

CLAVES PRÁCTICAS
Laborales Sagardoy
FRANCIS LEFEBVRE

**Nuevas Tecnologías y
Relaciones Laborales**

Fecha de edición: 29 de julio de 2020

Esta monografía de la Colección
CLAVES PRÁCTICAS Laborales Sagardoy
es una obra editada por Francis Lefebvre
bajo la coordinación de **MARTÍN GODINO REYES**

Autor:
ÍÑIGO SAGARDOY DE SIMÓN
*Catedrático Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social Universidad Francisco de
Vitoria. Presidente de Sagardoy Abogados*

© Francis Lefebvre
Lefebvre-El Derecho, S. A.
Monasterios de Suso y Yuso, 34. 28049 Madrid. Teléfono: 91 210 80 00.
Fax: 91 210 80 01
www.efl.es
Precio: 30,16 € (IVA incluido)
ISBN: 978-84-18190-83-4
Depósito legal: M-20763-2020
Impreso en España por Printing'94
C/ Orense, 4 (2ª planta) – 28020 Madrid

Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Dirijase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra.

Plan general

	nº marginal
Capítulo 1. Cambio tecnológico y nuevas formas de trabajo: «Gig economy» y robotización	10
1. Nuevas formas de trabajo: las plataformas <i>gig</i>	20
2. Carácter laboral de las nuevas formas de trabajo.....	30
3. Las empresas de la <i>gig economy</i> como empleadoras: caracterización y tipologías.....	40
4. Negociación colectiva.....	100
5. El trabajador de las plataformas digitales.....	110
6. Propuestas regulatorias para el trabajador de las plataformas digitales: relación laboral especial, socios-trabajadores, TRADE.....	120
7. Posicionamiento de los tribunales ante el trabajo en plataformas digitales.....	140
8. Robotización.....	180
9. Ideas Clave.....	200
10. Bibliografía.....	230
Capítulo 2. Teletrabajo. Problemas prácticos	1000
1. Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET).....	1010
2. Definición de teletrabajo.....	1025
3. Regulación del teletrabajo en España.....	1040
4. Características del teletrabajo: voluntario y reversible.....	1050
5. Derechos básicos de los teletrabajadores.....	1060
6. Ideas Claves.....	1225
7. Bibliografía.....	1240
Capítulo 3. Videovigilancia empresarial y geolocalización (afectación de los derechos de los trabajadores)	2000
1. Videovigilancia en el ámbito laboral.....	2010
2. Geolocalización.....	2240
3. Ideas Clave.....	2330
4. Bibliografía.....	2350

	nº marginal
Capítulo 4. Vigilancia informática: El control del correo electrónico, Internet y del ordenador de los trabajadores	3000
1. Correo electrónico, Internet y ordenador como herramientas corporativas	3010
2. ¿Qué derechos de las personas trabajadoras pueden verse afectados?	3020
3. Correo electrónico corporativo	3115
4. Uso de Internet	3180
5. Ordenador corporativo	3205
6. Uso de los propios dispositivos (Bring Your Own Device, BYOD)	3245
7. Ideas Claves	3255
8. Bibliografía	3265
Capítulo 5. Derecho a la protección de datos en las relaciones laborales	4000
1. Derecho fundamental a la protección de datos	4010
2. Principios de legitimación del tratamiento	4060
3. Bases de legitimación del tratamiento	4140
4. Casos específicos en el ámbito laboral	4235
5. Obligaciones específicas del responsable del tratamiento en materia de protección de datos	4305
6. Derechos en protección de datos del trabajador	4385
7. Agencia Española de Protección de Datos	4485
8. Ideas Clave	4515
9. Bibliografía	4525
Capítulo 6. Repercusión de las redes sociales en el ámbito de las relaciones laborales: aspectos individuales, colectivos y procesales	5000
1. Nuevas tecnologías y redes sociales: concepto y tipología	5010
2. Utilización de las redes sociales en el terreno de las relaciones laborales	5025
3. Tratamiento de las redes sociales desde la perspectiva laboral	5040
4. Despido disciplinario	5115
5. Redes sociales desde la perspectiva de la acción colectiva	5145
6. Redes sociales como medio de prueba en el proceso social	5170
7. Ideas Clave	5240
8. Bibliografía	5270

	nº marginal
Capítulo 7. Innovaciones tecnológicas y flexibilidad en el contrato de trabajo	6000
1. Flexibilidad laboral	6010
2. Flexibilidad interna	6020
3. Ideas Clave	6170
4. Bibliografía	6200
Capítulo 8. Proyección de las nuevas tecnologías sobre las relaciones colectivas	7000
1. Cambio tecnológico y la necesidad de repensar la acción colectiva	7010
2. Nuevas tecnologías y relaciones colectivas	7020
3. Locales y tableros	7030
4. Derechos de los representantes sindicales y nuevas tecnologías	7040
5. Ideas Clave	7100
6. Bibliografía	7110
	Página
Tabla Alfabética	127

Abreviaturas

AEPD	Agencia Española de Protección de Datos
AMET	Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo
AN	Audiencia Nacional
art.	artículo/s
CA	Comunidad Autónoma
CC	Código Civil (RD 24-7-1889)
CCAA	Comunidades Autónomas
CCol	Convenio Colectivo
CDFUE	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CEPD	Comité Europeo de Protección de Datos
Const	Constitución Española
DGTr	Dirección General de Trabajo
DTSS	Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
disp.adic.	disposición adicional
disp.final	disposición final
disp.trans.	disposición transitoria
EDJ	El Derecho Jurisprudencia
EIPD	Evaluación de Impacto relativa a la Protección de Datos
ERTE	Expediente de Regulación Temporal de Empleo
ET	Estatuto de los Trabajadores (RDLeg 2/2015)
ETT	Empresa de Trabajo Temporal
ETOP	Económicas, técnicas, organizativas o de producción
FJ	Fundamento jurídico
FOGASA	Fondo de Garantía Salarial
GT29	Grupo de Trabajo del artículo 29
INICIBE	Instituto Nacional de Ciberseguridad
ITSS	Inspección de Trabajo y Seguridad Social
L	Ley
LGSS	Ley General de la Seguridad Social (RDLeg 8/2015)
LIRPF	Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas (L 35/2006)
LISOS	Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social (RDLeg 5/2000)
LO	Ley Orgánica
LOLS	Ley Orgánica de Libertad Sindical (LO 11/1985)
LPAC	Ley del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (L 39/2015)
LRJS	Ley reguladora de la Jurisdicción Social (L 36/2011)
LPRL	Ley de Prevención de Riesgos Laborales (L 31/1995)
LOPD	Ley Orgánica de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LO 3/2018)
NIE	Número de Identificación de Extranjero
NIF	Número de Identificación Fiscal
NTICs	Nuevas Tecnologías de la Información y de la Comunicación
OM	Orden Ministerial

OSI	Oficina de Seguridad del Internauta
p.e.	por ejemplo
Proc	procedimiento
RD	Real Decreto
RDL	Real Decreto Ley
RDLeg	Real Decreto Legislativo
Rec	Recurso
Resol	Resolución
RGPD	Rgto (UE) 2016/679 Reglamento general de protección de datos
SEPE	Servicio Público de Empleo Estatal (antes INEM)
TCo	Tribunal Constitucional
TCT	Tribunal Central de Trabajo
TGSS	Tesorería General de la Seguridad Social
TIC	Tecnologías de la Información y las Comunicaciones
TRADE	Trabajador autónomo económicamente dependiente
TS	Tribunal Supremo
TSJ	Tribunal Superior de Justicia

Capítulo 1. Cambio tecnológico y nuevas formas de trabajo: «Gig economy» y robotización

1.	Nuevas formas de trabajo: las plataformas <i>gig</i>	20	10
2.	Carácter laboral de las nuevas formas de trabajo.....	30	
3.	Las empresas de la <i>gig economy</i> como empleadoras: caracterización y tipologías.....	40	
a.	Empresas de transporte.....	50	
b.	Agentes de intermediación en el mercado de trabajo.....	60	
c.	Empresas en red.....	70	
d.	Ausencia de regulación en nuestro ordenamiento.....	80	
e.	Prevención de riesgos laborales.....	90	
4.	Negociación colectiva.....	100	
5.	El trabajador de las plataformas digitales.....	110	
6.	Propuestas regulatorias para el trabajador de las plataformas digitales: relación laboral especial, socios-trabajadores, TRADE.....	120	
7.	Posicionamiento de los tribunales ante el trabajo en plataformas digitales .	140	
a.	Relación laboral.....	145	
b.	Trabajadores autónomos.....	150	
c.	Conclusión.....	165	
8.	Robotización.....	180	
9.	Ideas Clave.....	200	
10.	Bibliografía.....	230	

I. Nuevas formas de trabajo: las plataformas *gig*

El impacto de los cambios técnicos en nuestro modelo productivo irrumpe en los últimos tiempos con una vehemencia sin precedentes hasta ahora. El **espacio de trabajo** se ha transformado intrínsecamente, se ha deslocalizado por intermediación tecnológica, dibujándose una clara preferencia de cara al futuro por el **teletrabajo**; las relaciones se establecen a través de redes, y las aplicaciones de **inteligencia artificial** se convierten en una herramienta esencial de la producción. Son nuevas realidades que implican nuevas formas de trabajo conducentes hacia la instauración del sistema *on demand* a los recursos humanos: el objetivo es utilizar solo aquello dónde y cuándo se necesite.

El uso con fines comerciales de los dispositivos móviles, las aplicaciones y nuevas plataformas digitales han dado lugar a **modelos habituales de consumo desconocidos** hasta hace algo más de una década (comercio electrónico de bienes y servicios, libros, música, viajes, alquileres, etc.) y paralelamente a **nuevos modelos de negocio**. La progresiva penetración tecnológica está teniendo un considerable impacto en la llamada **economía colaborativa** y ha dado lugar a nuevos modelos de negocio, produciendo en los últimos años una transformación significativa en sectores de la actividad consolidados. Las nuevas empresas han entrado a competir con empresas en funcionamiento, impulsándolas a innovar y a ofrecer a sus clientes mejores precios y servicios. Además, se trata de negocios globales que se adaptan sin excesiva dificultad a entornos económicos diversos.

Son las plataformas *gig*, cuyo **objetivo** es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicios, las que concentran el interés en materia laboral al permitir a los proveedores individuales proporcionar sus servicios. La que se ha denominado *uber economy* se basa en plataformas virtuales, páginas *webs* o *app's*, cuyo objetivo es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicios, generalmente calificados como trabajadores autónomos. Los profesionales reciben de la empresa una contraprestación por los servicios prestados, de la cual se descuenta un porcentaje por gastos de gestión de la misma, mediante transferencia de la empresa habitualmente efectuada dos veces al mes. Dicho abono solo se realiza cuando la prestación de servicios se ha concluido de manera satisfactoria para el cliente. Los profesionales pueden aceptar o rechazar la solicitud de encargo.

2. Carácter laboral de las nuevas formas de trabajo

- 30** Las dudas sobre la **laboralidad de estas fórmulas** comenzaron a ponerse de manifiesto en España por la Administración inspectora, y de modo más reciente por nuestros tribunales (sus pronunciamientos serán reflejados en el apartado correspondiente de este capítulo); también se han debatido en los tribunales de otros países, Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos. Lo cierto es que si bien el modo de prestación de servicios en estas experiencias reúne particularidades que las apartan claramente de las formas laborales tradicionales, es innegable que persisten en ellas factores que hacen dudar de la presencia de una relación laboral subyacente (recepción de instrucciones y directrices internas de trabajo, fijación de un precio por hora de trabajo, etc.). Para evitar cualquier constatación de simulación de empleo asalariado, una plataforma digital deberá, en todo caso, conceder al prestatario la libertad para aceptar o no una prestación, no darle instrucciones precisas o fijarle objetivos, y todavía menos ejercer sobre él un poder disciplinario.

En España, ha sido la Inspección de Trabajo la que ha venido desarrollando numerosas actuaciones en este sector sobre la base del trasfondo laboral de este tipo de prestaciones basado en la «primacía de la realidad» según la cual la existencia de una relación de trabajo se determina por los hechos y no en base a como las partes describen la relación. No obstante, el modelo clásico de relación laboral se antoja, en muchos casos, insuficiente para dotar de cobertura jurídica a esta nueva realidad. Cobra por ello especial relieve la figura del trabajador autónomo.

3. Las empresas de la *gig economy* como empleadoras: caracterización y tipologías

- 40** Las nuevas formas de desarrollo de negocio descritas plantean importantes **problemas de orden jurídico** con posibles repercusiones colectivas en forma de *dumping* social, elusión o fraude fiscal o competencia desleal. Al respecto, la Resolución del Parlamento Europeo, de 15-6-17, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003(INI)) resaltó la necesidad de abordar en la futura regulación las «zonas grises», y manifestó su preocupación por el riesgo de fragmentación del mercado único; consciente de que, si no se regulasen debidamente, esta evolución podría dar lugar a una situación de inseguridad jurídica en cuanto a las normas aplicables.

a. Empresas de transporte

Las plataformas digitales han argumentado reiteradamente en defensa de sus intereses que su actividad se limita a facilitar un **servicio tecnológico de contacto**, pero no de **prestación de servicios**. Desde su perspectiva, al no tratarse de una empresa de servicios, no les resultaría aplicable ni la normativa laboral ni la de Seguridad Social, con el consiguiente ahorro de costes sociales.

Sobre la **naturaleza de su actividad** existe un pronunciamiento del TJUE en el que su actividad se consideró una actividad de transporte y no un mero servicio electrónico de intermediación propio de la sociedad de la información (TJUE 20-12-17, asunto C-434/2015, que tuvo su origen en un conflicto judicial español entre la Asociación Profesional Elite Taxi vs. *Uber Systems Spain SL*). Dicho pronunciamiento supuso que, como tal empresa de transporte, quede sujeta a la normativa que rige su actuación, en concreto la necesidad de las licencias y autorizaciones previstas en el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona. El TJUE, en el pronunciamiento más arriba referenciado, consideró que **Uber** no se limitaba a proveer de servicios de intermediación, sino que crea una oferta de servicios de transporte urbano cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta. El TJUE tuvo en consideración aspectos como que Uber realizase la selección de conductores no profesionales, les proporcionase una aplicación sin la cual, éstos no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte, y que Uber ejercía una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores en aspectos como el precio máximo de la carrera, del que se abonaría una parte al conductor, sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que podría suponer la exclusión de éstos. Este pronunciamiento del TJUE resultó de suma importancia, supuso que las plataformas del tipo específico descrito podrían asimilarse a las empresas tradicionales en lo que se refiere al cumplimiento de la normativa laboral (y de seguridad social) que les resulte de aplicación.

50

b. Agentes de intermediación en el mercado de trabajo

En el intento de caracterizar a estas plataformas, también se ha sostenido que la **neutralidad** con la que actúan en relación a la prestación de servicios dificulta su consideración como empleador pero, sin embargo se proyectan como auténticos agentes de intermediación en el mercado de trabajo, a las que debiera ser de aplicación el marco normativo previsto para las agencias privadas de colocación; en concreto todas aquellas garantías relacionadas con el cobro de comisiones excesivas, los mecanismos antidiscriminatorios o la información a los servicios públicos de empleo. Respecto a la consideración de las plataformas como **empresas de trabajo temporal** o la conveniencia de aplicarles un régimen jurídico análogo, debe destacarse que el propio Parlamento europeo así lo ha estimado cuando invita a la Comisión a que estudie en qué medida la Dir 2008/104/CE sobre las empresas de trabajo temporal es aplicable a plataformas en línea específicas por valorar que muchas de las plataformas en línea que actúan de intermediarias tienen una estructura similar a la de las empresas de trabajo temporal.

60

c. Empresas en red

- 70 La digitalización supone que el modelo orgánico de empresa sea el constituido por empresas formalmente independientes que, a través de expedientes técnicos diversos, actúan de forma coordinada y estable en el mercado. Se generalizan, de este modo, lo que se ha denominado empresas en red caracterizadas por constituir fenómenos de coordinación empresarial de empresas independientes.

d. Ausencia de regulación en nuestro ordenamiento

- 80 Todos estos cambios en los modelos organizativos empresariales tienen **incidencia en las condiciones de trabajo y empleo**, sin embargo, nuestro legislador todavía, no se ha ocupado de aclarar sus efectos en unas instituciones construidas sobre la lógica de un único empresario beneficiario de la prestación de servicios del trabajador. La falta de adaptación de la normativa provoca una falta de adecuación entre realidad productiva y jurídica que induce a problemas de inseguridad jurídica para las empresas y, al mismo tiempo, a que la organización productiva en red se tome en un factor de precarización del empleo. No obstante, en materia de prevención de riesgos laborales y de negociación colectiva, nuestro ordenamiento contiene previsiones normativas expresas que vertebran la incidencia que pueda tener la participación de los trabajadores en fenómenos de concurrencia empresarial del tipo descrito.

e. Prevención de riesgos laborales

- 90 Así, la Ley de Prevención de Riesgos Laborales art.24 (en adelante LPRL), prescribe **deberes de cooperación** y **coordinación** entre los empresarios cuando se produzca un supuesto de concurrencia en un mismo centro de trabajo de trabajadores pertenecientes a diversas empresas, intensificando la exigencia, hasta alcanzar la obligación de vigilancia, cuando se trate de empresas que contraten o subcontraten con otras la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquellas y los trabajos se desarrollen en el centro de trabajo de la principal.

4. Negociación colectiva

- 100 En materia de negociación colectiva, la reforma del 2011, incorporó la posibilidad de negociar convenios de eficacia general en **grupos de empresas** y «que afecten a una pluralidad de empresas vinculadas por razones organizativas o productivas y nominativamente identificadas en su ámbito de aplicación». Se abrió, de este modo, la puerta para que se pudiesen negociar convenios adaptados a la diversidad de modelos de negocio que subyace en las **empresas en red** y para que la negociación pudiese actuar evitando los fenómenos de precarización de las condiciones de trabajo que se pudiesen derivar de aquellas estructuras. Y aunque resulta difícil efectuar un seguimiento de este tipo de negociación, por las dificultades que presenta su identificación y carecerse de datos estadísticos, la lectura de algunos convenios registrados (entre muchos, CCol de Administrador de Infraestructuras Ferroviarias y Administrador de Infraestructuras Ferroviarias de Alta Velocidad, BOE 20 de mayo de 2016; CCol Abertis Autopistas de Espa-

ña –UNaAE–, BOE de 27 de septiembre de 2014; CCol de Bolsas y mercados españoles, BOE de 9 de octubre de 2013) evidencia una negociación en el seno de grupo de empresas plenamente consolidada mientras que la desarrollada en el seno de empresas en red es aún muy incipiente.

A su vez, la consolidación de las tecnologías digitales de la información y comunicación ha propiciado un **proceso de descomposición** de los centros de trabajo en **unidades productivas disgregadas** de ámbito más reducido que implica la reducción del número de trabajadores en los centros resultantes o, incluso, la sustitución y desaparición de éstos a través de fórmulas de teletrabajo. Este proceso incide directamente en los órganos de representación en un modelo de representación unitaria construido sobre el número de trabajadores existentes a nivel de centro de trabajo y no de empresa y al que no contribuye una jurisprudencia constitucional que premia una interpretación literal de la ley en perjuicio del derecho constitucional a la participación en la empresa y a la libertad sindical.

5. El trabajador de las plataformas digitales

En el contexto de **prestación de servicios** descrito, se ha acuñado el término, **110**
«**trabajador autónomo 4.0**», caracterizado por «conservar su libertad en la mayoría de los aspectos fundamentales de su prestación de servicios si bien se ve abocado a utilizar la economía digital para adquirir un volumen de negocio u obtener unos ingresos sin los cuales no podría garantizarse su subsistencia. El trabajador digital, hoy por hoy, es un trabajador autónomo que **utiliza la tecnología** para diversificar su clientela, salir de la situación de desempleo o completar unos ingresos insuficientes, estando sometido al imperativo contractual de la economía bajo demanda.

Lo que es evidente es que, en la economía digital de plataformas, el trabajador autónomo se presenta como más atractivo por ser más flexible y ajustarse mejor a la demanda a la par que merecedor de un menor grado de protección que el asalariado. Dos características altamente valoradas en el nuevo contexto productivo, pero no por ello menos controvertidas en tanto en cuanto debilitan sustancialmente la posición ocupada por el trabajador.

6. Propuestas regulatorias para el trabajador de las plataformas digitales: relación laboral especial, socios-trabajadores, TRADE

La traslación a España del debate en torno a la **calificación jurídica de los trabaja-** **120**
dores de las plataformas y de las propuestas acerca de la creación de una categoría profesional de trabajadores o contratistas independientes en el marco de la economía digital ha propiciado propuestas de regulación alternativas. Las principales propuestas van en la línea de ampliar la protección del colectivo más allá del afán calificador de las nuevas situaciones, pero con planteamientos bien diferentes. Así, mientras para unos lo más idóneo sería la regulación de una relación laboral de carácter especial; otros se inclinan en favor del desarrollo de las cooperativas (socios-trabajadores) como alternativa y que nos lleva al terreno de la economía social en el marco del Tercer Sector.

Una de las propuestas que mejor acogida ha tenido es la del relanzamiento de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente (en adelante,

TRADE) conforme a lo previsto en L 20/2007 del Estatuto del trabajo autónomo (art. 11 s.). Esta vía fue una de las que primero se atisbó como posible y oportuna, utilizada por muchas empresas españolas de «economía colaborativa» para intentar cumplir con la legalidad y evitar posibles sanciones de la ITSS por clasificación errónea como autónomos.

Existe una dificultad de partida, la **insuficiente regulación** de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente, cuyo definición legal se encuentra en el Estatuto del Trabajador Autónomo (L 20/2007), los TRADE son aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa para una persona física o jurídica denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir al menos el 75 por ciento de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales.

- 125** Por el contrario, los «**falsos autónomos**» desarrollan su actividad bajo los parámetros típicos del trabajo subordinado, pero, formalmente, se enmascaran bajo la apariencia de contratos civiles o mercantiles. El «falso autónomo» se halla en situación de **plena subordinación** respecto de la empresa a la que presta servicios. Las empresas, con el objeto de aparentar autonomía, recurren a operaciones de ingeniería jurídica, como la constitución de sociedades laborales o comunidades de bienes, que acrediten la supuesta realización de trabajos por cuenta propia. El fenómeno de los «falsos autónomos» representa la fuga del DTSS (Derecho del trabajo y seguridad social). De manera que los denominados falsos autónomos desarrollan, en realidad, una prestación de servicios bajo las notas de dependencia y ajenidad, pero sin recibir el tratamiento jurídico establecido por el DTSS para estos casos, por haberse intentado o conseguido burlar su aplicación mediante el recurso de calificar la relación contractual como civil o mercantil.
- 130** Para el legislador de 2007, el TRADE cuenta con la infraestructura productiva y los medios materiales necesarios para prestar su actividad profesional; ejecuta una actividad propia, concreta y específica; organiza, dirige y controla efectivamente, de forma independiente, el desarrollo de su propio que hacer y asume las eventuales responsabilidades y los riesgos derivados de su labor profesional o económica. Además, ha de reunir simultáneamente las siguientes **condiciones**:
- No tener a su cargo trabajadores por cuenta ajena, ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros.
 - No ejecutar su actividad de manera indiferenciada con los trabajadores que presten servicios bajo cualquier modalidad de contratación laboral por cuenta del cliente.
 - Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.
 - Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.
 - Percibir una contraprestación económica en función del resultado de su actividad, de acuerdo con lo pactado con el cliente y asumiendo riesgo y ventura de aquella.
- 135** La irrupción de nuevos modelos empresariales disfrazados de **economía colaborativa** (como es el caso de algunas empresas de reparto a domicilio) y las prácticas cada vez más extendidas en **empresas de multiservicio** (sobre todo en el sec-

tor servicios) unido a los incentivos a la creación de **autoempleo** a través de sistemas como el de tarifa plana, no hacen sino contribuir a «engordar» la bolsa de los falsos autónomos, poniendo, además de relieve, como la figura del TRADE, está siendo muy mal utilizada, pero bien podría aprovecharse de la coyuntura descrita para hacerla renacer a la luz de la nueva economía digital. El objetivo a conseguir con el relanzamiento de esta figura no es otro que garantizar, de un lado, los intereses de los trabajadores al construir una relación jurídica asentada sobre un marco jurídico fiable y bien definido –aunque necesitado de reforma–; y, de otro, la defensa de los intereses colectivos a través de los sindicatos que los representan.

7. Posicionamiento de los tribunales ante el trabajo en plataformas digitales

En los siguientes epígrafes se analiza el posicionamiento de los tribunales ante las siguientes cuestiones: relación laboral (nº 145); trabajadores autónomos (nº 150) y conclusión (nº 165). **140**

a. Relación laboral

La atipicidad legal del trabajo en plataformas digitales ha dejado a los **tribunales** la decisión sobre su encuadramiento normativo, los pronunciamientos al respecto **no** han sido **uniformes**. Algunas sentencias de los tribunales de instancia declararon la relación laboral de los trabajadores que prestaban servicios para las plataformas digitales como *Delivero*, *Glovo*, *Take it Easy*, etc. (entre ellas, JS Barcelona núm 11, 29-5-18, EDJ 108281; JS Valencia núm 6 de, 1-6-18, EDJ 83634; JS Madrid núm 1, 4-4-19, y la TSJ Asturias social 25-7-19, EDJ 658130, que confirma la JS Gijón núm 1, 20-2-19, EDJ 514667, núm 724/18). **145**

El carácter laboral de la relación de los repartidores se derivará, entre otras, de **circunstancias** como las siguientes (JS Gijón núm 1 20-2-19, EDJ 514667, núm 724/18):

1. La plataforma y la marca son los verdaderos medios de producción para realizar la actividad.
2. Es impensable que el actor pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil).
3. El éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de comida y los productos que la demandada suministra.
4. La plataforma impone condiciones para unirse a ella; esas normas son un reflejo de la dependencia jurídica del trabajador, ya que en caso de incumplirlas no podrá seguir en la plataforma.
5. Estar libre y disponible es esencial al servicio que los repartidores prestan y es precisamente esta facilidad para sustituir al trabajador lo que provoca que necesiten protección del Derecho laboral.

b. Trabajadores autónomos

- 150** Asimismo, un buen número de resoluciones de nuestros tribunales han declarado que los **repartidores de comida a domicilio** debían ser considerados trabajadores autónomos, en concreto trabajadores autónomos económicamente dependientes (por ejemplo, la JS Madrid núm 39, 3-9-18, EDJ 569089). Así pues, se declara la naturaleza mercantil del vínculo entre La Plataforma (Glovo) y los repartidores, en base a los argumentos siguientes (TSJ Madrid social, 19-9-19, EDJ 703663, nº 715/2019, que desestima el recurso presentado contra la sentencia del JS Madrid núm 39, 3-9-18, EDJ 569089, que declaraba a un repartidor de *Glovo* verdadero autónomo, TRADE).
- 155** Los principales **argumentos** para considerar a los repartidores como autónomos se reseñan a continuación:
- La libertad de elección de la **franja horaria** en la que desea trabajar, con fijación de la hora de inicio y de finalización de su actividad.
 - Durante la franja horaria de trabajo el trabajador puede no activar la **posición de auto asignación**, lo que significa que no desea estar disponible, aunque ello le supone cierta penalización en el sistema de puntuación, salvo causas justificadas.
 - Tiene **libertad de aceptar** aquellos pedidos (*slots*) que desea realizar, sin tener que ejecutar un mínimo de ellos.
 - Tiene **posibilidad de rechazo** de los pedidos incluso una vez aceptada e incluso iniciada su ejecución (sin penalización alguna).
 - Tiene libertad de elegir la **ruta** para llegar al destino fijado por el cliente
 - Es el **cliente** y no la plataforma quien establece las características bien del producto a adquirir, bien de la forma de entrega.
 - Existe una **relación directa** entre repartidor y cliente.
 - La **realización personal** del repartidor de la actividad sin tener trabajadores a su cargo.
 - Pone a disposición los escasos **medios materiales** que se exigen para el desarrollo de la misma, una moto y un teléfono móvil.
 - Asumen los **gastos** del uso de los medios materiales que pone a disposición.
 - La **afiliación a la Seguridad Social** a través de su alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos.
 - **Declaración previa** de que en el desarrollo de su trabajo cumple con los requisitos que tal Régimen exige para estar integrado en el mismo.
 - La **retribución** basada en el número de servicios prestados y no fijada por unidad de tiempo.
 - Cobra también por kilometraje, así resulta necesario su comprobación por un **geolocalizador**.
 - No existe un **pacto de exclusividad**, puede compatibilizar las tareas derivadas de su contrato con Glovo con otras de cualquier naturaleza que pudiera desarrollar con un tercero.
 - No necesidad de justificar las **ausencias**, bastando la mera comunicación, de ser posible con antelación, de su no disponibilidad para llevar a cabo los recados o encargos.
 - Asunción de la **responsabilidad** del buen fin del servicio (cobrándolo solo si no terminaba a satisfacción del cliente).

• Asunción frente al usuario/cliente final de los **daños o pérdidas** que pudiera sufrir el producto o mercancía durante el transporte.

Esta sentencia se enmarca en lo que he venido llamando la creación de una **presunción de extralaboralidad** en la cual lo pactado por las partes tendrá validez salvo que el trabajador consiga probar cosa distinta. Este sería el verdadero argumento para considerar mercantil la prestación de servicios del repartidor.

c. Conclusión

El debate está servido y el legislador tendrá que acometer la difícil misión, la laboralización indiscriminada no parece ser ni la única opción, ni la mejor. Quizás fuera preferible focalizar los esfuerzos en incrementar el **nivel de protección** de estas otras formas de prestación de servicios, que próximas al trabajo asalariado, pero sin serlo, han de ubicarse en el marco del trabajo autónomo que debería diversificar el espectro de situaciones encuadrables en su seno. Determinar la concurrencia de los elementos configuradores de la relación laboral en la relación entre el prestador de servicios y la plataforma resulta difícil ante la existencia de elevadas dosis de libertad y auto-organización favorecida por los medios electrónicos en el entorno digital. Sería conveniente centrarse en el incremento de los niveles de protección social de los trabajadores autónomos, en la senda de asimilación con los trabajadores por cuenta ajena seguida desde hace años.

En fin, dentro de esta fase embrionaria, las decisiones judiciales de los tribunales de instancia y suplicación van a ir creando el contexto dentro del cual en su día se producirá la decisión del Tribunal Supremo y la eventual intervención del legislador. Decisiones judiciales y legislativas que tendrán que optar por una u otra composición de intereses.

Entretanto llega la Resolución definitiva del Tribunal Supremo, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, TJUE 22-4-2020, responde a una cuestión planteada por un tribunal británico un año antes y declara que no se da una relación laboral entre el rider y la plataforma para la que colabora. Estamos ante un **contrafista independiente** y por tanto no debe ser tratado como trabajador. Para llegar a esta conclusión se basa en la facultad de la empresa de sustituir de todo o parte de la actividad de la empresa, el derecho de los repartidores de no aceptar las tareas que se les asignan y su capacidad para trabajar para otras empresas, incluso de la competencia. No obstante, este Tribunal deja en manos de la jurisdicción de cada país aplicar ese concepto de trabajador.

8. Robotización

No hay duda que una parte de los trabajos se perderán a raíz de la **sustitución de trabajadores** por robots; uno de los retos que será necesario afrontar será el de la recualificación profesional de los sujetos afectados para volver a incorporarlos, lo antes posible, al mercado de trabajo. La formación continua a lo largo de la vida y específicamente orientada al manejo de las nuevas tecnologías y la adquisición de las necesarias habilidades para utilizarlas será un objetivo de la formación ligada a la actividad laboral de los trabajadores. Otro reto, sin duda, será el de adaptar el Derecho del Trabajo para garantizar su tradicional función de proteger a los trabajadores frente a los nuevos desafíos laborales.

La **digitalización** se centra más en los objetivos a alcanzar por el trabajador en un determinado plazo, perdiendo importancia la presencia en el lugar de trabajo. La mayor autonomía del trabajador pondrá en cuestión si las normas tradicionales sobre el tiempo de trabajo son todavía apropiadas para hacer frente a esta nueva situación. Sobre todo, en lo que concierne al tiempo máximo diario y semanal de trabajo, a las pausas y los períodos de descanso entre jornadas, vacaciones, etc. La regulación tradicional del tiempo de trabajo no encaja con este nuevo escenario, no existiendo todavía una alternativa apropiada.

- 185** En atención al problema jurídico que se quiera solventar, hay diferentes **conceptos jurídicos** de robots. Aunque hay cierto consenso en las características que poseen los dispositivos para ser considerados robots, su funcionalidad (diríamos multifuncionalidad) y el grado de interacción con los humanos, permiten en el estadio actual adoptar un concepto más estricto (orientado a la actividad y sector industrial) y otro más amplio (en relación con los sistemas de Inteligencia Artificial implantados en Robots).

Los problemas jurídicos relativos a los robots trascienden a varias disciplinas, que confluyen en la búsqueda de soluciones a la proyección de los robots en el mercado de trabajo. Cuando la afectación del mercado de trabajo por la robotización se traduce en sustitución de trabajos, tareas, actividades de los humanos por los robots, se ha de partir de la ética para reflexionar sobre los principios, alcance y modalidades de intervención regulatoria en **salvaguarda de los derechos humanos**, es decir, de aquellos derechos irrenunciables derivados de la dignidad humana. No obstante, la regulación, en sentido más continental, *hard law*, no puede orientarse desde una perspectiva de barrera en contra de la innovación tecnológica robótica, sino, bien diferente, articulando medidas que den certeza a todos los implicados en base al principio de innovación robótica social y jurídicamente responsable. Para ello, con fundamento en los derechos fundamentales previstos en nuestra Constitución Española, y ahora a nivel de la UE en el Pilar Europeo de Derechos Sociales, se requiere de todos, poderes públicos, interlocutores sociales, promover una legislación que pondere y equilibre la garantía de la **libertad de empresa** con la de los derechos de los trabajadores.

Desde esta doble perspectiva, la legislación debe ir avanzando en la garantía de la **empleabilidad de las personas humanas** y en este sentido ponderar los incentivos para la puesta en marcha de actividades y empresas altamente tecnológizadas con la evitación de pérdida de trabajadores en sectores que están reconvirtiendo su modelo tradicional en otro más tecnológizado. Sería necesario introducir en la fase de transición, incentivos económicos para aquellas empresas que inviertan real y efectivamente en la «capacitación» tecnológica de sus trabajadores.

- 190** Por otro lado, atendiendo a la **relación laboral**, el Derecho del Trabajo y su ciencia han reflexionado sobre la posibilidad de que un robot («inteligente») pueda ser considerado trabajador. La conclusión es palmaria, el robot podrá tener reconocido un cierto estatus laboral pero no podrá ser considerado jurídicamente trabajador asalariado o por cuenta propia; el Derecho del Trabajo se fundamenta en el trabajo humano y el robot, aunque con altas dosis de **inteligencia artificial**, no puede ser considerado como tal. No obstante, son muchas las implicaciones de la robótica en la regulación, directa o indirecta, de las condiciones de trabajo, de las obligaciones y derechos, tanto del empresario como del trabajador. El punto de partida del análisis es el **principio de igualdad y no discriminación**;