a través de un despacho profesional carecía de autonomía no sólo para elegir los clientes (manifestación de ajenidad) sino para fijar los horarios, estando sujeto a la obligación de realizar guardias, disfrutando de un mes de vacaciones retribuidas. Y no hay dependencia si ese horario no existe o si no hay fijación de jornada ni vacaciones o si el tiempo de éstas se elige por el propio trabajador (STS de 26 de noviembre de 2012 y de 9 de julio de 2013, en relación con los peritos tasadores).

Otra manifestación de la dependencia es la realización del trabajo en el lugar designado por la empresa, sea en sus propias instalaciones o fuera de ellas (como lo declaran las STS de 19 de julio de 2010 para el caso de los profesionales del doblaje); aunque, en virtud de las tecnologías de la información y de la comunicación, puedan igualmente realizar su tarea desde su domicilio o en el lugar elegido por el trabajador remitiéndose obviamente al llamado trabajo a distancia regulado por el art. 13 del ET (en similar sentido las STS de 26 de noviembre de 2012 y de 19 de febrero de 2014 y la STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015). La STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2015 subraya por su parte, en relación con las señoritas de alterne, la relevancia calificadoria del lugar de trabajo impuesto por el empresario en el sentido de apreciar la dependencia en el hecho de que las trabajadoras deban acudir al club, adonde son trasladadas por el empresario, club que es su lugar de trabajo y en el que, además, tienen a su disposición medios de trabajo como taquillas, la música o el servicio de bebidas. En otros casos, el hecho de tener que acudir al centro de trabajo de la empresa para reuniones informativas y de programación del trabajo (STS de 9 de julio de 2013). Aunque, a veces, según el tipo de trabajo, su desempeño en las instalaciones de la empresa deriva de su propia naturaleza y del tipo de servicio de que se trate (STS de 17 de junio de 2010, en relación con la maquilladora contratada por TVE que ha de prestar su trabajo necesariamente en las instalaciones de la empresa) sin que de ello se derive necesariamente el carácter asalariado de la trabajadora. Por el contrario, son indicadores de autonomía el que el trabajador pueda realizar su trabajo en el lugar que estime conveniente y efectuarlo con entera libertad organizativa, si bien, como se ha señalado, la aplicación de las tecnologías digitales hace que esta manifestación de la dependencia haya perdido relevancia en relación con ciertas actividades cada vez más numerosas que pueden hacerse en el lugar elegido por el trabajador.

La sujeción directa a órdenes e instrucciones por parte del empresario o de las personas en las que éste delega es también una expresión de la dependencia (característica que concurre en el trabajo de los profesionales de doblaje que están sometidos a las órdenes del director de doblaje, STS de 19 de julio de 2010). Como

también lo es la asignación de zonas concretas de actuación, el envío telemático de órdenes e instrucciones, el señalamiento diario de encargos o la obligación de seguir las indicaciones de la empresa (STS de 26 de noviembre de 2012, respecto de los peritos tasadores); el someterse a las órdenes del director del programa radiofónico, fijando la empresa los temas de debate respecto de los que ha de tener lugar la intervención del tertuliano radiofónico (STS de 19 de febrero de 2014); o el que el trabajador esté sometido y obligado a obedecer órdenes directas del titular del centro (STSJ de Galicia de 3 de febrero de 2015). Sujeción a las órdenes que hace que el trabajador no tenga libertad para aceptar o rechazar los encargos (STS de 26 de noviembre de 2012, STS de 19 de febrero de 2014, STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015 y de Cataluña, de 5 de diciembre de 2003). También expresa subordinación el hecho de realizar los informes conforme a las estrictas y rigurosas indicaciones de la empresa, efectuarlos mediante un específico programa informático proporcionado por la empresa siendo ésta la que adiestró a los trabajadores para su uso, la fiscalización y control de la actuación, la fijación de plazos para la evacuación de informes y la asignación de zonas geográficas concretas, todo lo cual hacía que los trabajadores tuvieran una autonomía muy relativa, actuando bajo el poder de organización y dirección de la empresa (STSJ de Islas Baleares, de 30 de mayo de 1995, AS/1995/1790).

Esta sujeción al poder de dirección y de organización empresarial no es incompatible con la independencia técnica debida al obligado respeto por parte del empresario de la *lex artis* del oficio, o por razones vinculadas a las exigencias deontológicas, máxime cuando la tarea requiere determinadas competencias profesionales de carácter cualificado (el caso, por ejemplo, de unos profesores de enseñanzas no regladas, quienes tenía libertad para elaborar el contenido de los cursos, impartir la docencia conforme a sus criterios metodológicos y para evaluar a los alumnos, STS de 22 de julio de 2008). Pero se pone de manifiesto en la determinación del método de trabajo, en la programación de la actividad del trabajador (lo que expresa su inserción en la organización productiva empresarial y en la ausencia de una organización propia), en la sujeción a vigilancia directa, en el control de los resultados, en la supervisión del trabajo o en el sometimiento al poder disciplinario de la empresa (STS de 26 de noviembre de 2012 y de 19 de febrero de 2014 y STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015). Una dependencia que no existe cuando la empresa se limita a dar indicaciones generales necesarias para la determinación del trabajo que se contrata (STS de 17 de junio de 2010), o se limita a imponer modelos e instrucciones para la realización de los informes (STS de 9 de julio de 2013).

Finalmente, son síntomas que ponen de manifiesto la existencia de dependencia el que el trabajador lo haga en exclusiva para la empresa, aunque, en realidad, la exclusividad cualifica la tarea como dependiente pero no la hace

necesariamente autónoma si no existe (STS de 19 de julio de 2010, STS de 19 de febrero de 2014 y STSJ de Cataluña de 5 de diciembre de 2003); si se trata de una prestación personalísima que sólo se cumple cuando es el trabajador contratado el que la realiza sin que sea posible su sustitución, aunque ésta no obstante quepa en supuestos excepcionales (el caso de los peritos tasadores, STS de 26 de noviembre de 2012; el de los oftalmólogos, STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015; o el ya clásico de las tareas de limpieza en beneficio de una comunidad de propietarios). Si bien, cuando esta sustitución queda al libre arbitrio del trabajador, la balanza se decanta hacia el lado del trabajo autónomo (STS de 17 de junio de 2010, respecto de la maquilladora de TVE). Finalmente, como ya se ha indicado, el que el trabajo se facture a través de determinado tipo de sociedad de carácter frecuentemente unipersonal no convierte necesariamente al trabajo en uno de tipo autónomo (STS de 19 de febrero de 2014 y STSJ del País Vasco de 16 de abril de 2015).

En resumen. Existirá dependencia cuando haya sujeción a un horario concreto que especifica el tiempo de puesta a disposición del trabajador durante el cual el esfuerzo laboral realizado no le pertenece ni siquiera en cuanto a la forma de desarrollarlo o aplicarlo, plasmándose la dependencia en la entrega del propio tiempo y del trabajo realizado durante él. O también se apreciará en la obligación de acudir a un concreto lugar de trabajo, durante la jornada, precisamente donde la empresa ha establecido su organización productiva, no pudiendo decidir el trabajador el espacio físico donde debe cumplir su prestación. Y, como complemento de lo anterior, se detectará la dependencia en el deber de someterse, a las órdenes del empresario, tanto en lo que se refiere a reglas generales de trabajo como a instrucciones concretas respecto de las tareas a desarrollar; o en el hecho de quedar sujeto a mecanismos de supervisión y control de quien contrata y retribuye el trabajo; o, en fin, en su sujeción a las medidas disciplinarias de corrección del cumplimiento que la empresa puede imponerle, de forma directa e inmediatamente ejecutiva.

Y, de la misma forma que respecto de la ajenidad, serán indicios contrarios de autonomía, aunque no decisivos cada uno de ellos por sí mismos, si el trabajo se hace sin un horario predeterminado quedando a la discreción del trabajador su fijación que es, en todo caso, una fijación autónoma; si éste también decide libremente el lugar donde realizar la tarea contratada; si, lejos de una intromisión organizativa particularmente intensa mediante órdenes e instrucciones concretas, quien encarga el trabajo sólo tiene la facultad de establecer, mediante el contrato pero no a lo largo del desarrollo de la relación, indicaciones generales que responden a la necesidad de precisar, más por el resultado que por la actividad, lo que se espera del trabajador; o, en fin, si la única reacción contractual que está a disposición del comitente en los casos de incumplimiento o de frustración del

objeto del contrato es la de la rescisión o resolución del mismo por permanecer el trabajador al margen de lo que se ha denominado como el círculo rector y disciplinario de la empresa<sup>13</sup>

De cualquier modo hay que recordar, entre otras muchas, lo dicho por la STS de 8 de octubre de 1992 (RJ/1992/7622) la cual ya establecía que: “...*en el actual sistema productivo, caracterizado por una gran variedad de prestaciones de servicios, esta nota no se manifiesta necesariamente a través de los indicadores clásicos de tiempo, lugar o modo de realización del trabajo, como jornada u horario preestablecido, puesto de trabajo en fábrica u oficina, ordenación y control continuos, etc., sino que se refleja también en otros aspectos de la ejecución del trabajo que están en función del tipo de trabajo prestado en cada caso...*”.

Es decir, que la dependencia puede manifestarse igualmente a través de otros indicios adecuados al tipo de actividad y, en consecuencia, los llamados clásicos pueden no existir en absoluto o estar muy debilitados al haber sido sustituidos por otros más adaptados a las nuevas y diferentes formas de trabajo, habiendo sufrido un constante y significativo proceso de depreciación. Esto es así quizá porque, mientras la ajenidad se remite a conceptos abstractos (beneficio, pérdida, riesgo, lucro especial, control de la organización productiva) que soportan mejor la adaptación a las nuevas y cambiantes formas de trabajo, los de la dependencia se conectan más con hechos (tener un horario y un lugar fijado de trabajo, estar permanentemente sometido a las órdenes e instrucciones del empresario, sometido a supervisión, control y sanciones). Y, en cuanto se trata de hechos estrechamente vinculados a la forma, diríamos física, de prestar el trabajo, en la medida en que ésta cambia fácticamente, los síntomas tradicionales de la dependencia dejan de tener valor.

Esto es lo que viene sucediendo desde hace tiempo habiendo culminado en la frase-resumen del TS, tantas veces repetida, entendiendo la dependencia, como “encontrarse el trabajador en el círculo rector y disciplinario de la empresa”<sup>14</sup>. Lo que, si bien se piensa, vuelve a llevar a la dependencia desde el que se ha calificado como tercer escalón de los indicios al segundo de las manifestaciones generales de la dependencia. Pero de un modo en el que, a diferencia que con la ajenidad, los indicios tradicionales de lo que hemos calificado como tercer escalón interpretativo manifiestan, por su prescindibilidad, una práctica renuncia a su papel calificador en supuestos dudosos. Algo que no sucede con la ajenidad que ha soportado mejor los cambios de las estructuras productivas y de las formas de trabajo.

<sup>13</sup> GÓMEZ CABALLERO, cit. pp. 24 a 29 y SELMA PEÑALVA, cit. pp. 129-157.

<sup>14</sup> Señala la STSJ de Asturias, de 15 de julio de 2011 (AS/2011/2742): “...*en definitiva, la dependencia es un concepto relativamente vago, en cuanto debe entenderse en sentido amplio y flexible, no sujeto a la aplicación de criterios rígidos...*”.

### 2.3. Algunas conclusiones metodológicas

Teniendo en cuenta lo descrito a lo largo de las páginas que anteceden, es posible obtener una serie de conclusiones metodológicas acerca de la forma cómo ha de afrontarse la tarea de calificar una relación de prestación de servicios, si laboral o autónoma en el contexto específico de los trabajos que se realizan en relación con las empresas tecnológicas que gestionan las plataformas informáticas.

En primer lugar, que los criterios que han de manejarse son, por imposición legal, los de ajenidad y dependencia, si bien interpretados de forma muy flexible a través de sus manifestaciones genéricas (las diversas dimensiones de la ajenidad, por ejemplo) y específicas (la forma en que cada una de esas dimensiones suele manifestarse). Unas manifestaciones que, constituyendo un corpus bastante consolidado, pueden perder virtualidad o ser sustituidas por otras nuevas como consecuencia de los cambios en la forma de trabajar que la prestación del trabajo con la mediación de las plataformas informáticas simbolizan de manera muy significativa. Lo que obliga a explorar en esas nuevas o transformadas formas de trabajo en qué medida la esencia de los criterios delimitadores se expresa y a través de qué síntomas propios. Es decir, que identificándose la ajenidad y la dependencia por sus manifestaciones, éstas ni son siempre las mismas, ni se evidencian siempre con la misma nitidez, ni tienen siempre el mismo peso, por lo que es atendiendo a las características del trabajo como han de descubrirse cuáles son en él los ejemplos propios de ajenidad y dependencia, y en qué medida y con qué intensidad los reflejan.

En segundo lugar, que todo el esfuerzo de concreción que se contiene en el párrafo anterior sólo lleva a una acumulación de indicios, con su propia valoración separada, que luego han de juzgarse de forma conjunta, derivando de ello una conclusión, siempre aproximativa, en la que los factores de subjetividad juegan un papel relevante. Tanto en el proceso de identificación de los indicadores de ajenidad y dependencia, como en la valoración de cada uno de ellos, cuanto en la asignación de un peso global al conjunto, que ha de contrastarse con los resultados de una operación interpretativa paralela en cuanto a los indicadores de autonomía que justamente niegan la laboralidad. Al final el juicio es uno de ponderación en el que vence el conjunto de indicios que más parecen decantar la calificación hacia uno u otro lado. Sin que ello haga imposible que, al final, la calificación se establezca exclusivamente por uno o dos indicios de los posibles que, a juicio del intérprete, tiene la potencia suficiente como para eximir la presencia de otros o para anular a los contrarios.

En tercer lugar, que toda la operación interpretativa anterior se realiza sobre un substrato no explicitado pero presente cual es la relevancia que se conceda al papel, aún hoy protector, de la norma laboral o a la conveniencia de un marco de

prestación de servicios más liberalizado, abierto a actividades autónomas (el moderno emprendimiento) donde la opción personal, el margen de autonomía que se quiera asumir y el acuerdo individual sean criterios a tener en cuenta en la adscripción de una prestación de servicios a un ámbito u otro. En definitiva, un contexto en el que la huida del Derecho del Trabajo no sea algo vergonzante e ilícito sino una legítima opción personal y empresarial, o incluso social. Aceptado esto es claro que la operación interpretativa de clasificación de los servicios prestados no estará ya guiada por una tensión expansiva de las normas laborales sino por otra lógica más cercana a los valores empresariales de flexibilidad, productividad, rendimiento y beneficio económico<sup>15</sup>. Una reflexión que se mezcla con la que se relaciona con la trascendencia que quiera atribuirse a la debilidad contractual de los trabajadores, haciendo referencia no sólo a los trabajadores asalariados sino también a los propios trabajadores autónomos.

### **3. LOS CRITERIOS DELIMITADORES EN RELACIÓN CON LAS ACTIVIDADES PROFESIONALES REALIZADAS A TRAVÉS DE LAS PLATAFORMAS INFORMÁTICAS**

La problemática interpretativa que se ha descrito hace referencia a la totalidad de los trabajos personales que se realizan a cambio de una retribución. Pero es indudable que sólo alcanza intensidad cuando los criterios e indicios anteriores se confrontan con prestaciones de servicios en las que los signos típicos de ajenidad y dependencia no existen y no pueden, por tanto, proporcionar una respuesta segura e indubitada. Lo anterior no debe llevar a ignorar que en una gran cantidad de trabajos, todavía mayoritarios, no se plantea duda alguna ya que en ellos casi todos los indicios anteriores pueden detectarse con mayor o menor facilidad llevando de forma natural a una calificación que no se discute. Aunque en muchos de ellos se hayan producido importantes cambios en la forma de organizar el trabajo y se hayan incorporado tecnologías digitales como sucede, por ejemplo, con el teletrabajo y con el recurso a las herramientas y plataformas informáticas. Así acontece, por ejemplo, en muchos servicios de instalación, revisión, mante-

<sup>15</sup> Un debate de fondo que adquiere relevancia si se tiene en cuenta que, en las nuevas manifestaciones de la actividad de prestación de servicios lindante con la autonomía, muchos de los que los realizan pertenecen al llamado mercado de trabajo secundario, fuertemente caracterizado por la precariedad y las deficientes condiciones de trabajo, e integrado fundamentalmente por trabajadores temporales, trabajadores a tiempo parcial, desempleados, discapacitados, jóvenes, mujeres, emigrantes, personas en situación de marginalidad o de exclusión social, prejubilados, teletrabajadores, etc. De forma que la propuesta de un tercer género intermedio puede funcionar, y éste es su riesgo, como la consolidación de peores condiciones de trabajo para personas que, en otro caso y en muchas ocasiones, serían calificados como asalariados y, en consecuencia, protegidos de forma más amplia por las normas laborales.

nimiento, de moderación de páginas web, de atención a clientes, de mensajería o de entrega de productos en los que la conexión del trabajador con la empresa se realiza a través de estas plataformas, haciendo innecesaria la presencia física en el centro de trabajo, que puede incluso no existir como tal, y sirviendo como soporte a las comunicaciones de todo tipo de carácter bidireccional entre empresa y trabajador y mediante la cual se imparten órdenes e instrucciones, se asignan trabajos, se establecen itinerarios, se alteran los encargos o, en ocasiones, se recibe el pago de los servicios por el cliente a la vez que el trabajador pone en conocimiento de la empresa las diversas incidencias del trabajo así como los partes de finalización de las tareas y sus características concretas.

Pero es indudable que el uso productivo, y con una intensidad cada vez más frecuente, de las plataformas informáticas introduce factores de inseguridad en el proceso de calificación de los trabajos en la medida en que sus características de funcionamiento afectan de forma determinante al modo de trabajar y, en consecuencia, a las maneras de manifestarse la ajenidad y la dependencia<sup>16</sup>. Con ello, por ejemplo, se favorece la virtualización como contraposición a la presencia física en el desempeño del trabajo con lo que supone de ausencia control y supervisión tradicional que ahora puede sustituirse por un tipo de control más sofisticado, operado precisamente a través de tales aplicaciones. También se incentiva la flexibilización en cuanto al momento y al tiempo de la prestación frente a horarios fijos y regulares, y la descomposición, que también se califica de molecularización, de los servicios, dotando a los mismos de una apariencia de

<sup>16</sup> Esto es así en la medida en que las plataformas informáticas son sistemas dotados tanto de una arquitectura de hardware o elementos físicos como de herramientas de software mediante las que es posible procesar y almacenar la información así como ejecutar programas y aplicaciones diseñados para facilitar la realización de una serie de tareas cuyas características son basarse en el conocimiento y en la información, utilizada y transmitida a una altísima velocidad. Su uso masivo hace que coordenadas como el lugar y tiempo de trabajo y la sumisión física a órdenes e instrucciones dejen de tener relevancia, sustituidas por el control de la oferta y del producto del trabajo y por una intensa organización y coordinación de la actividad que se ejerce por la empresa tecnológica. Por eso, la STSJ de Asturias, de 15 de julio de 2011 (AS/2011/2742), en relación con un trabajo de moderación on line de una página web de un hotel que había creado un espacio virtual para la interacción de los clientes, señala, en relación con los indicios de ajenidad o de dependencia que “... muchos de tales indicios sirven como criterios orientativos, pero no con un carácter determinante o excluyente de la relación laboral, pues dentro del concepto de relación laboral pueden tener cabida otras novedosas manifestaciones de trabajo que difieren de las tradicionales y que son debidas a la incidencia de las nuevas tecnologías que pueden dar lugar a una actividad laboral prestada mediante el uso fundamentalmente de instrumentos informáticos o de telecomunicaciones, de tal forma que la prestación de trabajo se realiza desde un lugar distinto del centro de trabajo o unidad productiva de la empresa, e incluso el horario laboral pasa a ser una figura de contornos más difusos hasta en ocasiones inexistente, pero en cuya relación, en cualquier caso, las prestaciones son las mismas que si el trabajo fuera presencial, al asimilarse la presencia física a la presencia virtual”.

autonomía y haciendo derivar la retribución hacia una compensación económica por resultado y no por tiempo de trabajo. De la misma forma, las plataformas informáticas facilitan, en muchos casos de forma inequitativa, el desplazamiento del riesgo de la empresa perceptora de los bienes y servicios que luego ofrece al mercado hacia el prestador de los mismos a los que, en virtud de la mayor independencia de que disfrutan, frecuentemente sólo teórica, se obliga a asumir costes, inversiones, gastos y posibles pérdidas como contrapartida, a la igualmente teórica, posibilidad de participar en los beneficios o de la utilidad patrimonial de la actividad en mayor medida que si se fijara un salario.

### 3.1. La variedad de plataformas informáticas que articulan prestaciones de servicios

Antes de emprender la tarea reconstructiva de los criterios delimitadores entre trabajo asalariado y trabajo autónomo, hay que indicar que, dentro de la economía colaborativa (también llamada *sharing economy*, economía digital, o economía 4.0), que se apoya en el uso intensivo de plataformas informáticas, existen diversas modalidades<sup>17</sup>. Ya se ha hablado antes de la economía colaborativa de consumo o consumo colaborativo y participativo en sentido estricto<sup>18</sup>, donde la

<sup>17</sup> Sobre estas variedades puede verse, ÁLVAREZ CUESTA, H. “La prevención de riesgos psicosociales en la economía colaborativa: los e-nómadas”, en el volumen *Tiempos de cambio y salud mental de los trabajadores*, Edit. Bomarzo, 2017, pp. 56-58. También la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, “Una agenda europea para la economía colaborativa” (SWD /2016) 184 final) y PÁRAMO MONTERO, P. “Las nuevas formas emergentes de trabajo, Especial referencia a la economía colaborativa”, *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, 128/2017, pp. 183 y ss.

<sup>18</sup> A este respecto puede consultarse el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre «Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI» (2014/C 177/01), donde, haciendo referencia a valores como la ecología, la lucha contra el hiperconsumo, el despilfarro y la infrautilización de los bienes y recursos, el acceso de los menos favorecidos a determinados bienes, y, en general, a la participación y la colaboración entre ciudadanos, se incentiva este tipo de consumo como una manera de compartir, intercambiar, prestar y regalar bienes y servicios a través de la tecnología moderna y las comunidades digitales. El documento recoge un abanico de manifestaciones de este tipo de consumo en relación, por ejemplo, con la movilidad (*carsharing*: alquiler y uso compartido de vehículos, taxis, bicicletas y plazas de aparcamiento; *carpooling*: rellenar asientos vacíos de coches con otros pasajeros que vayan en la misma dirección), con la eficiencia energética (uso compartido de equipamiento doméstico y de herramientas), con la habitabilidad y los espacios de cultivo (uso compartido de viviendas y de huertos urbanos y rurales), con los negocios (*coworking* o compartir locales para oficina), con la cultura (*bookcrossing* y trueque de libros, promoción de intercambios culturales de jóvenes de diferentes países), con la educación (comunidades digitales para aprender idiomas), con el tiempo y las habilidades (bancos de tiempo), con la alimentación (compartoplato y *shareyourmeal*), con el ocio (compartir contenidos digitalizados y archivos, *peer to peer*), con las finanzas (*crowdfunding* o financiación colectiva, ), con el turismo (experiencias gastronómicas en casas particulares), o, en fin, con el arte (mercadillos de intercambio y regalo de ropa y objetos para niños, reparación y

ausencia de una finalidad lucrativa o de obtención de una recompensa o beneficio económico excluye todas estas actividades tanto del ámbito del trabajo asalariado como del trabajo autónomo e incluso de la misma actividad empresarial<sup>19</sup>.

Junto a este consumo colaborativo, también se apoyan en plataformas informáticas otras actividades en las que, de una parte, el vendedor de bienes o el prestador de servicios persigue una evidente finalidad económica (obtener una retribución por el servicio o un pago por los bienes que proporciona), si bien la plataforma no tiene otra función, que en sí misma es una actividad de negocio, que la de poner en contacto a proveedores y consumidores o clientes, percibiendo una comisión o precio por el servicio que presta. En estos casos tampoco se plantean problemas de calificación desde la perspectiva que se está analizando aquí ya que el servicio se realiza por proveedor al cliente de forma directa y la plataforma se limita a ponerlos en contacto funcionando solamente como intermediaria aunque para ello pueda establecer, como es lógico, determinadas exigencias a los ofertantes de los servicios como una manera de garantizar la imagen de fiabilidad y la confianza en la propia plataforma (lo que constituye la base de su negocio), y cobrar un precio por la prestación de esa tarea de puesta en relación entre prestadores y usuarios.

Como en el caso anterior, esta intermediación puede funcionar respecto de una amplia diversidad de bienes y servicios como en lo que se refiere al alojamiento (*airbnb*, alquiler de viviendas o de parte de ellas), el transporte (*bluemore*, plataformas para el alquiler de coches; *getaround* o *relay rides*, para el alquiler de coches entre particulares, *blablacar*, para compartir gastos de viaje), el vestido (*therup*, para la compraventa de ropa de segunda mano), la financiación (*lendingclub*, *crowlending*, *kickstarter*, *verkami*), préstamos entre

reciclaje de objetos). En todas estas manifestaciones lo característico es que no existe una finalidad lucrativa más allá del ahorro de costes o del hecho de compartir gastos, del intercambio no monetizado o de la puesta en común de bienes, objetos o habilidades sin pretensión alguna de beneficio económico directo.

<sup>19</sup> Solo si, bajo la apariencia de un consumo colaborativo, quienes individualmente participan buscan un beneficio económico (por ejemplo, en el caso de compartir gastos de transporte, si el titular del vehículo desplaza el total del coste del mismo hacia quienes en teoría lo comparten con él, obteniendo un beneficio económico y no sólo un ahorro de gastos) es cuando el servicio de transporte invade otras esferas de la actividad económica debiendo, normalmente, calificarse como autónoma ya que el conductor ha establecido una pequeña organización productiva en la que el trabajo personal y la puesta a disposición del vehículo como medio de trabajo son las herramientas centrales. Y, en consecuencia, sin que se planteen dudas acerca de la calificación jurídica de los servicios, con independencia de los problemas que puedan suscitarse respecto de su tratamiento administrativo (la cuestión de las licencias de transporte) o fiscal (la tributación de los ingresos así obtenidos como trabajador autónomo); o del impacto que a estos efectos, o incluso de la aplicación de la LETA, tenga la marginalidad o excepcionalidad de esos servicios respecto de un desempeño permanente y continuado, propiamente profesionalizado de ellos.

particulares (*crowdfunding for crowdbenefit*), las actividades bancarias (*kantox*, para el préstamo de divisas entre empresas), viajes (*hipmunk*), la reparación de aparatos electrónicos, la limpieza y las tareas del hogar u otras semejantes (*getyourhero*, *zarli*), la educación (*sharing academy*), o el cuidado de perros en el domicilio a cambio de una compensación económica por horas (*dogvacay*) entre otras muchas<sup>20</sup>.

Cuando la plataforma actúa meramente como intermediaria (por decirlo de forma coloquial, como una página amarilla aunque especializada, más eficiente, mejor organizada y con un grado de intervención en el proceso algo más relevante que la mera información comercial) tampoco se plantean problemas de calificación de los trabajos realizados por los prestadores de servicios a los clientes o usuarios ya que, desde la perspectiva de éstos, se trata de trabajo puntuales o aislados que se retribuyen por un determinado precio, y, desde la perspectiva del proveedor del servicio, es una actividad que, sea marginal o aislada o sea profesionalizada y permanente, puede calificarse, si es retribuida, como equivalente a la del trabajador autónomo. Así es como el proveedor se presenta en el mercado de bienes y servicios con el que se relaciona directamente si bien utilizando el apoyo, en términos de gestión de la oferta, que le proporciona la plataforma, siendo absolutamente independiente en cuanto a la organización del servicio, sus condiciones y el precio que requieren a los consumidores, controlando su propia actividad y el tiempo de disposición, asumiendo la inversión y los costes necesarios para desarrollarla y pudiendo aceptar o rechazar libremente la solicitud del cliente. El que la plataforma, como se ha dicho antes, exija ciertas condiciones mínimas para incluir al proveedor en su oferta como garantía de su solvencia, aptitud y adecuación, y el que el pago del servicio se haga a través de la propia plataforma que luego, reteniendo una parte de dicho precio como compensación por el servicio prestado, lo abona al proveedor, no son elementos lo suficientemente significativos como para excluir la naturaleza autónoma de la actividad.

Otras dimensiones, como se ha señalado para el consumo colaborativo en sentido estricto, como la legal, administrativa, fiscal o económica de tales plataformas son irrelevantes en relación con la calificación como laboral o no de esas actividades. Lo que hace singular a este tipo de organización de la prestación de servicios es la enorme potencialidad de las plataformas informáticas para conectar a un número ilimitado de posibles proveedores que dirigen su oferta de servicios a un número igualmente indeterminado de posibles clientes (de aquí la utilización habitual del término *crowd*: multitud) y el hecho de que los servicios contratados son para actividades muy específicas y concretas. Por eso también el uso de la expresión *gigeconomy* o economía de los pequeños encargos o de las

<sup>20</sup> GINÉS i FABRELLAS y GÁLVEZ DURÁN. cit. p.5

pequeñas cosas, esto es la molecularización de que se hablaba páginas antes, que implica una relación contractual puntual, de corta duración, para la obtención de un servicio muy concreto que se retribuye con una cantidad a tanto alzado previamente pactada por las partes. Lo que es el escenario clásico del trabajo autónomo<sup>21</sup>.

La cuestión, no obstante, se complica, en lo que aquí interesa, cuando la empresa tecnológica titular de la plataforma informática, más allá de realizar una función de mera intermediaria, adquiere un protagonismo especial transformando una relación que es bilateral entre proveedor del servicio y cliente en otra de carácter triangular o, mejor, igualmente bilateral pero entablada entre la propia plataforma y el cliente. De modo que la plataforma desplaza al proveedor, que se relaciona, y ya no solo se conecta, con el cliente justamente a través de la plataforma cuyas facultades de determinación de la prestación en sí y de las condiciones en las que se realiza el trabajo se amplían extraordinariamente. No hay mejor plasmación del criterio de la ajenidad en el mercado del que se ha hablado anteriormente que esta ampliación de las facultades de la empresa que gestiona la plataforma ya que muchas de ellas, que se añaden a la de mera intermediación, dan cuerpo a la presencia de la plataforma que, finalmente, se interpone entre el cliente y el trabajador, asumiendo funciones que desplazan al proveedor del servicio hacia un lugar secundario, inserto en la estructura productiva que la plataforma ha diseñado en sus elementos esenciales, y que ella misma ofrece de forma directa al cliente, con características que poco espacio dejan a la autonomía del prestador del servicio. Justamente lo que se plantea con algunas plataformas informáticas que simbolizan este tercer tipo de la, mal llamada, economía colaborativa como son, entre otras, *uber.com*, *care.com*, *postmate.com*, *deliveroo.es*,

<sup>21</sup> Sólo si la plataforma actuara, sin mayor grado de implicación como tal, como proveedora de trabajadores que presten servicios permanentes o estables para un cliente concreto podría suscitarse, pero es otro tipo de problema diferente de los que se analizan aquí, si en realidad está actuando como una agencia de empleo o, incluso, como una empresa de trabajo temporal encubierta ya que, al estabilizarse la prestación del servicio a un mismo cliente, en realidad hasta la propia calificación del trabajo como autónomo podría ponerse en discusión. Aunque, como se sabe, es posible la prestación de un trabajo de forma permanente para un mismo cliente sin que se entienda necesariamente que se trata de una relación laboral como lo ponen de manifiesto, no solo la figura del TRADE, sino las llamadas igualas que son la retribución estable y periodificada del trabajo independiente de profesionales tales como abogados o médicos, sin que por ello pierdan necesariamente la condición de trabajadores autónomos que les viene dada por otras circunstancias de la prestación del trabajo. Ejemplos similares pueden encontrarse en sector del transporte cuando un cliente habitual del servicio de taxis pacta con un taxista concreto ciertos servicios permanentes y periódicos (transporte diario a la oficina o con una cadencia semanal al aeropuerto o a la estación de ferrocarril) a cambio de un precio fijo, diferente al que cobraría si se tratara de transportes aislados. Una fijación especial del coste del servicio que corresponde decidir al propio taxista en virtud de su condición de autónomo, si es que es el caso.

*lift.com, taskrabbit.com, myfixspert.com, o amazon mechanical turk*, respecto del transporte, los servicios domésticos, los cuidados personales, la reparación de aparatos eléctricos, el reparto y entrega de objetos o comidas a domicilio o las llamadas microtarefas<sup>22</sup>.

### **3.2. Las nuevas y viejas formas de manifestarse la ajenidad y la dependencia en relación con el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas**

Si algo ha quedado claro del análisis de los criterios delimitadores entre el trabajo asalariado y el trabajo autónomo, y que es a la vez su mayor valor y su talón de Aquiles, es su versatilidad y adaptabilidad constante a las nuevas formas de prestación de servicios. De forma que son capaces de mantener su utilidad práctica pese al radical cambio de los modos productivos siempre que se reformulen y se identifiquen sus manifestaciones teniendo en cuenta el nuevo escenario empresarial. Por esta razón y antes de sucumbir a la tentación, que tiene mucho de esnobismo, de declarar la ineficiencia de los criterios tradicionales y propugnar la refundación del Derecho del Trabajo sobre unas nuevas bases que los excluyan o marginen, parece adecuado intentar al menos su reconstrucción. Para lo que el tipo de trabajos que aquí se consideran puede ser un banco de pruebas muy pertinente.

En esta revisión de los criterios se parte de la idea que se ha expresado ya repetidas veces en este trabajo cual es la reconducción de la dependencia al ámbito de la ajenidad, como expresión de la ajenidad en el control y dirección de la organización productiva en la que el trabajo se inserta. De forma que, junto a ella, se recurrirá al elenco de las manifestaciones tradicionales de la ajenidad cuales son, como se ha indicado: en el mercado, en los beneficios y en los riesgos, utilizando al respecto los documentos y trabajos, bastante numerosos, que se han ocupado del tema<sup>23</sup>. Con la sola finalidad de evidenciar que la ajenidad (y la

<sup>22</sup> Tales como categorizar productos o artículos, búsquedas en web, procesamiento de datos, selección de fotos e imágenes, etiquetados, traducciones, descripciones de productos, consultorías breves, marketing, encuestas, ventas, localización, información, atención a clientes, etc., PÁRAMO MONTERO, cit. p. 185.

<sup>23</sup> . Una cita no exhaustiva comprendería los siguientes: PÁRAMO MONTERO, cit. pp. 193-195; GINÉS i FABRELLES y DURÁN GÁLVEZ, cit. pp. 11-28; MERCADER UGUINA, cit. pp. 86-110; AUVERGNON, P. “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, DAGNINO, E, “Labour and law in the time of the on-demand economy”, y GINÉS Y FABRELLES, “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo: el caso de amazon mechanical turk”, trabajos todos ellos en la *Revista de Derecho Social y Empresa*, 6/2016, pp. 25-41, 43-65 y 66-85, respectivamente; ÁLVAREZ CUESTA, cit. pp. 65-76; TODOLI SIGNES, A. “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IusLabor* 3/2015pp. 8-15del mismo autor, “El trabajador en la UBER economy: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario, *Trabajo y Derecho*, 25/2017, págs. 43-60; HERNÁNDEZ BEJARANO, M. “El

dependencia si todavía se considera como criterio independiente) siguen siendo útiles para establecer las fronteras entre trabajo asalariado y trabajo autónomo. Porque hay que recordar que se trata de una adscripción, con toda su carga de fundamento y fines que son los propios del Derecho del Trabajo, que no puede quedar sujeta a las ventajas e inconvenientes que la misma represente para la empresa como sucedería si el abandono del uso de tales criterios, ignorando sus posibilidades de adaptación, estuviera determinado por el coste o el rendimiento económico de la actividad. Aunque esto sea algo que, con la más reciente jurisprudencia del Tribunal Constitucional, tienda a convertirse en un valor supremo, se diría casi (y sin casi) superior a los de justicia material, igualdad y protección del trabajo. Pero estos son discursos más profundos que puede que no sea pertinente hacer aquí.

### 3.2.1. *Las manifestaciones de la ajenidad en el mercado*

Lo primero que hay que considerar es de qué forma se articula la tradicional relación triangular entre el trabajador, la empresa y el cliente, usuario o comprador de los servicios. En una economía de mercado que acepta como legítimo el objetivo del lucro empresarial, este beneficio se obtiene merced a la diferencia entre el coste de la producción y el rendimiento final de la actividad empresarial derivado de la venta en ese mercado de los productos o servicios que la empresa oferente fabrica o crea. Sin duda que en ese margen de beneficio influyen muchos factores como la iniciativa empresarial, la creatividad, la habilidad en detectar necesidades no satisfechas, la capacidad para suscitar la demanda y mantenerla, la disposición de medios financieros o de inversión, la predisposición permanente a la innovación y al cambio, el tipo de proceso productivo que se aplique y su adecuación constante a los cambios de la demanda, la flexibilidad y la adaptación

apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones propuestas para afrontar una regulación laboral y de Seguridad Social”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 192/2016, pp. 170 y ss; TRILLO PÁRRAGA, F. “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *Revista de Derecho Social*, 76/2016, pp. 59-82. CAVAS MARTÍNEZ, f. “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas”, *CEF. Trabajo y Seguridad Social*, 406/2017, pp. 23 y ss. También los documentos: Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, cit; la Agenda Europea para la economía colaborativa (COM 2016, 356 final); el Informe de la Inspección de Trabajo de Barcelona, de 9 de marzo de 2015, reproducido y comentado en el trabajo de HERNÁNDEZ BEJARANO; y los documentos tanto judiciales como administrativos de los tribunales y la administración norteamericana, en GUTIÉRREZ ARRANZ, R. “Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en Estados Unidos”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 187/2016, pp. 161-188, respecto de los asuntos *Barbara Ann Berwick v. Uber Technologies*, case no. INC 11-46739 EK (2015) y *O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*, No C-13-3826 EMC (2015), incluyendo referencias a las directrices establecidas por el Departamento de Trabajo estadounidense en relación con el asunto UBER; igualmente la Sentencia del London Employment Tribunal de 28 de octubre de 2016, *Aslam, Farrar and Others v. Uber case 2202551/2015*).

y la calidad final del producto, entre otros. Pero también, y sobre todo, el uso productivo de la fuerza de trabajo. De manera que, para apropiarse de la rentabilidad del trabajo, la empresa lo adquiere a un determinado coste en virtud del cual lo que el trabajo produzca será desde el principio propiedad de la empresa y ésta lo ofrecerá al mercado como algo propio a lo que podrá fijar el precio que estime más adecuado teniendo en cuenta las circunstancias de dicho mercado.

Se entabla en consecuencia una peculiar relación, que más que triangular es de doble bilateralidad, ubicándose siempre en uno de los polos de ambas relaciones la empresa que se vincula contractualmente, aunque con herramientas jurídicas de diversa naturaleza, con los otros dos protagonistas. De esta forma, se descarta una relación directa entre trabajador y comprador o cliente los cuales, al margen de una conexión fáctica, solo se relacionan jurídicamente a través de la empresa. Es ésta la que vende al consumidor el producto que incorpora el trabajo del trabajador y es ésta también la que hace posible esa incorporación mediante el contrato de trabajo. Aquí reside justamente la diferencia entre el segundo y el tercer tipo de economía colaborativa que se han descrito antes, es decir entre un supuesto de relación triangular auténtica en la que la empresa tecnológica es meramente intermediaria ya que en serlo consiste su negocio (para el que necesitará sin duda trabajadores propios), lo que no impide que exista, y es lo que la plataforma propicia, una relación contractual directa entre prestador del servicio y cliente. De modo que el trabajador se emancipa de la tutela y del control empresarial, evita su desplazamiento hacia una posición subalterna integrada en la propia de la empresa y se relaciona directamente con el mercado de bienes y servicios. Y cuando esto sucede no puede hablarse de trabajador asalariado, subordinado o dependiente sino de trabajador autónomo o por cuenta propia. Por el contrario, cuando esa emancipación no tiene lugar, es la empresa, como se ha dicho, la que oferta el bien o el servicio al mercado ya que el trabajador permanece ajeno al mismo.

Esta dimensión de la ajenidad tiene muchas manifestaciones y pueden identificarse en el hecho de que es la propia plataforma, más que los singulares prestadores de los servicios, la que se oferta en el mercado como si se tratara, y ésta es además la imagen que perciben los consumidores, un servicio propio que realiza mediante los trabajadores a los que encarga la tarea concreta; que igualmente aparecerán ante los usuarios como vinculados, dependientes o controlados por ella. Y no es sólo que la plataforma sea la que centraliza las solicitudes de servicio (algo que también hacen las plataformas que son meramente intermediarias), sino que, como consecuencia de ello, es también la que adopta las decisiones estratégicas y comerciales que configuran esa imagen y la manera cómo y en qué condiciones actúa, imponiéndolas a los trabajadores. En consecuencia, es la empresa tecnológica la que establece qué tipo de servicio va a ofrecer al

consumidor y en qué condiciones, la que establece y controla la publicidad del mismo, la que selecciona a los clientes y gestiona las peticiones, la que determina el coste o precio (incluso variándolo, sin consentimiento del trabajador, según la evolución de la demanda) y gestiona el pago, la que asume las garantías y responsabilidades por el servicio, la que suscribe pólizas de aseguramiento para cubrir las responsabilidades, la que establece algún tipo de servicio de apoyo a los proveedores, o la que atiende las quejas de los usuarios.

Puesto que es la empresa la que oferta el servicio también es importante determinar qué parte del mismo desempeña la prestación personal del proveedor y cuál el soporte tecnológico que la plataforma utiliza ya que, si lo fundamental es esto segundo, podría alegarse la marginalidad del trabajo y, en consecuencia, que éste no es sino un complemento de menor entidad, de tipo asalariado, de la prestación informática. Pero no es siempre así ya que las proporciones de uno y otra pueden ser inversas. Es el caso de las prestaciones profesionales a través de las plataformas informáticas donde lo esencial sea precisamente el trabajo o servicio realizado por los proveedores, mientras que la plataforma es una herramienta, indispensable ciertamente, pero herramienta al cabo para la satisfacción de la demanda como puede serlo la tradicional maquinaria industrial. Y, si es así, lo que sucede es que lo que la plataforma ofrece es la prestación de un trabajo autónomo.

### *3.2.2. Las manifestaciones de la ajenidad en el control de la organización productiva*

Como es lógico, la ajenidad en el control de la organización productiva está estrechamente vinculada a la ajenidad en el mercado ya que, si es la empresa tecnológica titular de la plataforma la que monopoliza la relación con los consumidores o clientes, es evidente que ese monopolio tiene que fundarse en la titularidad de la gestión de la organización productiva y en un control significativo de la misma que permite esa oferta al mercado del concreto servicio de que se trate.

La primera manifestación de ese control es la que se refleja en el propio sistema de trabajo, asignando los servicios<sup>24</sup>, imponiendo reglas de obligado seguimiento respecto de itinerarios, tiempo medio, tipo de vehículo y su mantenimiento (si se trata del sector del transporte), o de alcance de los cuidados o la naturaleza de actividades así como su duración (si se trata de sectores como los de atención personal o de reparaciones) o el formato y características de los trabajos (si

<sup>24</sup> A estos efectos, el que la asignación del servicio se produzca mediante el algoritmo que gobierna el funcionamiento de la plataforma no convierte esta asignación en una especie de decisión sin dueño ya que la misma es sin duda imputable a la empresa tecnológica que, por razones de eficacia, rapidez, adecuación y rentabilidad, ha optado por organizarse productivamente de esta manera, siendo en consecuencia una típica decisión empresarial (cfr. al respecto, MERCADER, cit. p. 91).

son tareas relacionadas con el tratamiento informático de la información), o las herramientas que deben utilizarse (determinados móviles, programas informáticos concretos, sistemas de localización y de control incluidos en los dispositivos). Esto es, incluso la forma y el tiempo de prestación del servicio se diseña por la empresa, expropiando a los trabajadores de toda capacidad de influencia y sin que pueda considerarse tal el que puedan emitir opiniones acerca de su actividad. Algo que, por muy sofisticadamente que quiera articularse a través de encuestas y otros sistema de base informática, no deja de ser el tradicional buzón de sugerencias anónimas de tan amplia, y frecuentemente inútil, existencia en muchas empresas.

Ni siquiera la singularización de las opiniones pondría de manifiesto esa participación, aunque sea del grado ínfimo ya que, en la medida en que la identificación del opinante pueda reportarle consecuencias negativas en su relación con la empresa, el condicionamiento es tan intenso que puede afirmarse que la individualización del emisor de la opinión es igual a pérdida de la libertad de emitirla. Una falta de libertad que es trasunto de la debilidad negociadora de los proveedores frente a la plataforma (lo que es el auténtico fundamento de la ajenidad) que es la llave y el filtro de su acceso a la prestación lucrativa del servicio. En consecuencia, el papel del trabajador en esa organización del trabajo es subalterno, constituyendo una pieza más del engranaje productivo, correspondiendo a la empresa decidir su ubicación en el mismo. De modo que el trabajador se inserta en una organización productiva que ni es suya, ni la controla, ni tiene la capacidad de determinarla: en esto justamente consiste la ajenidad en la dimensión organizativa del trabajo hacia donde se reconduce la vieja dependencia.

Otras manifestaciones de este concreto tipo de ajenidad se remiten a dimensiones concretas de la organización del trabajo cuales son, por ejemplo, la relativa a la selección del personal, absolutamente característica del control empresarial que se extiende, como no podía ser de otra forma, al personal que recluta y que vehicula su imagen ante el consumidor. De nuevo aquí hay grados: desde plataformas meramente intermediarias que se limitan a dar difusión a la oferta de servicios sin garantizar ningún aspecto del mismo, a otras que, con esa misma función intermediaria, imponen ciertos estándares mínimos que repercuten directamente en la fiabilidad (y, en consecuencia, en el uso más frecuente) de la propia plataforma, basada, como tantas actividades empresariales actuales de relación con consumidores o usuarios, en la calidad del servicio y en el que responda adecuadamente a las expectativas que la plataforma suscita. En ninguno de estos dos casos puede decirse que exista ajenidad en el control de la organización, pero sí cuando el dominio sobre la oferta final llega a extremos tan específicos como son los de una intervención directa y decisiva en la selección de los trabajadores, supuestamente autónomos, que se convierten en candidatos a prestadores del servicio, avalados por tanto por la plataforma.

En consecuencia, cuando los trabajadores han de solicitar a la empresa ser incluidos en el rol de los posibles proveedores (y aparecer, por tanto, como tales en la página de la empresa); cuando la empresa debe autorizar esa inclusión incluso generando una licencia específica o forma de identificación ante el cliente, con datos concretos relacionados con el servicio; cuando impone un examen o test de conocimientos o aptitudes; cuando culmina la selección a través de entrevistas, conservando finalmente la libertad de decidir o no esa inclusión; o cuando, en fin, es la empresa la que asume la tarea de formar a los trabajadores que acepta incorporar a su nómina, es claro que hay una organización del trabajo ajena a la que precisamente se accede por la vía de la aceptación o consentimiento de su titular que no es otro que la empresa tecnológica.

También hay ajenidad en el control de la organización productiva si, junto a estos procedimientos unilaterales de inclusión, existen otros igualmente unilaterales de exclusión del servicio. Si se vinculan a supuestos incumplimientos contractuales, es preciso ver de qué tipo de reglas se trata y si, más allá de las exigidas por las normas vigentes y los estándares mínimos de la plataforma, son reglas impuestas por la empresa afectando a cuestiones que, en principio, deberían corresponder a la autonomía de los proveedores como lo relativo al modo de trabajar y a las herramientas de prestación del trabajo, invadiendo por tanto la empresa un espacio que sólo podría ocupar si tuviera, como sucede, el control de la organización productiva. Se trata, por ejemplo, de las exigencias de un rendimiento mínimo en línea como se exige a los trabajadores en el marco del contrato de trabajo.

Por otra parte, es frecuente que la exclusión la realice la empresa en razón de los resultados de la evaluación del servicio por parte de los consumidores, lo que no es sino una forma de control de calidad que es lógico que realice la empresa ofertante. El que la evaluación de los consumidores juegue un papel tan decisivo no es también sino una manifestación de una regla, impuesta por la empresa, donde se da prioridad a un valor comercial, el de la imagen de la marca frente a la realización correcta del servicio, que más que reforzar la autonomía del trabajador, lo que hace es subordinarlo aún más, condicionando sus expectativas de trabajo a los intereses económicos a los que esas evaluaciones, debido a su publicidad, pueden afectar. En realidad, el basarse en la evaluación externa del servicio sirve para dar una pátina de objetividad a la decisión excluyente de la empresa, aparentando que esta decisión no es propia sino inducida por la opinión de los clientes los cuales da la impresión de que son finalmente los que deciden no contar con el trabajador para futuros servicios. Un tipo de selección que el cliente siempre podría hacer, y de forma menos inducida, si se relacionara con auténticos autónomos y que la empresa impide recurriendo a lo que no puede considerarse sino como el ejercicio del poder disciplinario. Al margen de que, en un enfoque estric-

tamente laboral, difícilmente el despido podría basarse en juicios que no pueden por menos que calificarse como subjetivos, salvo si estuvieran confirmados por otros datos y pruebas.

Otra habitual causa de exclusión del trabajador de la plataforma es debida al ejercicio por su parte de una libertad que teóricamente le correspondería si se tratara de un autónomo en sentido propio pero de la que prácticamente carece. Se trata de la exclusión basada en el rechazo de propuestas concretas de servicio cuya reiteración implica esa obligada desconexión impuesta por la empresa tecnológica. Al respecto no puede argüirse que la desconexión es lógica si el rechazo de los servicios es repetida o se produce una inactividad durante un largo periodo de tiempo en la medida en que la plataforma, aunque fuera solo intermediaria, basa su prestigio comercial en la disponibilidad para satisfacer la demanda de forma inmediata. Pero para esta satisfacción sirve precisamente el rasgo que caracteriza a estas plataformas y es el que asocian a una multitud de oferentes de servicios con otra multitud de solicitantes de los mismos por lo que la amplitud del número de los que estarían dispuestos a trabajar a la demanda hace que el rechazo por parte de algún trabajador de la propuesta de servicio o su inactividad durante un cierto periodo de tiempo sea irrelevante. Lo que no sucede cuando esos trabajadores pertenecen a una organización productiva cuya inserción en la misma exige su disponibilidad (por cierto, mucho más acentuada en cuanto a su amplitud temporal, ahora con el pretexto de la libre decisión autónoma del prestador del servicio, que en el caso del contrato de trabajo), o mejor, su sujeción a las órdenes de trabajo que es lo que en realidad son tales propuestas de servicio. Por no hablar de otras hipótesis de exclusión del trabajador de la plataforma frente a comportamientos concretos que se asemejan plenamente, por su rigidez y su invasión en los ámbitos de autonomía del trabajador, al tradicional régimen disciplinario de las empresas.

La ajenidad en el control y la sujeción a las decisiones del titular de la organización productiva también se evidencia en la intromisión que tiene lugar en la autonomía del trabajador en virtud de la existencia de reglas, instrucciones, códigos de comportamiento y normas de conducta respecto de distintos aspectos del trabajo como el atuendo, los modales, las pautas informativas, la obligación de confidencialidad o los servicios y atenciones complementarias, aunque esa imposición se disimule bajo el rótulo de sugerencias o recomendaciones aparentemente no obligatorias. No solo porque, donde existe desigualdad contractual, las recomendaciones juegan el papel indudable de órdenes implícitas, sino porque habitualmente la desatención a tales supuestas recomendaciones tiene de nuevo el efecto de la desconexión del trabajador de la plataforma que finalmente funciona en la práctica como un despido pero sin las limitaciones y cargas de éste.

### 3.2.3. *La ajenidad en los beneficios y en los riesgos*

En cuanto al pago de los servicios prestados es la plataforma la que lo percibe del cliente sin intervención del trabajador tanto en la fijación del precio como en la mecánica de pago (ejemplo, como se ha dicho, de ajenidad en el mercado) y la que, detrayendo un porcentaje (teóricamente destinado a retribuir el servicio informático), abona la compensación económica al trabajador. Pero el precio del servicio que se abona al proveedor viene impuesto por la empresa, con carácter fijo, sin que quepa en realidad margen alguno de negociación, una vez más debido a la evidente desigualdad contractual de las partes. No hay, pues, participación alguna del trabajador en los beneficios de la empresa más allá de su retribución que no está determinada por los rendimientos obtenidos sino en función del tiempo y la cantidad del trabajo utilizado; mucho menos cuando es también la empresa la que incluso establece distintas modalidades de retribución en relación con el tiempo empleado, con el horario o los días de que se trate, o incluso en los casos de no aceptación del servicio por parte del cliente. De cualquier modo, cuando, como sucede habitualmente, el pago que recibe el proveedor, supuestamente autónomo, es por horas o por servicios concretos, se está en presencia de un salario y, como tal, ante una forma de retribución en la que la participación en los beneficios es, de existir, solo marginal.

Pero es que el trabajador ni siquiera se beneficia de su hipotética condición de empresario, en la medida en que el sistema de trabajo aplicado ni pone en juego las habilidades de gestión empresarial del proveedor del servicio (algo que le reportaría un mayor margen de ganancias merced a su propia iniciativa) ya que la plataforma no le concede espacio alguno para ello, reclamándole en exclusiva el trabajo a realizar en las condiciones impuestas por la empresa. No hay ocasión ni oportunidad para obtener ese lucro especial del que se hablaba páginas atrás que sólo la empresa puede obtener merced a la combinación de la inversión productiva (la propia plataforma informática) y el trabajo comprado en condiciones de ajenidad.

El que el beneficio de la actividad pertenezca a la empresa que utiliza la plataforma informática es, por su parte, la consecuencia lógica del riesgo que asume emprendiendo el negocio y soportando la carga económica de la inversión productiva. Es justamente lo que sucede ya que, aun aceptando una cierta inversión por parte del trabajador, sin duda alguna que la mayor parte de ella, y desde luego la más significativa y relevante a los efectos de la rentabilidad del negocio, es la que realiza la empresa tecnológica ya que el coste de la creación, diseño y mantenimiento de la plataforma es mucho más alto que el que puedan afrontar los trabajadores aportando algunas herramientas de trabajo (vehículos, ordenadores) cuando así se les exige, que no es siempre. Un riesgo económico que existe y pesa

sobre la empresa aunque en el caso de las plataformas informáticas se esté en presencia de una operación evidente de desplazamiento del riesgo como sucede cuando las prestaciones laborales evolucionan hacia los territorios de la autonomía. Así es frecuente que las empresas impongan a los trabajadores determinados costes como los de autorizaciones, permisos y licencias, de adquisición de las herramientas de trabajo, de reparación y mantenimiento de las mismas, el pago de impuestos y costes sociales, el autoaseguramiento frente a los accidentes de trabajo o el aseguramiento frente a las responsabilidades por daños a terceros. Un seguro que, por cierto y redondeando el negocio, la propia empresa ofrece, como sucede en el caso de Uber a los teóricos trabajadores autónomos.

Pero la asunción de esta real, aunque comparativamente irrelevante, cuota de inversión y riesgo no puede servir para excluir a estos trabajadores de la calificación de laboral cuando existen otros muchos indicios de lo contrario. Si se actuara así se estaría convirtiendo una imposición, en virtud de la evidente desigualdad contractual, de condiciones desventajosas para una de las partes del contrato en la propia justificación para excluir al trabajador de una protección más sólida como puede ser la laboral. Sería como si el hecho de soportar peores condiciones que las de un trabajador asalariado en cuanto al riesgo de la actividad, pero sin la contrapartida de la participación en los beneficios, fuera lo que impidiera precisamente esa asimilación: algo que, cuando menos, resulta sarcástico.

#### 4. CONCLUSIONES

Como ha podido apreciarse, la opinión que se sustenta en este trabajo consiste esencialmente en afirmar la capacidad, y la conveniencia, de los indicios tradicionales de la ajenidad y de la dependencia para seguir diferenciando entre el trabajo por cuenta propia o ajena, naturalmente mediante la revisión y reformulación de su contenido y de sus manifestaciones y síntomas, adaptándolos a las nuevas realidades productivas. Lo que lleva a entender que normalmente el trabajo prestado a través de las plataformas informáticas puede calificarse sin problemas como laboral en cuanto se den los indicadores que se han descrito y de la forma en que se han precisado. Rechazando en consecuencia otras alternativas que propugnan una renuncia a la laboralidad de estas situaciones aplicando a las mismas reglas híbridas de condiciones mínimas de trabajo, una especie de tercer género entre lo laboral y lo autónomo, que siempre implicarían una degradación si comparadas con las equivalentes laborales.

Esta conclusión no ignora, sin embargo, una circunstancia que este tipo de plataformas han generalizado y que se confronta no sólo con el trabajo asalariado sino, incluso más, con el trabajo autónomo. Que no es otra que la inestabilidad,

el carácter ocasional y saltuario, irregular, discontinuo, de escasa entidad tanto económica como productiva, de muchas de las tareas que se realizan mediante este tipo de herramientas informáticas. Lo que habitualmente se llaman microtarefas o empleos de poca entidad económica y temporal realizado por personas cuya dedicación al trabajo es sólo parcial o discontinua en la medida en que su desarrollo se concibe como una actividad ocasional, marginal, o de complemento de ingresos. Un rasgo que llevaría, curiosamente, a excluir su condición de autónomos ya que basta con recordar la exigencia de habitualidad, entendida como profesionalidad, que se exige al trabajo autónomo y que está medida, sea por tiempo sea por ingresos mínimos, tomando como referencia precisamente el salario mínimo interprofesional.

Es verdad que el Derecho del Trabajo acoge sin problemas a este tipo de prestaciones profesionales en la medida en que dispone de mecanismos contractuales muy flexibles. Como la carencia de una duración mínima de los contratos temporales que pueden, por hipótesis y en la realidad, abarcar sólo unos días o, incluso unas horas, ya que su duración está determinada por la obra o servicio o por el incremento de las tareas o las circunstancias del mercado en los contratos eventuales. O también como expresión de flexibilidad, las modalidades de contratación a tiempo parcial o de fijos discontinuos. En consecuencia, en el ámbito laboral esas singularidades del trabajo prestado a través de las plataformas informáticas podrían tener acogida y tratamiento. Lo que, como se ha dicho, no sucede con el trabajo autónomo de muy escasa entidad y duración.

Quizás es este el momento de abrirse a la consideración de una relación laboral de carácter especial que acogiera, antes que excluirlos absolutamente (lo que es sin duda otra opción), a este tipo de trabajos marginales concediéndoles una protección mínima; algo que habría de extenderse también a los autónomos marginales para los que previsiones como las de los TRADE no sirven, ya que se basan igualmente en la profesionalización y la habitualidad del trabajo. Pero no puede dejar de advertirse que esta regulación especial, seguramente menos tuteladora que la laboral o incluso que la del TRADE, no puede quedar abierta a actividades productivas sin mínimo grado de profesionalidad. De no ser así sería una nueva hipótesis de falsedad y simulación, tan habituales lamentablemente en el Derecho del Trabajo, en este caso, la de los “falsos trabajos autónomos marginales”. Pero, como suele decirse, esta ya es otra historia.