





# Economía colaborativa y trabajo en plataforma: realidades y desafíos



Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo  
Macarena Hernández Bejarano  
(Directores)

Este libro es resultado de los Proyectos de investigación I+D+i DER2015-63701-C3-3-R “*Instrumentos Normativos Sociales ante el Nuevo Contexto Tecnológico 3.0*” y DER2015- 63701-C3-1-R “*Instrumentos normativos para la mejora de las transiciones de los working poor y su inclusión social*” financiados por la Secretaría de Estado de Investigación, Desarrollo e Innovación, dependiente del Ministerio de Economía y Competitividad del Gobierno de España y el Fondo Europeo de Desarrollo Regional (FEDER) de la Unión Europea.



Primera edición: diciembre 2017

© Editorial Bomarzo S.L.  
c/ Dionisio Guardiola 1, 4º  
02002 Albacete (España)  
editorialbomarzo@ono.com  
www.editorialbomarzo.es

Quedan rigurosamente prohibidas, sin la autorización escrita del titular del “Copyright”, bajo las sanciones establecidas en las leyes, la reproducción total o parcial de esta obra por cualquier medio o procedimiento, comprendidos la reprografía y el tratamiento informático, y la distribución de ejemplares de ella mediante alquiler.

Impreso en España.

ISBN: 978-84-16608-96-6

D.L.: AB 604-2017

Diseño: Javier Hidalgo Romero.

Maquetación: Juan Gómez Rubio.

Imprime: Publiceep

## ÍNDICE

PRESENTACIÓN .....	13
NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: ECONOMÍA COLABORATIVA –O MEJOR, ECONOMÍA DIGITAL A DEMANDA–, TRABAJO 3.0 Y LABORALIDAD. <i>Raquel Serrano Olivares</i> .....	19
1. Introducción: plataformas digitales y trabajo a demanda 3.0.....	19
2. Nuevos modelos de negocio y nuevas formas de prestación de servicios .....	25
2.1. Tipología de plataformas digitales en función del objeto negocial: intercambio y disfrute de bienes o prestación de un servicio .....	25
2.2. Tipología de plataformas digitales en función del modo de prestación del servicio: como meras intermediarias o como prestadoras del servicio subyacente .....	26
2.3. Tipología de prestaciones de servicios en el marco de plataformas digitales que prestan el servicio subyacente: el “crowdwork” y el trabajo a demanda vía apps/internet .....	28
3. Economía digital, trabajo a demanda 3.0 y trabajo atípico: a vueltas con una problemática no tan novedosa .....	31
4. El Derecho del Trabajo como respuesta política y moral ante las nuevas formas de empleo en la economía digital.....	34
5. Encaje de las nuevas formas de empleo en el ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo: el renovado protagonismo de la ajenidad en el mercado como elemento definitorio clave del contrato de trabajo en el marco de la economía digital .....	35
5.1. Dependencia versus ajenidad en el mercado.....	38
5.2. El contrato de trabajo como instrumento regulatorio del trabajo a demanda 3.0 en la economía digital .....	45
6. Conclusiones .....	48

<b>CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA Y CUANTIFICACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA.</b> <i>David Patiño Rodríguez, Rosario Gómez-Álvarez Díaz y Juan José Plaza-Angulo</i> .....	51
1. Introducción.....	51
2. Definición y delimitación de la economía colaborativa.....	54
3. Actividades y participantes en la economía colaborativa.....	58
4. Problemática de la cuantificación de la economía colaborativa en el PIB .....	65
5. La economía colaborativa desde la perspectiva de las plataformas .....	70
5.1. Algunos datos del sector .....	73
6. Usuarios en la economía colaborativa.....	82
6.1. Confianza y motivación de los usuarios de las plataformas digitales.....	82
6.2. El usuario-demandante en España .....	85
6.3. El usuario-oferente en España .....	89
6.4. Ventajas de las plataformas colaborativas para los usuarios .....	90
6.5. Desventajas de las plataformas .....	94
7. ¿Qué cambios económicos puede ocasionar la economía colaborativa? .....	96
 <b>RIESGO TRIBUTARIO Y ECONOMÍA COLABORATIVA.</b> <i>Miguel Ángel Sánchez-Huete</i> .....	 103
1. Nuevas realidades económicas.....	103
2. La prevención del riesgo tributario.....	109
2.1. Carácter preventivo de la norma tributaria.....	109
2.2. Planificación y cláusulas preventivas .....	114
2.3. Actuaciones de la Inspección Tributaria.....	121
3. ¿Necesidad de una nueva obligación informativa? .....	124
A) A favor del establecimiento.....	126
B) En contra de su establecimiento .....	131

4. Requerimientos informativos a plataformas sitas en el extranjero .....	132
4.1. Diálogos con el Estado de residencia.....	135
4.2. Las pulsiones de la relación cooperativa y la economía colaborativa .....	137
4.3. Obligación regulativa e informativa de los Estados .....	141

**NUEVOS MODELOS DE COOPERATIVAS DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: UN ANÁLISIS DE LAS COOPERATIVAS DE IMPULSO EMPRESARIAL Y LAS COOPERATIVAS DE FACTURACIÓN.** *Macarena Hernández Bejarano* .....

1. El emprendimiento como motor de generación de empleo .....	145
2. El apoyo al emprendimiento y al trabajo autónomo en el ámbito de la economía social: el papel de las cooperativas como fórmula de emprendimiento social.....	148
3. Las cooperativas de impulso empresarial .....	155
3.1. Clasificación de las cooperativas de impulso empresarial como cooperativas de trabajo .....	160
3.2. Exigencias formales y económicas.....	162
3.3. Tipos de socios .....	164
3.3.1. Encuadramiento de los socios en la Seguridad Social.....	166
4. Un estudio de caso: SMART-Ibérica de Impulso Empresarial, Sociedad Cooperativa Andaluza (SMART-Ib) .....	167
5. Las cooperativas de facturación.....	173
6. Reflexión final .....	181

**EL JURISTA DEL TRABAJO FRENTE A LA ECONOMÍA COLABORATIVA.** *Miguel Rodríguez-Piñero Royo*.....

1. Derecho, cambio y tecnología .....	187
2. El impacto de la economía colaborativa en el sistema jurídico..	189
3. Problemas de delimitación .....	192

4. Los desafíos para el regulador .....	199
5. El papel del jurista del trabajo .....	204
5.1. La calificación de la prestación de servicios.....	208
5.2. Las prestaciones de servicios no laborales .....	210
5.3. La calidad del empleo .....	213
5.4. La representación y tutela colectiva de los trabajadores digitales.....	214
5.5. La protección social .....	215
5.6. Otras cuestiones .....	217
6. Conclusiones .....	220

**NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD COMO RESULTADO  
DE LAS NUEVAS EMPRESAS DIGITALES.**

<i>Adrián Todoli Signes</i> .....	223
1. Las nuevas formas de prestación de servicios en la era digital... 223	
1.1 Nuevo tipo de empresas.....	223
1.2. Gig economy.....	224
1.3. Uberpop .....	225
1.4. Características del modelo negocio.....	226
2. El impacto del nuevo modelo de negocio sobre las relaciones laborales .....	229
2.1. Las cuestiones a resolver en el ámbito laboral.....	229
2.2. Existencia de dependencia .....	229
2.3. Nuevas formas de control.....	231
2.4. El control necesario .....	232
2.5. Desequilibrio del poder negociador .....	233
2.6. Integración en organización ajena.....	233
2.7. Falta de oportunidades empresariales .....	234
2.8. Irrelevancia de ciertas características de la prestación a la hora de calificar contrato de trabajo.....	235



2.9. Propiedad y recogida de los datos.....	236
2.10. La prestación de servicios bajo una marca ajena como criterio delimitador del contrato de trabajo.....	236
3. Aplicación del test de laboralidad a los trabajadores de la uber economy.....	239

**SOBRE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN EN ENTORNOS COLABORATIVOS. *José Luis Lázaro Sánchez*.....**

1. Introducción.....	243
2. Redes sociales y empleo .....	245
3. La utilización de las redes sociales por quienes demandan empleo .....	247
4. El candidato digital.....	249
5. La utilización de las redes sociales por las empresas .....	254

**PLATAFORMAS DE EMPLEO Y PLATAFORMAS DE TRABAJO. ASPECTOS FUNDAMENTALES. *Emilia Castellano Burguillo* .....**

1. Introducción.....	261
1.1. Ideas previas: Dónde estamos .....	261
1.2. Conceptos básicos .....	263
2. Respuesta de Europa a esta nueva forma de prestar y recibir un servicio .....	265
2.1. Actuación de las Instituciones Europeas .....	265
2.2. Autoregulación de las plataformas colaborativas .....	272
3. Aspectos pendientes de regulación .....	275
4. Algunos apuntes sobre regulaciones nacionales aplicables en la materia .....	281
5. Hacia dónde vamos .....	290
6. Conclusiones .....	292

<b>LAS REDES SOCIALES PROFESIONALES Y EL EMPLEO. UNA REALIDAD EN ESPERA. <i>M<sup>a</sup> Carmen Aguilar del Castillo</i></b> .....	295
1. Introducción.....	295
2. Las fuentes del derecho, condicionante conceptual y de contenido de los sujetos que operan en el mercado de trabajo.....	297
2.1. Las agencias privadas de empleo en la OIT.....	297
2.2. La liberalidad de las empresas privadas de empleo en la Unión Europea .....	301
3. La colocación como fin de la política de empleo .....	306
4. Las plataformas virtuales y la intermediación .....	311
5. El mercado de trabajo y sus otros agentes .....	314
6. Las redes sociales profesionales como empresas privadas de empleo, entre su calificación jurídica formal y material .....	319
6.1. La realidad virtual en el contacto entre oferta y demanda...	320
6.2. LinkedIn como realidad empírica.....	322
7. Efectos de la indiferencia consciente de una realidad.....	324
8. Conclusiones .....	327

<b>UBERPOP COMO SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN O COMO EMPRESA DE TRANSPORTE: SU IMPORTANCIA PARA Y DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO. <i>Fco. Javier Calvo Gallego</i></b> .....	331
1. Introducción.....	331
2. Uber y los tribunales españoles.....	333
3. Algunas notas sobre la experiencia judicial comparada.....	339
4. El marco normativo de los servicios de la sociedad de la información: breves notas sobre su delimitación y régimen jurídico .....	346
5. Sobre la cuestión de fondo y sobre sus causas últimas: la distinta tipología de las plataformas electrónicas. La posición de la comisión europea.....	349
6. La importancia de esta cuestión para el derecho del trabajo y del propio derecho del trabajo para su resolución .....	360

6.1. La trascendencia de esta calificación para el campo Social del Derecho.....	360
6.2. La inversa: la trascendencia de la posible laboralidad de la relación sobre la calificación jurídica de estas plataformas.....	362
7. La diversidad tipológica de las plataformas y su impacto sobre la configuración de las relaciones de producción .....	371



## PRESENTACIÓN

Cuando un laboralista diseña un proyecto de investigación, individual o colectivo, financiado o no, a corto o medio plazo, tiene que hacerlo de manera coherente con su condición de tal. Formamos parte de una comunidad científica que, además de compartir un campo de estudio, tiene algunas señas de identidad. Tratamos con el trabajo de las personas, con personas que trabajan y dependen de cuanto y como trabajan para vivir integrados en sociedades que se han constituido como economías sociales de mercado. Surgimos como consecuencia de una preocupación por los problemas sociales que generaba un sistema de producción mal ordenado. Operamos sobre un medio cambiante, en el que las distintas dimensiones de la realidad económica y productiva se modifican de manera continua y acelerada. En consecuencia, un científico del trabajo debe guiar su actividad investigadora hacia los problemas reales y actuales de las personas en el mercado de trabajo, con una vocación de hallar soluciones efectivas, sostenibles y justas.

Con esta vocación en mente, la elección del objeto del proyecto de investigación que está ocupando a este grupo de investigadores era bastante obvia: un fenómeno de enorme actualidad, cuya presencia en las sociedades se había extendido en un plazo muy corto de tiempo; cuyas consecuencias para los trabajadores y, también, para las reglas dictadas para ordenar su actividad y proteger su posición contractual, se preveían serias y de gran alcance. Un fenómeno que recibe muchos nombres, pero al que de forma convencional (y siendo conscientes de las limitaciones e inexactitudes que ello supone), llamaremos economía colaborativa, que se manifiesta a través del trabajo en plataformas.

El imparable avance del trabajo en plataformas está poniendo en el centro del debate en las ciencias sociales, incluyendo el Derecho, los múltiples aspectos relacionados con esta nueva realidad económica. Su extensión pone de manifiesto problemas sociales, económicos y re-

gulatorios. Sus dimensiones son aún escasas, pero las expectativas de crecimiento parecen ser enormes, por lo que la incidencia de estos aspectos problemáticos puede serlo también, hasta niveles de auténtica alarma social. Las plataformas que están en el foco de la actualidad no lo han hecho sólo por su éxito, sino sobre todo por las dudas que su actividad ha generado, y por los conflictos suscitados en torno a algunas de ellas. Por citar a algunas cuyas principales complicaciones son laborales baste con mencionar a Uber y Deliveroo. La atención de los científicos sociales, especialmente de los laboristas, está más que justificada.

La aparición y desarrollo de la economía colaborativa se basa en cambios tecnológicos, pero no es consecuencia ni directa ni exclusiva de éstos. Antes bien es el resultado de diversas tendencias que incluyen estrategias de producción, contextos globalizados, promoción del empleo autónomo y, claro está, desarrollos en las tecnologías digitales. Todas éstas han interactuado para extender el trabajo en plataformas como nuevo modelo de prestación de servicios y de utilización de bienes, con una serie de ventajas que explican su rápida extensión.

De manera paradójica, la economía colaborativa no es el resultado de unos cambios tecnológicos; pero sí es una manifestación pionera de las grandes transformaciones que van a producirse en el trabajo como consecuencia de éstos. Ya se vislumbran las implicaciones de tecnologías como el big data, la inteligencia artificial o el internet de las cosas; el impacto sobre nuestra forma de trabajar y de vivir se prevén enormes, y éstas serán sin duda el próximo desafío que como laboristas tendremos que afrontar. Estudiar el trabajo en plataformas nos puede servir de primera aproximación a las consecuencias laborales de la cuarta revolución industrial, que estamos ya experimentando.

Al mismo tiempo, la economía colaborativa se enmarca dentro de un fenómeno más amplio, el de las transformaciones del trabajo en el siglo XXI, al que tanta atención se está dedicando a nivel global gracias al liderazgo de la Organización Internacional del Trabajo. Trabajar en plataformas se diferencia profundamente de las formas tradicionales de prestar servicios, las que sirvieron de inspiración para diseñar el Derecho del Trabajo que conocemos. En esto concurre con otras nuevas modalidades de trabajo, como el empleo muy atípico o el trabajo en cadenas internacionales de producción, que se generalizan en nuestro mercado laboral. Comparte con ellas los riesgos para el empleo y su calidad; y genera, también como ellas, necesidades regulatorias que a día de hoy no se encuentran resueltas.

La economía colaborativa supone, así, un espacio de confluencia entre los cambios en el trabajo en la economía global y los que genera la digitalización de ésta. Siendo complejas las causas, también lo es el fenómeno que éstas producen. No es sólo una cuestión de novedad en sus aspectos fundamentales, que la diferencian de la economía tradicional. Es también una de diversidad, ya que en la economía digital los modelos de negocio apoyados en plataformas on-line son muy variados, generando tipologías de trabajo igualmente diversas. Y de ritmo de innovación, muy acelerado. Suponen por ello un desafío para el científico social, seguramente el más relevante en esta segunda década del siglo XXI.

Así las cosas, un colectivo de investigadores con una amplia experiencia de trabajo conjunta en el marco del Grupo de Investigación PAIDI SEJ-322 y centrado en diversas Universidades andaluzas y catalanas decidió concurrir a la convocatoria del MINECO, en la que tuvo éxito. El resultado fue la concesión del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”, dedicado de manera principal al estudio del trabajo en plataformas. Este libro supone un resultado científico de este proyecto, continuando con una línea de publicaciones anteriores de sus miembros.

El proyecto de investigación se ha centrado en las consecuencias laborales de la economía colaborativa, y este libro hace precisamente esto, desde diversas perspectivas pero con un objetivo común: analizar con rigor la realidad de este fenómeno, identificar los problemas reales que genera en el mercado de trabajo y en las relaciones laborales, y plantear posibles alternativas de solución. La perspectiva de análisis es principal pero no exclusivamente jurídica, ya que se introducen contribuciones desde otras parcelas de las redes sociales.

Los trabajos recopilados en este volumen son fruto de un año de investigaciones y coordinados en seminarios internos y reuniones del equipo de investigadores.

El trabajo que se presenta se divide en dos grandes apartados.

El estudio se inicia con el trabajo de la profesora Raquel Serrano Olivares, de la Universidad Autónoma de Barcelona, que centra su estudio en analizar las notas clásicas del trabajo asalariado a la luz de las nuevas formas de empleo, llegándose a la conclusión de que la nota de la dependencia o subordinación pierde su tradicional consideración de elemento definitorio clave del contrato de trabajo a favor de la ajenidad en el mercado.

Bajo una perspectiva económica, los profesores David Patiño Rodríguez y Rosario Gómez-Álvarez Díaz, de la Universidad de Sevilla y Juan José Plaza Angulo, de la Universidad de Málaga en un análisis conjunto describen de manera pormenorizada la economía colaborativa, analizan sus características específicas, la problemática que genera y vislumbran los efectos que puede tener en el funcionamiento del sistema económico.

Pero la economía colaborativa también genera numerosos interrogantes en relación a las normas tributarias. Interrogantes respecto de su regulación, si es necesario o no un tratamiento tributario específico o de su fomento mediante beneficios fiscales. Interrogantes de aplicación, por la ambigüedad a la hora de calificar algunos de sus intercambios o por la opacidad de algunas operaciones.

De ahí que el profesor Sánchez Huete, de la Universidad Autónoma de Barcelona, contextualice en su trabajo algunas de tales cuestiones teniendo presente los criterios establecidos desde la Unión Europea. En particular, analizar la necesidad o no de una obligación tributaria informativa específica para prevenir y evitar determinadas prácticas que, al amparo de la economía colaborativa, puedan ser lesivas para el deber de contribuir. Cualquier intervención legislativa deberá ocuparse prioritariamente de esta cuestión.

Para finalizar esta parte que podríamos denominar introductoria, la profesora Macarena Hernández Bejarano, de la Universidad de Sevilla, analiza el renovado protagonismo que, en el ámbito del empleo autónomo adquieren las entidades de la economía social, en particular, las fórmulas cooperativas en respuesta a las nuevas necesidades sociales surgidas del contexto actual. En concreto, centra su estudio en una de estas nuevas iniciativas empresariales creada por el legislador andaluz en apoyo del trabajo autónomo y del emprendimiento: las cooperativas de impulso empresarial. Su estudio pone de manifiesto los aspectos más relevantes de su funcionamiento para comprobar en qué medida sirven de amparo al trabajador autónomo y se diferencian de otros modelos cooperativos, actualmente en funcionamiento, como son las cooperativas de facturación.

La segunda parte de este estudio se inicia con la contribución de Miguel Rodríguez-Piñero Royo, de la Universidad de Sevilla. Se presenta bajo el título de “El jurista del trabajo frente a la economía colaborativa”, y se plantea como hipótesis de partida la existencia de un problema de obsolescencia normativa en el Derecho de la economía y del trabajo para ordenarlo adecuadamente. Aceptando esto, se identifica la



“agenda regulatoria” del trabajo en plataformas, formada por aquellos aspectos regulatorios necesitados prioritariamente de una intervención por parte de los agentes con capacidad normativa para superar las carencias así identificadas.

En este contexto, el Derecho del Trabajo se enfrenta a su mayor desafío, teniendo que regular una realidad muy diferente a la existente en el momento en el que fue creado. El profesor Adrián Todoli Signes, de la Universidad de Valencia, analiza, desde un punto de vista jurídico, la adecuación del nuevo tipo de empleados que utilizan las empresas –“on demand economy” “Gig economy” al concepto legal de trabajador.

Desde una óptica jurídico-laboral el profesor José Luis López Sánchez, de la Universidad de Sevilla, analiza los nuevos modelos de negocios conocidos como la “uber economy” o “crowdwork offline desde su acceso al empleo, indagando en las formas que los candidatos lo utilizan directamente para presentarse al mercado de trabajo, pero también en aquellas en las que sin tener esa finalidad constituyen vías que exteriorizan facetas personales de los mismos, y que pueden ser tenidas en cuenta por las organizaciones en sus decisiones de contratación.

La profesora Emilia Castellano Burguillo, de la Universidad de Huelva, analiza la distinta tipología de las plataformas digitales sobre las que se desarrolla la denominada economía colaborativa, sus efectos en la economía real y en sus usuarios. Se plantea las importantes deficiencias que tienen lugar en el tratamiento de las relaciones que tienen lugar en su seno (entre usuarios, consumidores, trabajadores o profesionales), en la garantía de los derechos de los consumidores y usuarios, en la calificación jurídica de los prestadores del servicio o en la intervención de los Estados a través de la aplicación de un determinado régimen fiscal o en el desarrollo de una adecuada protección social para los trabajadores de estas plataformas.

La búsqueda de un marco regulador sobre la actividad de las redes sociales profesionales, cuando intervienen en el mercado de trabajo, constituye el objeto de estudio de la profesora Carmen Aguilar del Castillo, de la Universidad de Sevilla. En él se oponen la identificación conceptual y legal de la intermediación laboral en el derecho nacional, internacional y comunitario con la actividad real de algunas redes sociales, sobre todo las autodenominadas profesionales. Se destaca la actividad de la Red LinkedIn por ser, teniendo en cuenta sus propias cifras y marketing, la mejor red de contactos para crear oportunidades de negocio, pero también para la búsqueda de empleo y colocación.

El presente trabajo se cierra con la colaboración del profesor Francisco Javier Calvo Gallego, de la Universidad de Sevilla, que se ocupa de analizar con rigor y detalle los diversos problemas planteados por la experiencia de la plataforma Uber en diversos países. Ésta ha supuesto la experiencia seguramente más interesante hasta la fecha, por su carácter universal y por haber generado respuestas jurídicas en un número significativo de jurisdicciones. En su estudio se identifican las claves para resolver esta cuestión en el marco normativo en vigor.

Miguel C. Rodríguez-Piñero Royo

Macarena Hernández Bejarano

Los Marines, Septiembre 2017

# NUEVAS FORMAS DE ORGANIZACIÓN EMPRESARIAL: ECONOMÍA COLABORATIVA –O MEJOR, ECONOMÍA DIGITAL A DEMANDA–, TRABAJO 3.0 Y LABORALIDAD<sup>1</sup>

*Raquel Serrano Olivares*

*Profesora Titular de Derecho del Trabajo  
y de la Seguridad Social.  
Universidad de Barcelona.*

## **1. INTRODUCCIÓN: PLATAFORMAS DIGITALES Y TRABAJO A DEMANDA 3.0**

La economía colaborativa (“*sharing economy*” o “*collaborative economy*”) comprende aquellos modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas digitales que crean un mercado abierto para el uso temporal de bienes o servicios ofrecidos a menudo por particulares (Comisión Europea, Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, de 2 junio de 2016<sup>2</sup>).

Inicialmente la terminología de “economía colaborativa” se empleó para designar aquellas plataformas digitales que tenían como finalidad ayudar al intercambio de bienes o servicios entre particulares, actuando aquéllas como meras intermediarias del servicio. Actualmente, sin embargo, esa etiqueta se sigue aplicando a muchas empresas que, pese a organizarse mediante plataformas digitales, no tienen finalidad colaborativa, pues no actúan como meras intermediarias, sino que intervienen activamente en la definición de las condiciones de uso de la plataforma y obtienen importantes beneficios económicos. Dicho de otro modo, se trata de plataformas que no actúan como meras intermediarias, sino que también prestan el servicio subyacente. De ahí, pues, que resulten más apropiadas las etiquetas de “economía digital”, “*gig economy*”, “*on demand economy*”, o “trabajo 3.0” (con la que se

---

<sup>1</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>2</sup> 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. Bruselas, 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final, p. 3.

pretende definir la forma en que se prestan servicios, apoyándose en el internet 3.0<sup>3</sup>).

AGOTE<sup>4</sup> 5 ha caracterizado la “*on demand economy*” a partir de tres elementos centrales: a) la desmaterialización del ofertante de los bienes o servicios merced a la digitalización; b) la capacidad tecnológica de contacto instantáneo entre el demandante de bienes o servicios y un “*pool*” de potenciales oferentes; y c) la delegación de decisiones empresariales a programas informáticos que están programados para tomar decisiones en torno a cuestiones centrales tales como la medición del rendimiento o la calidad del servicio.

Desde una perspectiva económica o mercantil, la economía digital “*on demand*” plantea, en primer lugar, la necesidad de diferenciar entre los proveedores de servicios profesionales y no profesionales, de modo que habrá que valorar si los servicios se prestan de forma habitual u ocasional, así como atender al volumen de negocio generado por la actividad en cuestión. En base a ello, los particulares que ofrezcan servicios entre pares de manera ocasional a través de plataformas digitales, no deberían ser tratados automáticamente como prestadores de servicios profesionales y deberían quedar excluidos, en principio, del correspondiente régimen de autorizaciones y licencias previsto para el ejercicio de determinadas actividades. Éste es el parecer de la Comisión Europea, expresado en su Comunicación titulada “Una agenda europea para la economía colaborativa”<sup>5</sup>.

En segundo lugar, desde una perspectiva económica o mercantil, también resulta preciso distinguir entre aquellas plataformas que actúan como servicios de la sociedad de la información y aquellas otras que, además, prestan el servicio subyacente.

De acuerdo con la Comisión Europea<sup>6</sup>, para determinar si una plataforma actúa como mera intermediaria entre el prestador del servicio

<sup>3</sup> Sobre el concepto de trabajo 3.0, vid. RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, Revista Creatividad y Sociedad, núm. 26, 2016, accesible en <http://www.creatividadysociedad.com/> y en [http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/#\\_Toc461016136](http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/#_Toc461016136)

<sup>4</sup> AGOTE R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, IUSLabor, Revista Electrónica de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, núm. 1/2017, Universidad Pompeu Fabra, p. 5. Accesible en <https://www.upf.edu/web/iuslabor>

<sup>5</sup> Pp. 4 a 6.

<sup>6</sup> Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, pp. 6 y 7. Para un análisis detallado del contenido y alcance de esta comunicación, vid. HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, Revista Española de Derecho del Trabajo, núm. 192, noviembre 2016.

y el destinatario del mismo (servicio de la sociedad de la información) o bien, además, como prestadora del servicio subyacente, es preciso tomar en consideración tres criterios básicos: a) ¿quién fija el precio del servicio?; b) ¿quién fija los términos y condiciones del servicio?, y c) ¿a quién corresponde la propiedad o titularidad de los activos clave para prestar el servicio?. En definitiva, el nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el prestador de los servicios tendrá, por lo general, una importancia significativa.

Cuando se cumplen estos tres criterios, hay indicios claros de que la plataforma digital ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente, además de un servicio de la sociedad de la información (Comisión Europea<sup>7</sup>).

Esta distinción no es baladí, pues de ella depende que a la plataforma se la considere como un servicio de la sociedad de la información y se beneficie, por tanto, de la libre prestación de servicios o, por el contrario, se le aplique la entera normativa sustantiva reguladora de los diversos servicios de que se trate, incluyendo las preceptivas licencias y autorizaciones administrativas.

En esta línea se ha pronunciado el Abogado General del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Maciej Szpunar, en sus conclusiones<sup>8</sup> en el asunto C-434/15, a propósito de la petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil núm. 3 de Barcelona, en el litigio entre la Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L. Interesa señalar a este respecto que Uber es una plataforma electrónica que ofrece servicios de transporte de viajeros mediante una aplicación informática que se descarga en el móvil del cliente. Dicha aplicación reconoce la localización del usuario y encuentra los conductores disponibles.

El Abogado General Szpunar considera que el servicio ofrecido por Uber no puede estar incluido en el concepto de “servicio de la sociedad de la información”, por cuanto que la plataforma en cuestión no ejerce una actividad propia que exista de manera independiente de dicha plataforma, y, además, controla los factores económicamente relevantes del servicio de transporte urbano ofrecido en el marco de esta plataforma. En efecto, el Abogado General concluye que la prestación de poner en contacto pasajero y conductor facilitada por vía electrónica, ni

<sup>7</sup> Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, pp. 7.

<sup>8</sup> Conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2017.

es autónoma ni principal en relación con la prestación de transporte. Consiguientemente, las prestaciones ofrecidas por la plataforma Uber no se benefician del principio de libre prestación de servicios, sino que deben incluirse en el ámbito del transporte regulado por el Derecho de los Estados miembros (en el caso en cuestión, Uber debe disponer de las licencias y autorizaciones previstas por el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona).

Aunque las conclusiones del Abogado General no vinculan al Tribunal de Justicia, es lo cierto que los jueces y juezas del Tribunal no suelen apartarse de la solución jurídica propuesta por aquél a la hora de dictar sentencia. En todo caso, habrá que esperar al resultado de la sentencia que se dicte en los próximos meses.

Desde una perspectiva laboral<sup>9</sup>, siguiendo a DE STEFANO<sup>10</sup>, la economía digital está generando un tipo de trabajo a demanda (“*on demand work*”) que ha supuesto un importante incremento de una fuerza de trabajo “*just-in-time*”, que es retribuida por servicio y sólo cuando se presta efectivamente el servicio, dando acceso, así, al ser humano como servicio. Ciertamente, las plataformas digitales permiten desarrollar una actividad económica en el mercado sin necesidad de disponer de una plantilla de trabajadores/as asalariados/as, merced a la posibilidad brindada por la tecnología de descentralizar el servicio prestado hacia un gran número de personas para garantizar en todo momento la cobertura de la demanda (GINÈS y GÁLVEZ<sup>11</sup>). Interesa destacar a este respecto que tal nivel de descentralización productiva no había sido posible hasta el desarrollo de la tecnología actual (TODOLÍ<sup>12</sup>).

<sup>9</sup> Sobre la situación de los trabajadores/as en la economía colaborativa, vid. Informe del Parlamento Europeo, de octubre de 2016, titulado “The situation of workers in the collaborative economy”; informe que ofrece un diagnóstico de situación y un resumen de la principal literatura científica sobre el tema. Accesible en [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL\\_IDA\(2016\)587316\\_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/IDAN/2016/587316/IPOL_IDA(2016)587316_EN.pdf)

<sup>10</sup> DE STEFANO, V.: “The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowd-work and labour protection in the “gig-economy”, Conditions of Work and Employment Series, núm. 71/2016, Organización Internacional del Trabajo, p. 4. Accesible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_443267.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_443267.pdf)

<sup>11</sup> GINÈS, A. y GÁLVEZ, S.: “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *Indret*, núm. 1/2016, pp. 6 y 7. Accesible en [http://www.indret.com/pdf/1212\\_es.pdf](http://www.indret.com/pdf/1212_es.pdf)

<sup>12</sup> TODOLÍ, A.: “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, núm. 3/2015, p. 3. Accesible en <https://www.upf.edu/web/iuslabor>

Como bien puntualiza AGOTE<sup>13</sup>, la economía “*on demand*” no se refiere tanto a los condicionantes de la demanda de los clientes, sino a los condicionantes de demanda respecto de los prestadores, pudiendo la plataforma ajustar su fuerza de trabajo en función de la demanda a partir de un amplio “*pool*” o parrilla de potenciales prestadores de servicios.

La principal problemática que plantea tal fenómeno desde un plano laboral es que la mayoría de personas que prestan sus servicios en forma de llamada o convocatoria son habitualmente consideradas por las plataformas digitales como trabajadoras/es por cuenta propia, en la medida en que dichos trabajadores/as tienen libertad para decidir el momento y duración de su prestación de servicios y, a menudo, no vienen obligados, al menos de forma directa, a llevar a cabo una prestación mínima de servicios.

Las actividades inherentes al ciclo productivo de la empresa son subdivididas en micro tareas y absolutamente descentralizadas hacia un gran número de personas, generándose la duda de si tal descentralización productiva para la realización de propia actividad es compatible con el trabajo por cuenta propia (GINÈS y GÁLVEZ<sup>14</sup>). En este sentido se ha señalado que el trabajo autónomo exige específicas competencias profesionales y normalmente es contratado para tareas que los empleados/as de un cliente no son capaces de llevar a cabo y que, además, son tangenciales en el día a día del negocio. En cambio, en el trabajo a demanda vía apps/internet, el trabajo de los prestadores de servicios no requiere a menudo especiales competencias profesionales y, más importante aún, su trabajo es central, no tangencial, para el negocio de la plataforma<sup>15</sup>.

Otro riesgo es la muy extendida consideración de este tipo de trabajos como “no trabajo”, es decir, como actividades marginales que muchas personas llevan a cabo en sus ratos libres, sin que constituyan su principal fuente de ingresos<sup>16</sup>. Al situar como primera motivación de este tipo de trabajos el obtener un dinero extra, la percepción es que no hay necesidad de regularlo.

<sup>13</sup> “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, op. cit., p. 5.

<sup>14</sup> “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, op. cit., p. 38.

<sup>15</sup> Informe del Parlamento Europeo “The situation of workers in the collaborative economy”, octubre de 2016, p. 5.

<sup>16</sup> Informe del Parlamento Europeo “The situation of workers in the collaborative economy”, octubre de 2016, p. 3.

Estas formas novedosas y atípicas de trabajo van incrementándose a medida que la economía se hace más global, y en este escenario, la preocupación por garantizar los derechos laborales asociados a un trabajo digno también resulta creciente planteando nuevos retos al Derecho del Trabajo, así como al propio Derecho Internacional del Trabajo. Buena muestra de la importancia de las transformaciones actuales en el mundo del trabajo es la Iniciativa lanzada por la Organización Internacional del Trabajo (OIT), con ocasión de la conmemoración de su centenario en el año 2019, sobre el Futuro del Trabajo, como un proceso global de reflexión para llegar a entender el alcance de tales transformaciones y ayudar a guiar la actividad de la OIT, de los gobiernos y de los interlocutores sociales.

La tensión entre protección del trabajo y fomento de la actividad económica aflora con renovada intensidad en el marco de la economía digital, resolviéndose a nivel práctico a través de una generalizada “huida” del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo. La principal finalidad de este capítulo es la de tratar de responder a la cuestión de hasta qué punto es necesario que el trabajo a demanda en el marco de plataformas digitales sea reconducido al ámbito de cobertura del Derecho del Trabajo y si a tal fin es preciso o no un replanteamiento de los instrumentos clásicos de regulación y garantía del Derecho del Trabajo.

Me gustaría destacar, de entrada, que tales cuestiones no pueden resolverse únicamente aplicando asépticamente las herramientas de la ciencia jurídica, sino que es preciso contextualizarlas en su dimensión política: los procesos regulatorios responden a planteamientos de política del Derecho y estas razones político-filosóficas deben aflorar en este debate y ayudar a la solución.

A tal fin, se partirá de una descripción del fenómeno, tratando de establecer de forma simplificada una tipología de los distintos modos de organización empresarial en el marco de la economía digital. En segundo lugar, se delimitarán las diversas formas de empleo desarrolladas en el contexto de la economía digital y sus principales características, a fin de valorar hasta qué punto escapan del ámbito de aplicación y protección del Derecho del Trabajo actual. Finalmente se analizará si los instrumentos regulatorios actuales permiten una adecuada protección del empleo desplegado a través de plataformas digitales o si, por el contrario, es preciso una refundación del Derecho del Trabajo que redefina su ámbito de cobertura y articule nuevos instrumentos de protección.



## 2. NUEVOS MODELOS DE NEGOCIO Y NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS

Aunque el común denominador de las empresas digitales es el uso de internet y de plataformas virtuales basadas en aplicaciones para conectar compradores y vendedores de bienes y servicios (GAUTHIER<sup>17</sup>), lo cierto es que ni todas las plataformas digitales operan de la misma forma (como se vio, algunas no sólo actúan como intermediarias, sino que también prestan el servicio subyacente), ni tampoco las prestaciones de servicios que se desarrollan en el marco de este tipo de empresas son en absoluto homogéneas.

### 2.1. TIPOLOGÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN FUNCIÓN DEL OBJETO NEGOCIAL: INTERCAMBIO Y DISFRUTE DE BIENES O PRESTACIÓN DE UN SERVICIO

Para empezar, siguiendo a CALVO<sup>18</sup>, las plataformas que se limitan a ofrecer el disfrute temporal de un bien (Airbnb, por ejemplo, pone en contacto a millones de personas en todo el mundo para el alquiler de alojamientos), no suelen plantear problemas a nivel jurídico-laboral, por cuanto que los servicios personales que se pueden llegar a prestar de cara a garantizar el disfrute del bien son marginales y, en todo caso, son fácilmente reconducibles al trabajo por cuenta ajena (limpieza, mantenimiento o servicios de atención al cliente, por ejemplo), a diferencia del trabajo a demanda prestado a través de apps/internet, como luego se analizará.

Como precisa la Comisión Europea, el proveedor del servicio de alojamiento fija sus propios precios y la plataforma no posee ninguno de los activos para la prestación del servicio. El hecho de que la plataforma colaborativa pueda ofrecer también servicios de seguro y calificación a sus usuarios no tiene por qué alterar esta conclusión<sup>19</sup>.

Cuestión distinta es el impacto económico de plataformas como Airbnb sobre el negocio hotelero y de alquiler turístico de viviendas en aquellos lugares donde operan con más intensidad, razón por la cual algunas ciudades han limitado el alquiler de vivienda a través de Airbnb a un número máximo de días al año.

<sup>17</sup> GAUTHIER, G., “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, accesible en <https://adriantodoli.files.wordpress.com/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnolog3adas-en-el-mundo-del-trabajo.pdf>, p. 3.

<sup>18</sup> CALVO, J., “Tipología de plataformas y su trascendencia laboral”, accesible en <http://grupo.us.es/iwpr/economia-colaborativa-y-derecho-social/tipologia-de-plataformas-y-su-trascendencia-laboral/>

<sup>19</sup> Comunicación de la Comisión Europea “Una agenda europea para la economía colaborativa”, p. 7.

En cambio, la mayor problemática a efectos de calificación jurídico-laboral se centra en las plataformas que ofrecen servicios de carácter personal o, en otras palabras, que implican la prestación de actividad de forma directa por parte de personas físicas. En estos casos, las plataformas digitales pueden actuar como meras bases de datos o intermediarias entre prestadores de servicios y clientes, o bien pueden operar como auténticas prestadoras del servicio asumiendo la organización y control del mismo.

## 2.2. TIPOLOGÍA DE PLATAFORMAS DIGITALES EN FUNCIÓN DEL MODO DE PRESTACIÓN DEL SERVICIO: COMO MERAS INTERMEDIARIAS O COMO PRESTADORAS DEL SERVICIO SUBYACENTE

Como se avanzó, el elemento clave para diferenciar las plataformas que operan como meras intermediarias entre prestadores y clientes de las que lo hacen como auténticas prestadoras del servicio subyacente, se sitúa en el nivel de control o influencia que la plataforma ejerce sobre el servicio que se presta y, por ende, sobre las personas prestadoras de tales servicios. De este modo, desde un plano laboral, lo relevante es que la plataforma organice el servicio y, por extensión, el trabajo de los prestadores/as de servicios adscritos al mismo, planteándose así problemas de calificación jurídica en torno a ese trabajo.

La habitualidad o marginalidad en la prestación del servicio, aunque ha sido elevada a la categoría de indicio de no laboralidad por la Comisión Europea<sup>20</sup>, no puede impedir por sí misma la calificación de una prestación de servicios como laboral, por muy temporal y esporádica que pueda llegar a ser<sup>21</sup>.

En los supuestos de plataformas que actúan realmente como meras intermediarias, los problemas de calificación jurídica se trasladan a la relación entre el prestador del servicio y el cliente o destinatario; relación que podrá ser calificada de trabajo por cuenta propia si concurren las notas de remuneración, habitualidad en la prestación de servicios, autonomía organizativa, posibilidad de lucro específico y asunción de riesgos, pero sin que quepa excluir en línea de principio el carácter laboral de tal relación.

En este contexto, el carácter retribuido o no retribuido del servicio puede plantear un particular problema de calificación jurídica de la prestación de servicios misma. Téngase en cuenta que la Comisión eu-

<sup>20</sup> Comunicación de la Comisión Europea “Una agenda europea para la economía colaborativa”, p. 14.

<sup>21</sup> CALVO, J.: “Tipología de plataformas y su trascendencia laboral”, op. cit.

ropea recomienda emplear el criterio de la remuneración para distinguir un voluntario de un trabajador, de modo que cuando el prestador no recibe una remuneración o recibe simplemente una compensación por los costes realizados para sus actividades, hay que entender que el criterio de la remuneración no se cumple<sup>22</sup>.

Especialmente compleja resulta la tarea de calificar jurídicamente las prestaciones de servicios que se desarrollan en el marco de plataformas virtuales que ponen en contacto a personas que prestan servicios a cambio de alojamiento y/o manutención u otras compensaciones en especie, como la plataforma Workaway, que pone en contacto a anfitriones y voluntarios/a con la finalidad de intercambio cultural, viajar y aprender idiomas. En tales casos, y como ha sido destacado por GINÈS y GÁLVEZ<sup>23</sup>, el trabajo prestado a sujetos distintos a entidades de voluntariado y en actividades económicas con ánimo de lucro, no puede tener en el ordenamiento jurídico español consideración de voluntariado, sin que tampoco pueda calificarse de trabajo a título de amistad, benevolencia o buena vecindad, desde el momento en que no se produce un trabajo de forma desinteresada o netamente altruista, sino que se da una compensación en especie. En estos casos, por tanto, las personas que prestan servicios en España para entidades o personas con ánimo de lucro, deberán cobrar, al margen del salario en especie, una retribución en metálico equivalente, al menos, al salario mínimo interprofesional o, en su caso, las cuantías mínimas previstas en el convenio colectivo que resulte de aplicación.

Distinto sería el caso de plataformas digitales donde el prestador del servicio se limita a compartir un bien del que es titular con la única finalidad de reducir gastos, como en el caso de la plataforma Blablacar, que se limita a poner en contacto a personas que quieren realizar un trayecto común y coinciden para hacerlo el mismo día, compartiendo los gastos del viaje sin obtener beneficio. En este supuesto no hay compensación económica por la prestación de un servicio, ya que el titular del vehículo realiza la ruta que a él/ella le interesa y, simplemente, busca acompañantes que realicen la misma ruta a fin de minimizar los gastos de desplazamiento.

En todo caso, conviene subrayar que los prestadores de servicios no asalariados o autónomos se enfrentan también en el nuevo contexto

<sup>22</sup> Comunicación de la Comisión Europea “Una agenda europea para la economía colaborativa”, p. 14.

<sup>23</sup> “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, op. cit., pp. 33-35.

tecnológico a los riesgos de discontinuidad de los servicios y de falta de continuidad de los ingresos. Como ya ha sido destacado por RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO<sup>24</sup>, será preciso entonces repensar estas prestaciones de servicios “no laborales” asumiendo lo que verdaderamente son, un vehículo a través del cual personas físicas acuden al mercado para obtener una retribución que les sirva de soporte vital.

Ahora bien, en realidad, dichos riesgos –discontinuidad de los servicios y falta de continuidad de los ingresos– están igualmente presentes, en alguna medida, en el trabajo autónomo efectuado al margen de plataformas digitales, resultando hasta cierto punto inherentes a la propia idea de trabajo autónomo. Seguramente el importante crecimiento del trabajo autónomo en general, y no sólo en el contexto de plataformas digitales, es lo que de verdad plantea la necesidad de proteger a las personas físicas que desarrollan servicios en régimen autónomo, sobre todo por lo se refiere a sus derechos de protección social. Y en este punto, muchas y variadas están siendo las propuestas regulatorias: desde un nuevo desarrollo de los contratos de servicios de Derecho privado hasta el autoempleo colectivo vía cooperativas o sociedades laborales de trabajadores que ofrezcan sus servicios a un mercado fragmentado a través de soportes tecnológicos, o bien como sociedades profesionales que agrupen a personas trabajando por cuenta propia<sup>25</sup>.

Al final, el desafío para el mundo del trabajo proviene del mismo hecho: la descentralización y fragmentación extremas del trabajo gracias a las nuevas tecnologías; situación que está sacudiendo por igual a las dos categorías clásicas de trabajadores –por cuenta propia y por cuenta ajena–.

### 2.3. TIPOLOGÍA DE PRESTACIONES DE SERVICIOS EN EL MARCO DE PLATAFORMAS DIGITALES QUE PRESTAN EL SERVICIO SUBYACENTE: EL “CROWDWORK” Y EL TRABAJO A DEMANDA VÍA APPS/INTERNET

Como se avanzó, no todas las prestaciones de servicios desarrolladas en el marco de plataformas digitales prestadoras del servicio subyacente presentan las mismas características. Más bien al contrario, la diversidad de plataformas y la heterogeneidad de las condiciones de prestación de la actividad dificultan su entendimiento a nivel práctico

<sup>24</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, op. cit.

<sup>25</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, op. cit.

y su calificación a nivel jurídico. Con todo, la doctrina científica, en un esfuerzo de simplificación, ha agrupado las diversas formas de prestación de servicios y ha trazado una doble tipología: el “*crowdwork*” y el “trabajo a demanda vía apps/internet”.

Así, DE STEFANO<sup>26</sup> y BERG<sup>27</sup>, entre otros<sup>28</sup>, definen el “*crowdwork*” como el trabajo que es ejecutado a través de plataformas “*on line*” y que pone en contacto un número indefinido de organizaciones e individuos permitiendo potencialmente conectar clientes y trabajadores a nivel mundial para llevar a cabo normalmente micro tareas o actividades extremadamente parceladas que son ejecutadas en su mayor parte “*on line*”. En cuanto al “*work on-demand via apps/internet*”, comprende, por lo general, trabajos tradicionales como transporte, limpieza, mantenimiento u otros servicios complementarios que son ofrecidos y asignados a través de *apps* instaladas en móviles, como el conocido caso de Uber.

La principal diferencia entre una y otra forma de trabajo es que el “*crowdwork*” es principalmente ejecutado “*on line*”, permitiendo a los clientes y prestadores del servicio operar desde cualquier lugar del mundo, mientras que en el “*work on-demand via apps/internet*” sólo la puesta en contacto entre demanda y oferta de actividades se realiza “*on line*”, ejecutándose más tarde la prestación de servicios a nivel local.

Esta categorización permite resaltar la mayor dificultad de penetrar, a efectos de su calificación –y control–, en las prestaciones de servicios que se desarrollan prácticamente en su totalidad “*on line*” y, por tanto, desde cualquier lugar del mundo, planteándose el importante problema práctico de la desconexión territorial entre la empresa/plataforma digital y los prestadores de servicios.

Ciertamente, en el “*crowdwork on line*” puede ocurrir que la legislación del país de establecimiento de la plataforma (domicilio donde se sitúa su sede social, a menudo, una mera oficina virtual que gestiona las lla-

<sup>26</sup> DE STEFANO, V.: “The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”, op. cit., pp. 2-3.

<sup>27</sup> BERG, J.: “Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers”, Conditions of Work and Employment Series, núm. 74/2016, Organización Internacional del Trabajo, pp. 5 y ss. Accesible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed\\_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms\\_479693.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---travail/documents/publication/wcms_479693.pdf)

<sup>28</sup> Véase el informe del Parlamento Europeo sobre “The situation of workers in the collaborative economy”, de octubre de 2016, donde se da cuenta de la principal literatura científica sobre el tema.

madras telefónicas, faxes, correos electrónicos y postales enviados a la plataforma) califique como laborales –o como trabajo autónomo con ciertos derechos laborales– las prestaciones de servicios desarrolladas de forma territorialmente deslocalizada por cuenta de aquella y, sin embargo, su control y exigencia se vean muy dificultados en la práctica por la distancia física y territorial, debiendo asumir el prestador del servicio el coste de litigar en el país de establecimiento de la plataforma a fin de hacer valer sus derechos con efectividad.

También pudiera ocurrir, al contrario, que la legislación del país donde se desarrolla efectivamente el trabajo para la plataforma califique dicho trabajo como laboral –o como trabajo autónomo con ciertos derechos laborales– y, en cambio, ello no suceda en el país de establecimiento de la plataforma, volatilizándose así la posibilidad de exigir el cumplimiento efectivo de los derechos laborales en el país donde se prestan los servicios, a menos que la plataforma opere también en tal país y disponga de bienes contra los que ejecutar una eventual condena judicial o administrativa.

Téngase en cuenta a este respecto que la circulación transfronteriza de sentencias judiciales y de sanciones administrativas queda circunscrita a ciertos ámbitos regionales, como es el caso de la Unión Europea y el Espacio Económico Europeo, de manera que, aunque el prestador del servicio pudiera obtener una sentencia o sanción administrativa favorable en el país donde desarrolla físicamente tal servicio, sería difícil llegar a ejecutar extraterritorialmente tal sentencia o sanción en el país del establecimiento de la plataforma, a salvo los supuestos en que la plataforma opere o tenga bienes adscritos a la actividad en el país donde el prestador desarrolla físicamente su actividad (fundamentalmente, cuentas bancarias contra las que decretar un embargo).

En todo caso, volviendo a los diversos tipos de prestaciones de servicios existentes, como sugiere DE STEFANO<sup>29</sup>, más que centrarnos en sus diferencias, es preciso poner de relieve los elementos comunes que comparten ambos tipos de prestaciones de servicios –“*crowdwork on line*” y “*on demand work* vía apps/internet”–, y que se resumen en la idea del “ser humano como servicio” y en la deshumanización extrema de la fuerza de trabajo que se deriva del escaso o inexistente contacto humano, dando lugar a un nuevo grupo de trabajadores invisibles cuyas tareas son, sin embargo, sometidas a un nivel de escrutinio público sin precedentes gracias a las nuevas tecnologías, lo que ha supuesto,

<sup>29</sup> DE STEFANO, V.: “The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”, op. cit., pp. 3-6.

además, una acusada externalización de la responsabilidad empresarial respecto a la calidad del servicio; responsabilidad que se individualiza y se hace recaer ahora en el prestador/a directo del servicio.

### **3. ECONOMÍA DIGITAL, TRABAJO A DEMANDA 3.0 Y TRABAJO ATÍPICO: A VUELTAS CON UNA PROBLEMÁTICA NO TAN NOVEDOSA**

En el panorama que se acaba de describir, la empresa y el empleador dejan de ser el espacio físico y jurídico donde la persona trabajadora puede ejercitar sus derechos como trabajador/a y como ciudadano/a. Las personas trabajadoras son deshumanizadas hasta un extremo nunca antes conocido y derechos básicos como el derecho al trabajo y a la estabilidad en el empleo, el derecho a la formación profesional continua, el derecho a la ocupación efectiva, el derecho a una remuneración suficiente, el derecho a la conciliación de la vida personal y laboral, el derecho a la seguridad y salud en el trabajo, el derecho a las vacaciones anuales retribuidas o los derechos colectivos de acción sindical, entre otros, quedan volatilizados tanto si la prestación de servicios es calificada de trabajo autónomo como de trabajo asalariado, pues el trabajo a demanda se basa precisamente en la despersonalización y discontinuidad de los servicios.

Estas características del trabajo a demanda en la economía digital son también compartidas en buena medida por el trabajo atípico, de ahí, pues, la necesidad de situar el debate sobre la economía “*on demand*” dentro del más amplio debate sobre el trabajo atípico.

Como acertadamente defiende DE STEFANO<sup>30</sup>, la economía “*on demand*” no puede ser analizada como una categoría separada del trabajo atípico en la medida en que comparte buena parte de la problemática con otras formas de trabajo atípico y, en particular, la discontinuidad de los servicios y, por ende, la inestabilidad de ingresos. Efectivamente, los países desarrollados están experimentando el incremento de figuras contractuales tales como el contrato de “cero horas”, que permite contratar y extinguir el contrato con enorme flexibilidad en atención a la demanda.

De acuerdo con el informe de la OIT sobre el trabajo atípico (noviembre 2016)<sup>31</sup>, éste incluye, entre otros, el trabajo temporal, incluido el

<sup>30</sup> DE STEFANO, V: “The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”, op. cit., pp. 6 y ss.

<sup>31</sup> Empleo atípico en el mundo: Entender los desafíos, dar forma a las perspectivas. Accesible en [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_534326.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_534326.pdf)



realizado a través de agencias de trabajo temporal, el trabajo en régimen de contrata y subcontrata de obras y servicios, y otras formas de relaciones de trabajo multilaterales, la figura del falso autónomo, el trabajo por cuenta propia económicamente dependiente y el trabajo a tiempo parcial.

Por dispares que puedan parecer, todas estas formas atípicas o informales de trabajo plantean en la práctica el mismo problema central: cómo asegurar condiciones de trabajo decentes (DE STEFANO<sup>32</sup>, BERG<sup>33</sup> y VEGA<sup>34</sup>). Ello permite incluir las nuevas formas de trabajo de la economía digital dentro del ámbito de aplicación de las políticas ideadas para mejorar la protección del trabajo informal o atípico.

Cabe señalar a este respecto que la estrategia seguida por la OIT a propósito del trabajo atípico parte de la idea de que es necesario garantizar el trabajo decente –y, por tanto, una protección mínima para los trabajadores, así como para las empresas frente a la competencia desleal– con independencia del tipo de contrato o relación contractual que le sirva de base jurídica. Tal punto de partida queda perfectamente definido en el ya citado informe que la OIT publicó en noviembre de 2016 titulado “Empleo no normalizado o atípico en todo el mundo: entender los desafíos, dar forma a las perspectivas”; informe que es parte de la iniciativa sobre el Futuro del Trabajo auspiciada por el Director General de la OIT (BERG<sup>35</sup>).

En su informe, la OIT identifica hasta siete áreas de inseguridad comunes a las diversas formas de trabajo atípico: 1) inestabilidad en el empleo y escasa transición desde el empleo temporal al indefinido; 2) salarios bajos en comparación con los trabajadores/as estándar; 3) escaso control sobre la cantidad y distribución de las horas de trabajo, lo que se traduce en la falta de garantía de un mínimo salarial así como en la mayor dificultad de conciliar la vida personal con la laboral; 4) mayor riesgo de padecer accidentes de trabajo y enfermedades relacionadas con el trabajo dado el efecto combinado de una escasa formación y una supervisión pobre; 5) exclusión o insuficiente cober-

<sup>32</sup> DE STEFANO, V.: “The rise of the “just-in-time workforce”: On-demand work, crowdwork and labour protection in the “gig-economy”, op. cit., pp. 9 y ss.

<sup>33</sup> BERG, J.: “Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers”, op. cit., pp. 21 y ss.

<sup>34</sup> VEGA, M.L.: “El futuro del trabajo: ¿Revolución industrial y tecnológica o crisis del Estado Social?”, IUSLabor, núm. 1/2017. Accesible en <https://www.upf.edu/web/iuslabor>

<sup>35</sup> Véase un extenso comentario sobre el informe y la estrategia de la OIT en materia de empleo atípico: BERG, J.: “Non-standard employment: challenges and solutions”, IUSLabor, núm. 3/2016. Accesible en <https://www.upf.edu/web/iuslabor>



tura del sistema de seguridad social (desempleo y jubilación) dada la discontinuidad y, a veces, marginalidad del trabajo; 6) escaso acceso a la formación profesional continua con negativas repercusiones en la carrera profesional; y 7) difícil acceso a las formas de representación y acción colectiva de los trabajadores/as.

Cierto es que las inseguridades recién expuestas pueden estar también presentes en el trabajo estándar, sin embargo, son menos prevalentes que en el trabajo informal o atípico (BERG<sup>36</sup>).

En su informe, la OIT traza cuatro grandes áreas de intervención a nivel político para hacer frente a los déficits del trabajo atípico: 1) garantizar a nivel legislativo la igualdad de trato entre trabajadores/as en trabajos estándar y atípicos por lo que se refiere al disfrute de derechos y beneficios económicos, sin perjuicio de aplicar el principio de proporcionalidad, estableciendo, en particular, un mínimo garantizado de horas de trabajo y limitando la variabilidad de los horarios laborales; 2) reforzar la negociación colectiva de condiciones de trabajo tomando en cuenta las particularidades del trabajo atípico en los diferentes sectores de actividad; 3) reforzar la protección social adaptando los sistemas de seguridad social a fin de ampliar su cobertura y complementando la seguridad social con políticas universales que garanticen un nivel básico de protección social y; 4) instaurar políticas sociales y de empleo que permitan gestionar adecuadamente los riesgos sociales derivados del trabajo atípico (adaptación de los sistemas de desempleo, mejora de los permisos parentales y de los servicios de atención a las personas dependientes para ayudar a los trabajadores/as a conciliar su vida laboral y personal, entre otras).

El diagnóstico y las propuestas de solución articuladas por la OIT suponen un buen punto de partida para abordar la protección del trabajo “*on demand*” en la economía digital; propuestas de solución que suponen un zócalo mínimo de protección aplicable a todo tipo de trabajo, con independencia –se insiste– del tipo de relación contractual que le sirva de base. La idea de garantizar unos niveles mínimos de dignidad y seguridad en cualquier trabajo que se presta de manera personal y directa, con independencia de su mayor o menor nivel de dependencia respecto de una empresa, late en todas las actuaciones de la OIT, significativamente desde la Declaración relativa a los principios y derechos fundamentales en el trabajo de 1998.

Sin embargo, la aproximación –necesariamente– de mínimos de la OIT a las nuevas formas de trabajo no puede hacernos olvidar que el De-

<sup>36</sup> BERG, J.: “Non-standard employment: challenges and solutions”, op.cit., p. 5.

recho del Trabajo constituye la herramienta fundamental para compensar las desigualdades económicas en el mundo del trabajo, y que el contrato de trabajo sigue siendo el instrumento clave a tal fin. De ahí, pues, que la doctrina científica y judicial de muchos países no renuncie a ubicar las nuevas formas de empleo bajo el paraguas de la laboralidad. Todo ello sitúa en primera línea de debate el papel que el Derecho del Trabajo debe jugar en el marco de las nuevas formas de trabajo y la necesidad o no de ampliar su ámbito de cobertura y/o de mejorar sus mecanismos de protección.

#### **4. EL DERECHO DEL TRABAJO COMO RESPUESTA POLÍTICA Y MORAL ANTE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO EN LA ECONOMÍA DIGITAL**

La falta de atención específica y de regulación de las nuevas formas de trabajo no responde a un proceso inevitable. Como tampoco lo es el hecho de que los robots puedan un día tomar decisiones con tal grado de autonomía que anulen las decisiones humanas. El progreso, las transformaciones, las revoluciones son elementos inherentes al devenir de la historia de la humanidad, sin embargo, las mujeres y hombres que encarnamos esa humanidad podemos regular y ordenar tales cambios para que éstos resulten beneficiosos, o al menos aporten más beneficios que perjuicios, a la humanidad en su conjunto.

Consiguientemente, la “huida” del ámbito laboral no constituye un proceso inevitable, sino que puede ser contenida e, incluso, regulada. Se trata de una decisión de naturaleza política. Nada impide que el trabajo en la economía digital sea regulado –ya sea a nivel legislativo y/o convencional– a fin de establecer derechos básicos que hagan posible un trabajo decente.

Como afirma VEGA<sup>37</sup>, el Derecho del Trabajo “*sigue constituyendo la herramienta fundamental a fin de asegurar la justicia social y la seguridad jurídica, fundamento del Estado social y de la democracia, de manera que el mundo del trabajo podrá ser diferente, pero en ningún caso el trabajo podrá ser una mercancía*”, como ya queda expresado en la propia Constitución de la OIT.

Por ello, es preciso reconocer que el abordaje a nivel jurídico del trabajo en la economía digital presenta una dimensión política y moral que no puede ser soslayada. Y, como con acierto sostiene VEGA<sup>38</sup>, en

<sup>37</sup> VEGA, M<sup>a</sup>.L.: “El futuro del trabajo: ¿Revolución industrial y tecnológica o crisis del Estado Social?”, op. cit., p. 8.

<sup>38</sup> VEGA, M<sup>a</sup>. L.: “El futuro del trabajo: ¿Revolución industrial y tecnológica o crisis del Estado Social?”, op. cit., p. 9.

el contexto de una economía capitalista, no podemos olvidar que el ordenamiento laboral debe seguir jugando un papel redistributivo.

Consiguientemente, la protección del trabajo “*on demand*” 3.0 en el marco de la economía digital debe llevarse a cabo principalmente desde el Derecho laboral a fin de seguir compensando la desigualdad económica y negocial de las partes de la relación de trabajo. Desigualdad y asimetría de posiciones respecto del mercado de bienes y servicios que las nuevas formas de trabajo han agudizado, si cabe.

La cuestión central resulta, entonces, determinar si el Derecho del Trabajo ya brinda una protección suficiente o si, por el contrario, su ámbito de cobertura y/o sus mecanismos de protección resultan insuficientes en el marco de la economía digital.

## **5. ENCAJE DE LAS NUEVAS FORMAS DE EMPLEO EN EL ÁMBITO DE COBERTURA DEL DERECHO DEL TRABAJO: EL RENOVADO PROTAGONISMO DE LA AJENIDAD EN EL MERCADO COMO ELEMENTO DEFINITORIO CLAVE DEL CONTRATO DE TRABAJO EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA DIGITAL**

Dejando a un lado el análisis pormenorizado del funcionamiento de concretas plataformas digitales, la finalidad de este apartado es la de ofrecer criterios y pautas interpretativas generales que faciliten la tarea de calificar jurídicamente las relaciones contractuales que se entablan entre las plataformas digitales, por un lado, y las personas prestadoras de los servicios, por otro.

Se ha dicho que las nuevas formas de empleo no sólo están suponiendo cambios en los contornos definitorios del trabajo asalariado sino también en el propio concepto de empresario a efectos laborales, hasta el punto de plantearse la cuestión de si un conjunto de algoritmos –que está en la base de la programación de las plataformas digitales– puede resultar empresario a tales efectos.

Aunque la cuestión no deja de resultar sugerente, entiendo que no presenta mayor trascendencia desde un punto de vista jurídico, por cuanto que dicho conjunto de algoritmos tiene detrás un titular a efectos jurídicos que pretende obtener en el mercado un beneficio económico o, al menos, de forma más amplia, desarrollar una actividad económica. Y el rastro del titular del “negocio” puede hallarse sin dificultad merced a las nuevas tecnologías.

Nos centraremos por ello en el reto de calificar jurídicamente la prestación de servicios del prestador/a cuando la plataforma establece las

condiciones esenciales del servicio y, por tanto, podemos considerar que la plataforma misma presta el servicio.

A nivel doctrinal, esta cuestión ha sido ya tratada extensamente dentro y fuera de nuestras fronteras. También contamos con la experiencia práctica y jurídica de otros ordenamientos jurídicos que, ya sea a nivel legislativo, ya sea a nivel judicial, están reconduciendo buena parte de las prestaciones de servicios que se ejecutan a nivel local a través de apps/internet al concepto de trabajo asalariado, al de trabajador/a autónomo económicamente dependiente o, incluso, están reconociendo ciertos derechos “laborales” a los trabajadores autónomos.

Éste último es el caso de Francia, donde la reforma legislativa laboral de agosto de 2016 supuso la introducción en el Código del Trabajo francés de un nuevo capítulo titulado “responsabilidad social de las plataformas” (artículos L7342-1 a L7342-6); regulación que resulta de aplicación a los trabajadores independientes que recurren para el ejercicio de su actividad profesional a una o varias plataformas digitales. Resulta de interés destacar que la regulación se dirige a aquellas plataformas que determinen las características de la prestación del servicio ofrecido o del bien vendido y fijen su precio, de manera que puede sostenerse que el legislador francés parte de considerar que el hecho de que la plataforma ejerza un control efectivo sobre la organización del servicio subyacente no determina automáticamente la calificación de los prestadores de servicios como trabajadores por cuenta ajena. Al contrario, de la nueva regulación legal parece desprenderse la presunción que el trabajo desarrollado para una o varias plataformas digitales que prestan el servicio subyacente, tiene naturaleza de trabajo autónomo o por cuenta propia; calificación jurídica que no impide el reconocimiento de ciertos derechos “laborales” mínimos.

Así pues, la legislación laboral francesa impone a este tipo de plataformas una responsabilidad social que se resuelve, paradójicamente<sup>39</sup>, en dos concretas obligaciones empresariales: por un lado, la obligación de suscribir un seguro para cubrir el riesgo de accidentes de trabajo –o bien acogerse al seguro en materia de accidentes de trabajo del sistema de Seguridad Social, asumiendo las correspondientes cotizaciones–. Por otro lado, la obligación de cotizar a efectos de formación profesional, a fin de que el trabajador se beneficie del derecho de acceso a la formación profesional continua.

<sup>39</sup> Habida cuenta del propio concepto de “responsabilidad social” que se contrapone al de responsabilidad jurídica.

Sin embargo, el acceso por parte de los trabajadores a la cobertura de accidentes de trabajo y a la formación profesional continua queda condicionado al hecho de que la cifra de negocios realizada por el trabajador a través de la plataforma sea inferior a una determinada cuantía (fijada por decreto).

En cambio, con independencia del volumen de ingresos generados por el trabajador a través de la plataforma, todos los prestadores de servicios tienen reconocidos los derechos de constituir una organización sindical, de adherirse a las organizaciones sindicales ya constituidas, así como organizar de forma colectiva y concertada el rechazo o suspensión temporal de sus servicios al objeto de defender sus reivindicaciones profesionales, sin que ello pueda determinar responsabilidad contractual ni constituir motivo para la ruptura de sus relaciones contractuales con las plataformas digitales, ni tampoco justificar medidas de penalización en el ejercicio de su actividad.

Con todo, en los casos en que se considere que la plataforma presta el servicio subyacente, determinando las características de la prestación del servicio ofrecido y fijando su precio, resulta difícil imaginar que ese poder de control no se va a ejercer igualmente sobre los prestadores de servicios, personas físicas que prestan de forma personal y directa la actividad. De ahí, pues, que, en mi opinión, sea más apropiado a efectos regulatorios partir de la presunción contraria, esto es, que, en tales casos, se dan las notas de dependencia y ajenidad. No obstante, es preciso reconocer que la regulación francesa se alinea con la postura de la Comisión Europea, por cuanto que ésta, en su comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, parte igualmente de considerar que las plataformas digitales que prestan el servicio subyacente pueden tener a su servicio tanto trabajadores asalariados como autónomos<sup>40</sup>.

En nuestro país, el impacto a nivel judicial de las cuestiones de calificación jurídica (trabajo por cuenta propia o ajena) del fenómeno de que tratamos todavía es escaso, en contraste con el nivel de intervención que ha suscitado la materia desde otros ámbitos (derecho de la

---

<sup>40</sup> En la página 7 de la citada comunicación, la Comisión Europea considera como elemento indiciario adicional para valorar si la plataforma colaborativa ejerce un gran nivel de control sobre la prestación del servicio subyacente, el hecho de que exista una relación laboral entre la plataforma colaborativa y la persona que presta el servicio subyacente en cuestión. Sin embargo, la Comisión Europea no da por sentado que cuando la plataforma establece los términos y condiciones de la relación contractual con el proveedor del servicio, éste deba ser necesariamente calificado como trabajador asalariado.

competencia, significativamente). Sin embargo, algo se mueve ya en áreas ajenas a la solución judicial de los conflictos laborales: en la actuación de la inspección de trabajo, en el asociacionismo profesional y en la propia negociación colectiva de sectores de actividad donde la irrupción de la tecnología *app* está siendo más intensa y disruptiva.

### 5.1. DEPENDENCIA VERSUS AJENIDAD EN EL MERCADO

Entrando ya en los indicios de laboralidad presentes en las prestaciones de servicios desarrolladas a nivel local a través de apps/internet, así como en el “*crowdwork*” prestado “*on line*”, resulta una opinión muy extendida la de considerar que el mayor reto al que se enfrenta hoy el test de laboralidad es en relación con el requisito de la dependencia (TODOLÍ<sup>41</sup>, GINÈS y GÁLVEZ<sup>42</sup>, AGOTE<sup>43</sup>, VEGA<sup>44</sup>, entre otros autores), en la medida en que las prestaciones de servicios en la economía digital presentan unas dosis de libertad en la prestación de servicios (libertad para realizar la prestación de servicios el día y las horas que quiera el prestador/a sin obligación de una prestación mínima de servicios y libertad para rechazar los encargos) que pueden considerarse incompatibles con el trabajo por cuenta ajena.

Así, se ha llegado a sostener por AGOTE<sup>45</sup> que el contrato por el cual un prestador de servicios no se compromete con una prestación de servicios durante unas horas determinadas no es un contrato de trabajo, ni puede serlo, por cuanto no existe en España la posibilidad de que una relación laboral se active o desactive a voluntad del trabajador.

Sin embargo, no parece defendible, al menos desde una perspectiva de política del derecho, la exclusión del trabajo a demanda 3.0 del ámbito laboral simplemente porque las nuevas tecnologías permitan a las plataformas prestar servicios de forma descentralizada a través de un gran número de personas disponibles mediante convocatoria o llamada, y, por tanto, sin la necesidad de pactar contractualmente una pres-

<sup>41</sup> TODOLÍ, A.: “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, op. cit., pp. 21 y ss.

<sup>42</sup> GINÈS, A. y GÁLVEZ, S.: “Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, op.cit., pp.11 y ss.

<sup>43</sup> AGOTE, R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, op. cit., p. 12.

<sup>44</sup> VEGA, M<sup>a</sup>. L.: “El futuro del trabajo: ¿Revolución industrial y tecnológica o crisis del Estado Social?”, op. cit., pp. 11 y ss.

<sup>45</sup> AGOTE, R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, op.cit., p. 14.

tación o cantidad mínima de servicios. Se trata de una circunstancia o facilidad “tecnológica” que no debería por sí sola condicionar la calificación de la relación contractual entre la plataforma y el prestador. Al final, lo importante es saber si la plataforma podría o no prestar el servicio que ofrece al mercado sin ese ejército de “colaboradores/as”, y si realmente el trabajo que llevan a cabo los prestadores de servicios de forma descentralizada es absolutamente esencial para el negocio de la plataforma o, por el contrario, meramente tangencial<sup>46</sup>.

Además, como ponen de relieve GINÈS y GÁLVEZ<sup>47</sup>, existen métodos indirectos como la fijación por la plataforma de un sistema de incentivos económicos al que sólo se accede si se cumple con un determinado número de encargos, y/o de penalizaciones, si no se cumple con un número mínimo de trabajos, que van a garantizar en la práctica una prestación de servicios mínima.

Por su parte, la Inspección de Trabajo de Cataluña, en el informe interno relativo a las actuaciones practicadas a la empresa Uber Systems Spain, S.L.<sup>48</sup>, ha identificado claros indicios de dependencia y ajenidad en el caso del trabajo prestado para dicha plataforma; elementos fácticos que pueden concurrir en otro tipo de plataformas digitales.

Se ha dicho que Uber es un mal ejemplo para tratar de reconducir la mayor parte de prestaciones de servicios en el marco de plataformas digitales al régimen de laboralidad, en la medida en que esta empresa opera con un modelo “extremo”, en tanto presenta una serie de características diferenciales respecto de otras plataformas, con un alto grado de intervención y de control de la actividad de los prestadores del servicio, que pocas veces está presente en este sector de la economía<sup>49</sup>. Sin embargo, considero que el caso de Uber sigue resultando útil para desmontar algunas de las falsas apariencias en cuanto a la supuesta libertad y autonomía organizativas de los prestadores de servicios y, sobre todo, para restar valor definitorio al elemento de la dependencia o subordinación en el nuevo contexto tecnológico a favor del elemento de la ajenidad en el mercado.

<sup>46</sup> Vid. la resolución del juez Chhabria en la demanda contra la plataforma Lyft, en California (2016), citada en el Informe del Parlamento Europeo “The situation of workers in the collaborative economy” (octubre 2016), p. 5.

<sup>47</sup> GINÈS, A. y GÁLVEZ, S.: Sharing economy vs. Uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, op. cit., p. 19.

<sup>48</sup> Núm. expediente 8/0025767/14.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.C.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, op. cit.



Resulta por ello de utilidad un breve repaso de los indicios de dependencia y ajenidad tomados en cuenta por la Inspección de Trabajo de Cataluña en el caso Uber. Empecemos por los primeros:

- a) El hecho de que la actividad desarrollada por los prestadores forme parte esencial del objeto social de la empresa para la que se prestan los servicios;
- b) El carácter “*intuitu personae*” otorgado a la prestación personal de la actividad, constituyendo un incumplimiento contractual permitir a otra persona el acceso al software o al servicio sin previa autorización de la empresa;
- c) La determinación unilateral por parte de la empresa de la zona de trabajo, fijándose incentivos económicos a los que sólo se puede acceder si los servicios se realizan efectivamente en las zonas indicadas por aquélla;
- d) La fijación de incentivos vinculados directamente con la conexión en horas y días determinados por la empresa; de este modo, si bien es cierto que la empresa no impone a los prestadores una jornada de forma directa, también lo es que, de forma indirecta, dirige a los prestadores hacia las horas y días que la empresa tiene más interés en que estén conectados. Además, en el caso de que los prestadores no se encuentren conectados, los mensajes SMS se multiplican, constituyendo una auténtica presión para que el prestador se conecte.
- e) La exclusividad en la prestación de servicios constituye igualmente un indicio de dependencia; y
- f) El control del prestador del servicio mediante la implantación de un sistema de puntos, en base a las calificaciones o valoraciones que el cliente hace del prestador, debiendo éste obtener una determinada calificación semanal media para poder acceder a los diferentes incentivos.

Aunque es preciso reconocer que los elementos fácticos que se acaban de exponer constituyen claros indicios de dependencia que pueden resultar muy útiles para valorar la laboralidad en todo tipo de plataformas, considero que, si centramos el debate sobre el elemento de la dependencia, ello va a dificultar mucho la tarea de calificación por cuanto que, en verdad, la libertad de conexión y de rechazo de los encargos –aunque pueda ser en muchos casos más teórica que real, como en el supuesto de Uber– empaña la laboralidad. La dependencia,



entendida como programación ajena del trabajo, queda fuertemente difuminada. Del mismo modo, la sujeción a las directrices organizativas de la plataforma también puede estar presente en algún grado en el trabajo autónomo.

Conviene poner de relieve en este punto que la Comisión Europea ha centrado la cuestión de la calificación jurídica de la relación contractual entre la plataforma y el prestador del servicio en la existencia de subordinación, siguiendo en este punto la definición de “trabajador” acogida por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Así, ha considerado que dicha subordinación se da cuando el prestador del servicio subyacente no es libre de elegir qué servicios prestará ni cómo los prestará<sup>50</sup>. Sin embargo, como se ha dicho ya, hacer pivotar sobre la nota de la dependencia, entendida como programación ajena del trabajo, la tarea de calificación jurídica en un contexto de alta flexibilidad y discontinuidad en la prestación de los servicios, supone arrojar fuera del ámbito laboral a la mayor parte de los trabajos 3.0.

En cambio, el elemento de la ajenidad en el mercado permite dar cuenta de lo verdaderamente importante: que, a menudo, el prestador del servicio es ajeno al mercado y por ello ni realizará un lucro específico aleatorio con cada nuevo servicio, pues la utilidad patrimonial de su trabajo recae en la plataforma, ni por eso mismo puede permitirse el lujo de rechazar todos o buena parte de los encargos<sup>51</sup>.

Como pone de relieve la Inspección de Trabajo de Cataluña en su informe, la diferencia entre el contrato de trabajo y el arrendamiento de servicios no laborales radica en que, en este segundo caso, el contratante asume dar el servicio, mientras que en el primero sólo asume dar su trabajo. Por eso, en aquél (y no en éste) ha de encargarse de organizarlo y de poner todos los medios personales y materiales para cumplir con la obligación convenida.

Ciertamente, es preciso atender al hecho de si los/las prestadores de servicios acceden al mercado de servicios o bien al mercado de trabajo y son por ello acreedores de “salario”, correspondiendo a la plataforma la utilidad patrimonial de su trabajo, es decir, la utilidad o beneficio económico que pueda reportar su actividad en el mercado.

<sup>50</sup> Comunicación titulada “Una Agenda Europea para la Economía Colaborativa”, cit., p. 14.

<sup>51</sup> Vid. ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 28, 1986, p. 507.

Precisamente por ello, el modo de retribución en el marco de las plataformas digitales constituye un elemento central en la tarea de calificación jurídica de la prestación de servicios. Así, si el cliente abona el precio del servicio a la plataforma, siendo luego ésta la que paga al prestador del servicio un porcentaje sobre el precio calculado por la aplicación, sin que el prestador pueda incrementar el precio calculado por aquélla ni realizar por ello un lucro específico con cada nuevo encargo, podremos afirmar que concurre la nota de ajenidad en el mercado. Como precisa la Inspección de Trabajo de Cataluña para el caso de Uber, la plataforma suele cargar el precio del servicio directamente a la tarjeta de crédito del cliente inmediatamente después de finalizado el servicio, sin ningún tipo de intervención por parte del prestador, disfrutando la plataforma, *ab initio*, de los frutos del servicio. Véase aquí la diferencia con aquellas plataformas que sólo tramitan el pago depositado por un usuario y lo pasan al prestador del servicio, por cuanto en tales casos la plataforma no está determinando la remuneración (Comunicación de la Comisión europea “Una agenda europea para la economía colaborativa”<sup>52</sup>).

Cuando el prestador del servicio es ajeno al mercado y es, por tanto, mero acreedor de “salario”, no puede realizar un lucro específico por su actividad, de ahí que, si quiere percibir una retribución significativa, ha de someterse, necesariamente, a las directrices de la plataforma, por mucho que dichas directrices tomen la apariencia de meras recomendaciones en la forma de prestar el servicio.

La prestación de servicios “*on demand* vía apps/internet” puede convertir en superflua tanto la ajenidad en los medios como la dependencia, pues, como ya pronosticara ALARCÓN CARACUEL, en la economía descentralizada, lo que de verdad cuenta es controlar el mercado, de modo que la empresa del futuro –la empresa de hoy– actuará cada vez más como un coordinador de resultados concretos que como un especificador de la fuerza de trabajo abstracta<sup>53</sup>.

Consiguientemente, el hecho de que el prestador de servicios aporte en ocasiones algunos medios de producción, incluso de cierta entidad económica, no presenta relevancia jurídica alguna en la medida en que es la plataforma la que aporta el principal medio de producción como es el *software* necesario para la prestación del servicio a través de apps/

<sup>52</sup> P. 14.

<sup>53</sup> ALARCÓN CARACUEL, M.R.: “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, op. cit., pp. 536 y 544.

internet. Ya AGOTE<sup>54</sup> ha tenido ocasión de destacar la importancia del *software* como “empresa”, con cita de la novedosa sentencia del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 21 de marzo de 2017<sup>55</sup>.

En el caso de Uber, los conductores aportan sus propios vehículos, pero es la plataforma la que pone a disposición de aquéllos los dispositivos móviles para el desarrollo de la actividad de transporte de viajeros con el *software* necesario instalado. Los teléfonos móviles que la empresa facilita a los conductores están configurados para que no se puedan realizar llamadas de voz ni disponer de acceso a datos de la clientela, excepto para el uso de la aplicación de Uber.

A todo ello cabe añadir que es la plataforma la que dispone de los datos personales de los clientes (y de sus tarjetas de crédito) desde el momento en que el cliente se descarga la *app* en su móvil, de manera que esa “cartera” de clientes en manos de la plataforma constituye también otro de los elementos productivos claves.

Por otro lado, como se avanzó, los sistemas de incentivos económicos y de penalizaciones, combinados con la facultad de desconexión o desvinculación en manos de la plataforma han volatilizado en gran medida la facultad/libertad del prestador de servicios de decidir la cantidad de horas de trabajo y el momento de su realización. El prestador/a del servicio, en cuanto acreedor de salario, necesitará conectarse a la plataforma con cierta regularidad, de modo que la continuidad del servicio queda garantizada de forma indirecta, convirtiendo en más hipotética que real la libertad del prestador de rechazar los encargos y de decidir el *quantum* de horas de trabajo.

En efecto, la forma de retribuir –mediante incentivos y penalizaciones económicas– puede hacer impensable obtener un mínimo salarial suficiente sin acceder a tales incentivos; acceso que implica el sometimiento a unas horas y días de trabajo mínimos. Sin embargo, no estamos aquí ante una dependencia o subordinación entendida como programación ajena del trabajo, sino ante la constatación de una dependencia económica derivada del hecho de que el prestador de servicios es ajeno al mercado.

Además, el sistema público de reputación o *rating* hacen innecesarias la supervisión y control empresarial típicos de las prestaciones laborales comunes, de tal manera que puede sostenerse que el elemento de la

<sup>54</sup> AGOTE, R.: “On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral”, op.cit., pp. 9 y ss.

<sup>55</sup> Rec. núm. 6/2017.

dependencia o subordinación pierde su tradicional consideración de elemento definitorio clave del contrato de trabajo.

En definitiva, en tanto que la dependencia aparece fuertemente difuminada, la ajenidad en el mercado aparece con total nitidez, al menos en un porcentaje nada desdeñable de prestaciones de servicios en el contexto tecnológico de que tratamos, y es por ello la nota definitoria clave del contrato de trabajo en el nuevo contexto tecnológico.

En efecto, si es la plataforma la que dispone del *software* tecnológico necesario para prestar el servicio y los datos de la clientela. Si es la que decide la forma de prestar el servicio y el precio del mismo. Si es la que cobra el servicio directamente a la clientela. Si es la que establece unos estándares de calidad del servicio y la que toma en consideración la reputación de los prestadores y decide la desconexión de la plataforma. Si es la que selecciona, en fin, a los/as prestadores/as de servicios a fin de que se ajusten a la idea de negocio articulada desde la plataforma, podremos asegurar que estamos ante una relación de naturaleza laboral. En resumen, tal y como señala la Inspección de Trabajo de Cataluña en su informe, la ausencia de una auténtica organización empresarial autónoma y propia del prestador del servicio determina su ajenidad en el mercado, quedando adscritos los prestadores de servicios desde el inicio a la estructura y organización de la plataforma.

Podría objetarse que los indicios recién expuestos escapan a cualquier control que pretendamos llevar a cabo en la práctica, dada la diversidad de plataformas y prestaciones de servicios existentes, y el carácter virtual del negocio, sin embargo, como apunta AGOTE<sup>56</sup>, paradójicamente el trabajo prestado a través de apps/internet facilita la prueba de las notas de laboralidad, por cuanto que la programación permite acceder y analizar tales indicios.

Por otro lado, es posible llegar a conocer el número de prestadores de servicios a partir de métodos indiciarios como el número de dispositivos adquiridos por la plataforma, requiriendo a tales efectos las correspondientes facturas.

Con todo, es preciso reconocer que tanto la labor inspectora como judicial, y en particular la propia de ejecución de sentencias y resoluciones administrativas sancionadoras, pueden verse dificultadas en la práctica habida cuenta que muchas plataformas no disponen de un centro de trabajo fijo, sino variable, en función de las necesidades con-

<sup>56</sup> AGOTE, R.: "On demand economy: 10 claves de entendimiento laboral", op. cit., pp. 11-12.

cretas de la actividad (por ejemplo, el alquiler circunstancial de locales sólo a efectos de llevar a cabo puntualmente sesiones formativas e informativas), llegando incluso a no disponer de centro de trabajo físico alguno, reuniéndose a tales efectos los prestadores de servicios en bares o domicilios particulares.

Respecto al domicilio social, es frecuente que tal domicilio coincida con el local donde se sitúa la oficina virtual de la plataforma; oficina que gestiona las llamadas telefónicas, faxes, correos electrónicos y postales y que, en ocasiones, puede responder a un proceso de descentralización productiva en el que la plataforma externaliza y encarga a empresas auxiliares este tipo de gestiones administrativas.

Es por ello que, al final, la ejecución de una eventual sentencia condenatoria se resolverá habitualmente a través del embargo de las cuentas bancarias de las que resulte titular la plataforma en cuestión, siendo de interés subrayar que, dentro del Espacio Económico Europeo, el embargo transfronterizo es posible y habitual, resultando mucho más difícil el embargo extracomunitario.

## 5.2. EL CONTRATO DE TRABAJO COMO INSTRUMENTO REGULADOR DEL TRABAJO A DEMANDA 3.0 EN LA ECONOMÍA DIGITAL

En todo caso, y pese a las dificultades prácticas expuestas, la principal conclusión es que el contrato de trabajo continúa siendo el instrumento contractual idóneo para dar cabida a buena parte de las prestaciones de servicios a demanda en el marco de la economía digital, sin necesidad de crear una relación laboral especial.

Ello implicará la necesidad de reconducir este tipo de prestaciones al trabajo a tiempo completo o al trabajo a tiempo parcial, garantizando así la predeterminación mínima de horas de trabajo en el propio contrato laboral y conjurando de esto modo los riesgos de falta de ocupación efectiva, de discontinuidad del trabajo y de ausencia de salario mínimo garantizado. Y ello porque en nuestro ordenamiento jurídico no es posible la existencia de un contrato de trabajo de “cero horas”, sin que a tal prohibición deba escapar el trabajo prestado a demanda vía apps/internet. Por otro lado, la calificación de tales prestaciones de servicios como laborales conllevará, entre otras ventajas, la aplicación de la garantía del Salario Mínimo Interprofesional, así como el pago por parte de la plataforma de las correspondientes cotizaciones sociales<sup>57</sup>.

<sup>57</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO plantea una interesante propuesta sobre cómo instrumentar las obligaciones de seguridad social de los trabajos en plataforma en “El apoyo

Algunos autores, TODOLÍ entre otros, han puesto en duda la conveniencia de otorgar la condición de laboralidad en toda su extensión a los trabajadores de la economía digital, en la medida en que se afirma que la flexibilidad horaria es incompatible con las viejas regulaciones sobre jornada, descansos y vacaciones, y el salario fijo por horas parece incompatible con un modelo de negocio basado en la libertad del trabajador de elegir la cantidad de horas que trabaja<sup>58</sup>. Tales objeciones, sin embargo, no resultan ni jurídica ni sociológicamente sólidas desde el momento en que, para un número considerable de trabajadores de la nueva economía, el trabajo a demanda “*on line*” constituye su principal trabajo y, por tanto, su principal fuente de ingresos<sup>59</sup>; tendencia que, muy probablemente, irá en aumento en los próximos años.

Cierto es que las prestaciones de servicios de que tratamos presentan notables particularidades por lo que se refiere principalmente a la propia definición del tiempo de trabajo efectivo y su diferenciación con el tiempo de presencia o conexión sin prestación efectiva de servicios, sin embargo, tales particularidades ni son exclusivas de estos trabajos “*on demand*”, ni nada impide que las mismas sean recogidas y abordadas a través de la negociación colectiva en los sectores de actividad donde han irrumpido las prestaciones de servicios vía apps/internet.

Por otro lado, las nuevas tecnologías pueden facilitar el control práctico de las reglas jurídicas sobre jornada máxima, descansos mínimos y vacaciones; reglas que, lejos de quedar obsoletas, tienen más sentido que nunca en un mundo donde la fuerte competitividad entre prestadores de servicios a llamada o convocatoria a fin de obtener un encargo y mantener su derecho de conexión a una plataforma puede arrastrarles a jornadas de trabajo extenuantes. Ello sin olvidar tampoco que la población trabajadora aspira a conciliar efectivamente su vida personal y familiar con su vida profesional. Por ello, otro aspecto importante a desarrollar es el derecho de desconexión del empleado/a, como ya se hace en el Código del Trabajo francés; aspecto que probablemente requeriría de una intervención legislativa, que bien pudiera aplicarse a todo tipo de trabajador/a mediante la modificación del Estatuto de los Trabajadores.

---

européo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, op., cit., pp. 182-3.

<sup>58</sup> TODOLÍ, A.: “El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, op. cit., pp. 15-6.

<sup>59</sup> BERG, J.: “Income security in the on-demand economy: Findings and policy lessons from a survey of crowdworkers”, op. cit., p. 9.

Con estas reflexiones llegamos a uno de los retos más relevantes del trabajo prestado a través de plataformas digitales como es la necesidad de que la negociación colectiva sea permeable a estas nuevas formas de trabajo y regule sus particularidades, garantizando así el acceso real a derechos laborales tales como la formación profesional continua, la seguridad y salud en el trabajo o la conciliación de la vida personal y laboral.

Además, la negociación colectiva es el medio idóneo para articular mecanismos que permitan garantizar la transparencia de los sistemas de *rating* y proteger la reputación de los prestadores/as de servicios en cuanto manifestación de su derecho al honor y a la propia imagen.

Igualmente, la negociación colectiva es el instrumento más apropiado para regular el régimen disciplinario en el marco de las plataformas digitales y delimitar el poder de desconexión o desvinculación de la plataforma, aquilatando la importancia a efectos disciplinarios de los sistemas de *rating*.

La negociación colectiva bien pudiera contemplar también la aplicación extraterritorial de los convenios colectivos en supuestos de “*crowdwork on line*”, cuando la plataforma estuviera establecida en nuestro país y la prestación de servicios se desarrollase –físicamente– fuera de nuestras fronteras.

El protagonismo del diálogo social y de la negociación colectiva en la delimitación jurídica de estas nuevas formas de trabajo será proporcional a la capacidad de liderazgo que asuman los sindicatos en la tarea de aglutinar los intereses de esta nueva clase de trabajadores/as.

Con todo, el debate está lejos de ser zanjado pues es preciso reconocer que, ante el riesgo de laboralización, las plataformas digitales ya están recurriendo a la descentralización productiva (es el caso de Uber), externalizando a través de empresas auxiliares la prestación del servicio. Así, en tanto la plataforma aporta la tecnología, esto es, la aplicación con el *software*, la empresa auxiliar aporta su plantilla de trabajadores/as para la prestación efectiva del servicio, planteándose en tales casos la duda de hasta qué punto es jurídicamente posible externalizar el entero núcleo del negocio no ya hacia prestadores individuales sino hacia empresas auxiliares, sin caer en situaciones de cesión ilegal de trabajadores.

Finalmente, es preciso apuntar que un abordaje adecuado de los aspectos laborales del trabajo a través de plataformas digitales requiere también un ejercicio previo de clarificación a nivel legal de la situación



administrativa de las plataformas digitales. Resulta crucial desde el derecho de la competencia y desde el derecho laboral que la actividad de estas plataformas quede regularizada a nivel administrativo y se establezca claramente su legalidad, por cuanto que, de lo contrario, la protección de los derechos de los trabajadores a efectos de Seguridad Social queda completamente desatendida, ya que, ante las dudas de ilegalidad, ni la Seguridad Social permitirá la inclusión de empresa y trabajadores en el sistema de Seguridad Social, ni tampoco la Inspección de Trabajo podrá promover de oficio las altas ni exigir el pago de las cotizaciones sociales. Situación que se dio en las ya citadas actuaciones de la Inspección de Trabajo de Cataluña en el caso Uber.

## 6. CONCLUSIONES

El desafío actual para el mundo del trabajo proviene del mismo hecho: la descentralización y fragmentación extremas del trabajo gracias a las nuevas tecnologías y, por consiguiente, la discontinuidad de los servicios y la falta de garantía de unos ingresos mínimos; situación que está sacudiendo por igual a las dos categorías clásicas de trabajadores –por cuenta propia y por cuenta ajena–.

Estas características del trabajo prestado para plataformas digitales son compartidas igualmente por otros trabajos atípicos, de modo que el futuro del trabajo sigue pasando –como ayer y hoy– por garantizar la dignidad del trabajo humano, reconociendo unos derechos laborales mínimos con independencia de la forma jurídica que pueda llegar a adoptar el trabajo prestado de forma personal y directa.

Con todo, el Derecho del Trabajo en cuanto rama del Derecho que nació para compensar la desigualdad económica estructural existente en las relaciones de producción del sistema capitalista sigue constituyendo la mejor respuesta moral y política al reto de ofrecer protección a aquellas prestaciones de servicios en las que se reproduce la idea del contratante débil o económicamente dependiente. Por ello, el contrato de trabajo continúa siendo la figura contractual más idónea para asegurar la debida protección de la persona física que presta servicios para una plataforma digital que controla el acceso al mercado de bienes y servicios.

Sin embargo, la nota de la dependencia o subordinación pierde su tradicional consideración de elemento definitorio clave del contrato de trabajo a favor de la ajenidad en el mercado. Ciertamente, en el nuevo contexto tecnológico, la dependencia, entendida como programación



ajena del trabajo, queda fuertemente difuminada. En cambio, la ajenidad en el mercado permite dar cuenta de lo verdaderamente importante: que el prestador de servicios puede ser en realidad ajeno al mercado y por ello ni realizará un lucro específico aleatorio con cada nuevo servicio, pues la utilidad patrimonial de su trabajo recaerá en la plataforma, ni por eso mismo podrá permitirse el lujo de rechazar todos o buena parte de los encargos. A tales efectos, resultará un elemento esencial para determinar la laboralidad de la prestación de servicios el modo de retribución del servicio, debiendo prestarse una especial atención al sistema de incentivos económicos y penalizaciones eventualmente existente.

La calificación como laboral de una determinada relación contractual en el marco de la economía digital determinará la necesidad de reconducir la prestación de servicios al trabajo a tiempo completo o al trabajo a tiempo parcial, garantizando así la predeterminación mínima de horas de trabajo e impidiendo en la práctica la existencia de contratos de cero horas.

No puede negarse, sin embargo, que el trabajo a demanda en la economía digital presenta notables particularidades que, sin duda, estresan los contornos del contrato de trabajo. Con todo, tales particularidades ni son exclusivas del nuevo trabajo a demanda ni su toma en consideración exigirá necesariamente la creación de una nueva relación laboral especial, sino que podrán ser debidamente atendidas y reguladas en su mayor parte por la negociación colectiva. Todo ello sin olvidar el papel crucial que tanto la jurisprudencia y doctrina judicial como la inspección de trabajo van a seguir jugando a la hora de perfilar los márgenes de la laboralidad.

Cierto es que no todas las prestaciones de servicios desarrolladas para una plataforma digital podrán ser reconducidas al régimen laboral. En tal caso, habrá que seguir pensando en mejorar la protección del trabajo autónomo, habida cuenta que ni el actual estatuto del trabajador autónomo, ni siquiera el del trabajador autónomo dependiente, permiten afrontar el reto de garantizar un trabajo digno a aquellas personas que se ven expuestas a una cada vez mayor discontinuidad e, incluso, marginalidad de los servicios.

Al final, el futuro del trabajo no deja de ser una cuestión de naturaleza estrictamente política y moral, y en el nuevo capitalismo digital, los instrumentos jurídicos deben seguir jugando un papel redistributivo.



# CARACTERIZACIÓN ECONÓMICA Y CUANTIFICACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA<sup>60</sup>

*David Patiño Rodríguez*  
*Profesor Contratado Doctor.*  
*Universidad de Sevilla.*

*Rosario Gómez-Álvarez Díaz*  
*Profesora Contratada Doctora.*  
*Universidad de Sevilla.*

*Juan José Plaza-Angulo*  
*Profesor Asociado.*  
*Universidad de Málaga.*

## 1. INTRODUCCIÓN

La evolución de las tecnologías de procesamiento y comunicación de la información, el desarrollo de las redes de comunicación y su generalización han propiciado profundísimos cambios que han modificado por completo la forma en la que las personas se relacionan tanto en lo personal como en lo profesional, el modo en el que acceden al conocimiento y han provocado cambios profundísimos en la base en la que se desenvuelve la actividad productiva. Las transformaciones son de tal calado que es muy probable que estemos asistiendo a un nuevo paradigma que afecte a todos los aspectos que han regido la organización de las sociedades hasta ahora, siendo uno de los “10 conceptos que van a cambiar el mundo”, según la revista Time<sup>61</sup>.

La denominada economía colaborativa puede ser considerada como heredera del término consumo colaborativo acuñado por Felson y Spaeth en 1978 a partir de la teoría de Hawley (1950) sobre estructuras comunitarias y actividades sostenibles. Para ellos el consumo colaborativo se produce cuando una o más personas consumen bienes o servicios mediante un proceso de participación y como resultado de una actividad conjunta. Desde esta teoría se argumenta que la propia naturaleza de las actividades rutinarias dentro de la sociedad crea las

---

<sup>60</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>61</sup> <http://content.time.com/time/specials/packages/0,28757,2059521,00.html>

circunstancias en las que se produce de manera natural el consumo colaborativo.

La delimitación de la economía colaborativa es ambigua (Meelen y Frenken, 2013). Los intentos en consensuar una definición se han centrado en distinguir los diferentes aspectos de los modelos de negocio (Hienerth y Smolka, 2014). En un principio las definiciones se centraban en la motivación altruista (Stokes, 2014), pero esto no es aplicable al conjunto debido a la propagación y extensión a modelos de intercambio con fines eminentemente lucrativos. De hecho, las grandes empresas han adoptado las formas del movimiento tradicional de intercambio basado en la comunidad para perseguir sus propios intereses económicos (Codagnone y Martens, 2016). Se vislumbra, por tanto, una dicotomía entre aquellos que defienden una economía colaborativa plenamente abierta y enfocada al compartir y los que ven sólo una oportunidad de negocio y apertura de nuevos mercados.

Por ello, bajo el paraguas de la economía colaborativa encontramos un conjunto heterogéneo, emergente, de rápido cambio y evolución que da cobertura a modos de producción y consumo por el que los agentes comparten activos, bienes o servicios normalmente infrautilizados, a cambio o no de un valor monetario. La interacción de estas nuevas relaciones de intercambio suelen tener lugar mediante la intermediación de plataformas sociales digitales y, especialmente, de internet y de la web 2.0 (Hamai et al., 2014; Kaplan y Haenlein, 2010). En consecuencia, es un fenómeno económico-tecnológico, pero también social, impulsado por los avances de las TIC, la creciente conciencia de los consumidores, la proliferación de comunidades web y el comercio social (Botsman y Rodgers, 2010; Kaplan y Haenlin, 2010; Wang y Zhang, 2012; Hamai et al., 2014).

El término “Economía Colaborativa” proviene de la expresión inglesa *Sharing Economy*, y fue divulgado separadamente por Lisa Gansky y Rachel Bootsman con Roo Rogers en 2010. También se emplean otros términos como sinónimos como consumo colaborativo, consumo compartido, economía P2P, economía bajo demanda, etc. que describen un nuevo escenario en el que la gente, gracias al nuevo poder que representa la coordinación entre iguales a escala masiva, se empodera para conseguir lo que necesitan los unos de los otros de manera directa (Heimans, 2014).

En la actualidad este tipo de prácticas es ampliamente aceptado (Nadler, 2014) y la economía colaborativa, puede ser considerada como un fenómeno con implicaciones económicas y sociales importantes, un

fuerte componente innovador, muy dinámico y heterogéneo (Bostman y Rodgers (2010)). Su rápida irrupción y amplia aceptación social la han convertido rápidamente en blanco de críticas desde sectores tradicionales pero también en nicho de oportunidades para quienes la consideran fuente de innovación y crecimiento económico. Se trata de un fenómeno que está cambiando la economía tradicional y lo hace de la mano de internet (Martínez-Polo et al. (2016)). Bostman (2013) indica que estas importantes transformaciones en el ámbito de la economía han afectado al modo en el que concebimos la oferta y la demanda, revolucionando la forma en la que se relacionan compradores y vendedores hasta el punto de que lo que habitualmente se consideraba “consumidor” recibe cada vez más todo lo que necesita a partir de otros iguales (o *peers*) y modificando totalmente el funcionamiento de muchos sectores productivos en los que ha pasado a ser el verdadero centro de poder.

Independientemente de la falta de perspectiva histórica, es posible analizar los cambios que se están produciendo, medir su impacto actual y en la medida de lo posible vislumbrar los efectos que tendrá el desarrollo de la tecnología de la información y los procesos que ha posibilitado. Si bien internet, que es el vehículo que ha propiciado tales cambios, se viene gestando desde hace décadas, la generalización del acceso a la red es un acontecimiento mucho más reciente y podemos considerarlo un fenómeno del siglo XXI. Prueba de lo incipiente del fenómeno es el uso de expresiones como “nuevas tecnologías” para referirse a internet o incluso a los ordenadores personales, a pesar de la ya dilatada presencia de los mismos en nuestra vida cotidiana. Todo ello genera grandes dificultades para acometer cualquier tipo de análisis riguroso del fenómeno, como el que abordamos en el presente trabajo.

En concreto, el presente trabajo describe de manera pormenorizada el sector, se analizarán sus características específicas y la problemática que genera. Para ello repasamos las definiciones propuestas y describimos los actores y su funcionamiento para determinar las bases para su cuantificación con especial detenimiento en la situación española. Finalmente se vislumbran los efectos que puede tener en el funcionamiento del sistema económico. En este sentido, el trabajo se articula en siete epígrafes incluyendo esta introducción. En la segunda parte se define y delimita la economía colaborativa. En la tercera se describe las actividades que comprende y el comportamiento de los agentes que intervienen en las mismas. En la cuarta se analiza la problemática que genera la contabilización de la economía colaborativa en el marco del cálculo del PIB. El quinto epígrafe cuantifica el sector de las plataformas que es uno de los elementos fundamentales que configura

el sector, dicha cuantificación se realiza en términos de ingresos y de beneficios. El sexto epígrafe mide la presencia la economía colaborativa en la población, cuantificando la participación como usuarios y como proveedores de bienes o servicios. El trabajo se cierra con una reflexión sobre las dificultades que tiene una economía basada en el conocimiento para funcionar según las bases tradicionales así como los efectos que puede producir en el largo plazo.

## 2. DEFINICIÓN Y DELIMITACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA

La irrupción de las tecnologías de la información ha permitido una conectividad extrema entre los individuos como no era imaginable hasta hace muy poco. El desarrollo de microprocesadores rapidísimos, el incremento exponencial de las velocidades de intercambio de datos o la ampliación de memorias de almacenaje, ha posibilitado que la mayoría de los particulares a través de dispositivos móviles pueda acceder a instrumentos y manejar una cantidad de información que no eran gestionables hasta hace poco tiempo ni siquiera en ordenadores de grandes instituciones. La aparición de dispositivos como la geolocalización o las impresoras 3D está posibilitando a los hogares producir en casa bienes que hasta hace nada precisaban de una planta industrial. Asimismo, las plataformas están permitiendo el intercambio o el uso compartido de medios de transporte o de viviendas vacías, incrementando de manera muy eficiente su uso. En general, se está eliminando los intermediarios en todo tipo de actividades de modo que oferentes y demandantes se pueden poner de acuerdo de manera directa. Todo ello ha generado nuevas formas de relaciones sociales, productivas, personales, políticas, e incluso la necesidad de inventar nuevos términos que capten los conceptos que se desea describir como por ejemplo los *prosumidores* que es un acrónimo de productor y consumidor, dado que ambas condiciones se están mezclando.

En general, se identifica la economía colaborativa con la totalidad de relaciones sociales, productivas y/o laborales que se han originado gracias a la generalización del acceso a internet y el desarrollo de las tecnologías de la información. Dada la omnipresencia de la red, delimitar esta realidad, establecer una definición compresiva y a la vez exhaustiva implica una enorme dificultad y constituye una tarea inconclusa. Por ello nos limitamos a exponer y analizar las principales propuestas planteadas dando algunos pasos para avanzar un poco en esta tarea.

En este sentido, la literatura identifica la economía colaborativa con una serie de términos que unas veces se usan como sinónimo y otras poseen

matices diferenciados. Conceptos tales como economía P2P, economía de compartir, consumo colaborativo y un largo etcétera entrarían dentro del conjunto que la literatura emplea para delimitar el fenómeno que hemos denotado como Economía colaborativa. El intento de buscar una definición ha llevado a una parte de la doctrina a limitar el fenómeno a las relaciones de intercambio basadas en las denominadas *plataformas digitales colaborativas*. Sin embargo, otra parte considera que el fenómeno desborda ampliamente estos límites. La etiqueta más habitual que se emplea para referirse a los intercambios basados en el uso de internet es la de economía de compartir (*sharing economy*) que en español se ha identificado con una similar pero diferenciada en la literatura anglosajona como es economía colaborativa (*Collaborative economy*).

Según Stokes (2015, p. 42) la economía colaborativa se caracteriza por el uso de internet para conectar redes distribuidas de individuos y bienes con el fin de hacer uso de activos ociosos, tales como bienes, tiempo, capacidades, espacios y recursos financieros. Dado el amplio conjunto de organizaciones y actividades que se puede agrupar dentro de esa definición, la economía colaborativa no constituye, según la autora, un sector singular o un modelo de negocio determinado, pero tal delimitación puede servir de punto de partida. De este modo, el sector engloba actividades muy diversas que les permiten a los particulares compartir tiempo y habilidades, plazas de aparcamiento, juguetes o embarcaciones, pero también incluye otras como las que posibilitan a las administraciones públicas compartir datos en aplicaciones de transparencia pública, por citar ejemplos muy alejados entre sí. Algunas de estas actividades incorporan el dinero y otras lo sustituyen por el trueque o por monedas alternativas de más o menos difusión.

Además de la forma en la que los participantes se relacionan, se apunta a la importancia del objetivo buscado como elemento definitorio. De este modo, diferentes tipos de plataformas digitales puede dar lugar a intercambios con funcionamiento idéntico pero a la vez con objetivos muy diferenciados que engloban actividades y agente que persiguen la obtención de beneficio bajo planteamientos de mercado y otras muchas que buscan obtener objetivos totalmente altruistas y se financian a través de donaciones.

En ese sentido, Belk (2010) distingue la economía “verdaderamente colaborativa” (*true sharing economy*) que sería aquél que permite un acceso temporal al bien sin necesidad de satisfacer tasas ni compensaciones y sin que se traspase la propiedad. Buena parte de los intercambios realizados a través de plataformas digitales, muchas de las cuales tienen ánimo de lucro, no entrarían dentro de esta categoría.

Botsman (2013) entiende la economía colaborativa como el *espacio* en el que se puede englobar diferentes etiquetas como “economía colaborativa” (*collaborative economy*), “economía de pares” (*peer economy*) o “consumo colaborativo” y permite desarrollar ideas como el “abastecimiento comunitario” (*crowdsourcing*), “movimiento *maker*” o “co-creación”. Esta autora define la economía colaborativa como la construida sobre redes distribuidas de individuos y comunidades conectados que transforma la forma de producir, consumir, financiarse y aprender y lo contrapone a la tradicional basada en instituciones centralizadas. Se basa en cuatro elementos clave.

- **Producción**, que implica diseño, producción y distribución a través de redes colaborativas.
- **Consumo**. Implica maximizar el uso de los activos a través de modelos eficientes de redistribución y acceso para compartirlos.
- **Finanzas**, sin intermediarios financieros, de persona a persona empleando modelos descentralizados de financiación de inversiones (*crowd-driven investment*).
- **Educación**, abierta con modelos de aprendizaje de persona a persona que permiten democratizar la educación.

Esta definición supone un concepto más amplio que el consumo colaborativo, que engloba intercambio, préstamo, donación o alquilar de bienes para permitir acceder a los mismos más allá de su propiedad. Este concepto pone el foco de interés no sólo es lo que se consume sino también cómo se hace y para qué.

Bardhi y Eckhardt (2012) hablan de “consumo basado en el acceso” (*access-based consumption*) como el conjunto de transacciones, que se pueden realizar a través del mercado, pero que se caracterizan por no implicar cambio de propiedad.

Botsman (2010) pone el acento en el *poder distribuido*, de forma que la economía colaborativa lo traslada desde las corporaciones grandes y centralizadas que son sus poseedoras en la economía tradicional hacia redes de individuos o de colectivos. El proceso modifica el modo en el que podemos acceder a los bienes y servicios pero también los agentes tradicionales en los que confiamos. Todo ello crea una dinámica de la desintermediación y posibilita el crecimiento de la eficiencia y la confianza para crear. Igualmente transforma la sociedad haciendo que deje de ser un conjunto de consumidores pasivos para convertirse en otro de creadores, productores, financiadores o proveedores, activos y conectados que colaboran entre sí.



En opinión de Sundaranjan (2016) el desarrollo de las tecnologías digitales ha sido el motor de la economía colaborativa y ha actuado a través de tres direcciones. En primer lugar, gran parte de la información se ha vuelto digital, desde el dinero hasta la música, lo que facilita la aparición de nuevas formas de manipulación y transporte a un coste muy reducido o incluso cero. El segundo elemento, ha sido el crecimiento exponencial de la capacidad del *hardware*, que unido al tercero, la programación, ha permitido la agregación y codificación en sistemas estándares de una forma modular. La confluencia de estos factores fundamenta la generación de cuatro consecuencias que son la base de la aparición de la economía colaborativa en opinión del mismo autor. Las consecuencias indicadas son el consumo digital, la digitalización de lo físico, las relaciones descentralizadas basadas en el P2P y la ampliación de los ámbitos compartidos gracias a la digitalización de la confianza.

La primera consecuencia, el consumidor digital, rompe con las primeras etapas de la economía digital caracterizadas porque los clientes de las empresas eran, a su vez, otras empresas o la administración pública. Desde comienzos del siglo XXI, los consumidores pasan a ser los principales clientes de las empresas y centran toda la atención de estas últimas.

La segunda consecuencia es la digitalización de lo físico que se está plasmando, por un lado, en la fabricación de objetos que incorporan el internet de las cosas y que permite, por ejemplo, que el frigorífico identifique un yogur caducado. Por otro, las impresoras 3-D y sus diversas variantes que puede transformar radicalmente los procesos productivos tradicionales, en otros caracterizados por la descentralización extrema hasta el punto de establecer microfactorías en casa (Rifkin, 2012).

La tercera es la descentralización en las decisiones económicas que implica la desaparición de los intermediarios y el contacto directo entre consumidores y productores. Belk (2014) destaca que hemos entrado en una fase histórica que permite dejar de ser lo que poseemos. La base de la descentralización ha sido la web 2.0, entendida como la que permite a los usuarios aportar contenido e interactuar unos con otros, en contraposición con la web 1.0 caracterizada por una única dirección de información.

El cuarto pilar de las relaciones económicas surgidas por la economía digital es la ampliación del componente colaborativo y el acto de compartir. La confianza que permitía colaborar y/o compartir cosas tradi-

cionalmente se daba, únicamente, entre individuos muy cercanos unos a otros. Los únicos actos compartidos entre extraños eran los que implicaban algún tipo de práctica cultural común caracterizado en todos los casos por mantener una proporción entre lo dado y lo recibido. Los nuevos modelos de consumo han posibilitado la aparición de nuevas formas de compartir y facilitado la explosión de las que ya existían. Los nuevos esquemas basados en internet posibilitan el acceso a buena parte de los recursos sin recibir nada a cambio y han generado que afloren comunidades que permiten usar las cosas gratuitamente. Pero además, tales formas de compartir información han supuesto modelos disruptivos para industrias enteras como las discográficas, que se basaban en una forma de derechos de propiedad incompatible con las mismas.

Como vemos, la creación de *confianza digital* es un elemento indispensable para la existencia de la economía colaborativa (Rivera, 2016). La facilidad de uso de las plataformas, la facilidad de acceso a la información y los sistemas de clasificación de consumidores y proveedores basados en las valoraciones de la experiencia han posibilitado generar la citada confianza requerida (Finley, 2013; Allen y Berg, 2014). Estos sistemas permiten a los participantes revisar las clasificaciones antes de decidir el intercambio, reducen la asimetría de información, e incentivan la retroalimentación (Fradkin et al. 2015), a la vez que constituye una forma de autorregulación (Allen y Berg, 2014; Koopman et al., 2014; Thierer et al., 2015). Al proporcionar mayor acceso a la información se genera un impacto positivo en la economía (Rivera, 2016). Sin embargo, desde un punto de vista crítico, también podemos pensar que estos sistemas constituyen, en muchos casos, una vía que ha permitido al capitalismo mercantilizar la amabilidad de la gente.

Tal vez la definición de Noguera et al. (2014) incluye buena parte de los aspectos que hemos contemplados. Según estos autores, la economía colaborativa se refiere a los procesos de intercambio de bienes y servicios convertidos, en su mayoría, en modelos de intercambio en los que se facilitan actividades mediante el uso de plataformas donde la colaboración entre las distintas partes implicadas crea un mercado abierto, de fácil acceso y salida, tanto para oferentes como para demandantes y donde el producto no puede entenderse como terminado o, simplemente no existe, sin la participación de los públicos.

### **3. ACTIVIDADES Y PARTICIPANTES EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA**

La economía colaborativa se fundamenta en crear espacios de encuentro (digitales en su mayoría) donde la gente con necesidades/intereses

comunes realiza intercambio de valor (mediante plataformas que permiten comprar, vender, alquilar, prestar, intercambiar, hacer trueque o regalar) y/o colabora para un objetivo común (comunidades). El uso de tecnologías de la información aporta la confianza y reciprocidad necesarias, a la vez que reduce de manera drástica los costes de coordinación y transacción. (Cañigüeral, 2014).

Sin duda, la economía colaborativa ha aprovechado los avances tecnológicos como el aumento del uso de internet o la proliferación de smartphones. El uso de aplicaciones móviles genera un sentimiento de pertenencia a un grupo y refuerza la confianza (Pricewaterhouse Coopers, 2015). Internet reduce los costes de búsqueda y evaluación de socios y clientes y, además, cuenta con la experiencia de veinte años de mercados on-line (Horton et al., 2016).

Según la Comisión Europea (2016), que ha centrado especialmente su atención en los modelos peer-to-peer (Dervojeda et al., 2013), los procesos de economía colaborativa implican a tres agentes diferentes:

- Los prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo o competencias y que pueden ser particulares o profesionales.
- Los usuarios.
- Los intermediarios que mediante plataforma en línea realizan la función de interconexión de los mercados.

Existen tres grandes modelos de organizaciones de economía colaborativa en función de la forma en que se produce el intercambio y partiendo siempre de la piedra angular de web: (Codagnone y Martens, 2016):

- Modelo peer-to-peer (P2P) llamados también (C2C): los bienes o servicios son compartidos entre particulares y la empresa actúa simplemente como intermediario entre la oferta o la demanda. Este servicio puede o no ser gratuito para los usuarios.
- Modelo business-to-consumer (B2C): la empresa proporciona la plataforma de intermediación y, además, suministra el bien o servicio. Difiere de los modelos de negocio tradicionales en que las interacciones se basan en las TIC.
- Modelo business-to-business (B2B): puede tomar la forma de cualquiera de los dos modelos anteriores, con la única salvedad en que las partes que interactúan son organizaciones empresariales.

En general, todos estos modelos se caracterizan por su heterogeneidad, lo cual lleva a que el diseño de las plataformas que los sustentan también sea muy diverso. Por ejemplo, Uber se caracteriza por centralizar el proceso para reducir los costes de transacción al máximo. Este diseño viene determinado porque el interés principal de sus usuarios es conseguir transporte en un momento del tiempo determinado importando poco el tipo de vehículo o de conductor. Sin embargo, los mercados en los que existe un número elevado de oferentes que ofrecen productos diferenciados, como por ejemplo los servicios de vivienda, precisan un diseño descentralizado.

Einav (2015) describe las características comunes y los elementos innovadores que diferencian la economía colaborativa o los mercados P2P a los que identifica con las plataformas digitales colaborativas que favorecen el intercambio entre un número elevado de compradores y vendedores fragmentados, generalmente con ánimo de lucro. Dichos mercados aprovechan las posibilidades tecnológicas, el uso de datos y los algoritmos de búsqueda creados por las plataformas para aumentar las probabilidades de encuentro entre oferentes y demandantes e implementar sistemas de precios flexibles o basados en subastas. La consecuencia de ello ha sido que los mercados P2P han reducido los costes de entrada de los vendedores lo que ha propiciado que los particulares y las pequeñas empresas puedan competir con las empresas tradicionales. Belk (2014) también señala la reducción de los costes de transacción como elemento esencial que ha posibilitado el acceso a los particulares a unos instrumentos que antes eran accesibles únicamente a las empresas y con frecuencia sólo a las grandes. Las otras bases de su funcionamiento son el mantenimiento de la calidad de los bienes a través de la reputación y los mecanismos de *feedback* entre los participantes.

Se ha apuntado a los sistemas de reputación y recomendación desarrollados por las plataformas como la causa fundamental para el desarrollo de los mercados P2P o mercados de “economía colaborativa”, incluso en mayor medida que a la explosión del uso de smartphones (Horton y Zeckhauser (2016) o Belk (2014)). Estos sistemas han permitido superar, o al menos aminorar en gran medida, problemas como el azar moral o la selección adversa que imposibilitaban su desarrollo y a veces incluso su existencia. Para ello, realizan taxonomías y clasificaciones exhaustivas de los individuos y bienes que compensan la falta de contacto físico que es la vía por la que los mercados tradicionales resuelven este problema. La información que aportan tales sistemas

de reputación permite, según estos autores, paliar en muchos casos, las necesidades de regulación que tienen los mercados tradicionales. La pérdida de confianza en las empresas tradicionales es lo que probablemente impulsa estos nuevos modelos de negocio basados en la confianza entre las partes (Dervojeda et al., 2013; Finley, 2013), en la recomendación y la reputación (Cabral y Hortacsu, 2010; Horton et al. 2016).

Según Demary (2014), el impacto más radical de las nuevas tendencias de negocio viene de la mano del P2P, que difiere fuertemente de las empresas tradicionales y del B2C. Los modelos P2P conectan a clientes y proveedores individuales mediante redes virtuales. En el caso de las empresas, éstas se basan en el intercambio impulsado por individuos para utilizar sus propios activos (Pen y Wihbey, 2016). Estas redes se caracterizan por (Shy, 2001):

- Complementariedad: sin un proveedor que proporcione el bien o servicio, la plataforma y la economía colaborativa no es capaz de satisfacer la demanda. Y, sin la demanda, los proveedores no pueden realizar negocios.
- Compatibilidad: la oferta y la demanda tienen que ser compatibles para que una red funcione.
- Estándares: es necesario un consenso sobre las normas internas de la red.
- Externalidades: el número de participantes que utiliza una plataforma está relacionado positivamente con el valor del uso de la plataforma y, además, el número de usuarios en un lado atrae a más usuarios en el otro lado (Hucap, 2013; Hemeshoff, 2013).
- Costes de cambio de red: el cambio de red supone costes de formación y aprendizaje, costes de búsqueda de la nueva plataforma y costes de fidelidad debido al hecho de que los mecanismos de confianza se forma mediante interacciones.
- Economías de escala: existen costes fijos para poner en funcionamiento la plataforma y para mantenerla con independencia del volumen de usuarios.

Sin embargo, la reducción de los costes de entrada y la descentralización de todos los procesos económicos posibilita el diseño de nuevas formas de gobernanza, donde las decisiones económicas no tienen que fundamentarse en el intercambio mediante precio, si no realmente en compartir, produciéndose nuevos procesos económicos fuera de la

mercantilización (Bauwens, 2005, 2009). Bostman y Rodgers (2010) indican que la horizontalidad de los intercambios es la principal característica de la economía colaborativa. El nuevo paradigma posibilita los intercambios voluntarios entre iguales (CNMC, 2016), aunque también ha servido de modelo para las empresas privadas. Con independencia de si fueron creados para mejorar la sociedad o con fines de lucro, el denominador común es un mejor uso de los activos, centrándose en los beneficios del uso y no de la propiedad y enfatizando la eficiencia (Gansky, 2010). El compartir no disminuye la propiedad, sino que aumenta su utilización (Fraiberger y Sundararajan, 2015).

De hecho, gran parte de la literatura identifica la economía colaborativa con las plataformas digitales con ánimo de lucro, que permiten a sus clientes tener acceso a activos tangibles e intangibles, en lugar de poseerlos. Esta visión más reducida se está imponiendo en una buena parte de la literatura. Por ejemplo es la que emplean Vaughan y Hawksworth (2014) en su informe para PriceWaterhouseCoopers o en Shcreyer (2016) que fija la posición de la OCDE.

Codagnone y Martens (2016), en su informe para la UE, hacen una relación exhaustiva de definiciones tratando de determinar las actividades que comprende la economía colaborativa, y probablemente establecen la caracterización más clara del sector, apuntando las bases de lo que puede ser su delimitación adecuada. En concreto, establecen tres categorías amplias de actividades que engloba la economía colaborativa y que enlazan con los mercados tradicionales:

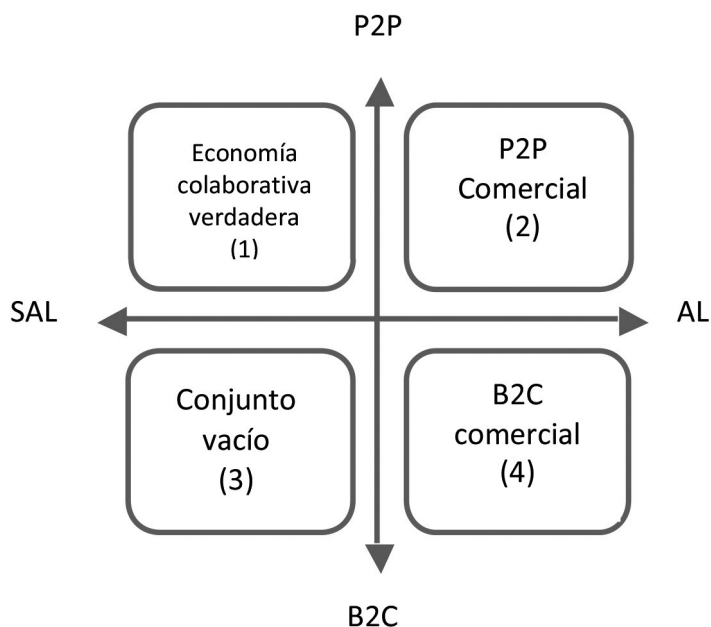
1. *Recirculación de bienes, enlaza con los mercados de bienes de segunda mano o de excedentes.*
2. *Incrementos en la utilización de activos, relacionado con los mercados de factores de producción.*
3. *Intercambio de trabajo y servicios (mercados de trabajo). Estos últimos pueden considerarse englobados en los segundos.*

También destacan la evolución de tales mercados pasando de propiciar la interacción de las personas físicas o *peers*; a la aparición de nuevas versiones que permiten interactuar a organizaciones o *peer organizations*. Estas nuevas plataformas se pueden considerar B2B (*business to business*), empresa a empresa, y últimamente se han desarrollado plataformas G2G (*government to government*) gobierno a gobierno. E incluso, en un siguiente nivel, se han desarrollado plataformas que sirven como satélites de otras plataformas, como por ejemplo las que ofrecen servicios a los proveedores de transporte o de apartamentos.

Tales plataformas les permiten mejorar rendimientos, optimizar precios, acceder a seguros, etc. En general, existe una tipología enorme de plataformas con características radicalmente diferentes en cualquiera de las categorías, que dan servicios a particulares u organizaciones, que tienen ánimo de lucro o son verdaderamente colaborativas y que dejan control a los participantes o le imponen condiciones.

Estos autores proponen una clasificación de las actividades englobadas dentro de la economía colaborativa que se basa en el grado de ánimo de lucro que tiene la plataforma y en el tipo de agentes que interactúa en el mercado. El gráfico 1 muestra esta clasificación. Como vemos en el gráfico, las accisas miden el ánimo lucro que persigue la empresa y es una medida del grado de *colaboración* presente en la actividad que puede ir desde la verdadera colaboración altruista hasta las plataformas comerciales.

Figura 1. Clasificación de actividades de la economía colaborativa



Fuente: Codagnone y Martens (2016).



El eje de ordenadas registra el tipo de usuarios a los que la plataforma presta servicio. La plataforma tiene actividad P2P cuando sus usuarios son personas físicas. En el otro extremo, la actividad de la plataforma es B2C cuando posibilita la actividad tradicional de oferta de bienes o servicios desde una empresa a sus consumidores. Este eje se refiere a los usuarios dado que la mayoría de las plataformas, y posiblemente todas las que tienen ánimo de lucro, son empresas privadas, incluso aunque puedan ser clasificadas como P2P por que dan servicio a personas físicas. Por ejemplo, en esta categoría se incluiría Uber o AirBNB. Al emplear la etiqueta P2P en lugar de C2C la clasificación acepta que la frontera entre consumidores y productores es muy borrosa.

Según esta clasificación, el cuadrante 1 incluye lo que hemos denotado economía colaborativa auténtica e incluye actividades que generan valor en términos de inclusión social o innovación social. El cuadrante 4 enlaza la economía colaborativa con los intercambios comerciales convencionales que se producen a través de internet. Engloba, principalmente, a plataformas que son empleadas por revendedores de bienes. Codagnone y Martens consideran al cuadrante 3 como un conjunto vacío pues aceptan el supuesto convencional de que las empresas fijan como objetivo la maximización de beneficios. Sin embargo, los propios autores apuntan que este objetivo es compatible con la financiación de actividades altruistas, filantrópicas o que tengan usos sociales. No obstante, en este cuadrante podría albergar a plataformas que ponen en contacto empresas cooperativas que tienen objetivos diferentes y en las que los beneficios únicamente actúan como una restricción para conseguir la sostenibilidad financiera. La mayor cantidad de actividades, transacciones y participación de la economía colaborativa se agrupa en el cuadrante 2 y por tanto constituye el principal foco de atención científica, política, y de regulación.

Según Codagnone y Martens (2016), la matriz no supone una definición excesivamente estrecha y rígida y encuadra la economía colaborativa en el ámbito más amplio de la economía on line o digital e incluso con la economía tradicional. No obstante, la clasificación abarca un conjunto de actividades muy heterogéneas con implicaciones políticas y necesidades regulatorias muy diferentes por lo que puede generar dificultades. Por ejemplo, no diferencia entre plataformas orientadas a facilitar el consumo de bienes y servicios y las dirigidas a fomentar la producción y la innovación colaborativa. Esto puede ser problemático porque la mayor parte de la normativa desarrollada hasta ahora pretende regular el funcionamiento de plataformas como Uber y/o AirBNB pero puede ser inadecuada, e incluso conflictiva, para otras activi-



dades como la producción colaborativa, que necesita, principalmente, una revisión de la política de derechos de autor y de patentes, o para regular la gestión de los bienes comunes. Por otro lado, tampoco diferencia a las plataformas P2P en relación al control que ejercen sobre la decisión de las características del intercambio o con respecto a las que, como Uber, dificultan trabajar con diferentes plataformas a la vez (*multi-homing*). Tampoco incluye el incipiente y emergente fenómeno de las plataformas B2B o G2G que podrían dar lugar a necesidad de regulación propia ni diferencia la forma jurídica bajo la que se organiza la plataforma.

Una alternativa para modificar los criterios de clasificación que den una perspectiva más adecuada y precisa puede ser el planteamiento de One Earth (2015) que toma como referencia la participación de la organización en el mercado y su ánimo de lucro<sup>62</sup>. Las organizaciones que no participan en el mercado se financian a través de sistemas alternativos a los precios y las que no maximizan beneficios persiguen otros objetivos, generalmente de tipo social, con una restricción de sostenibilidad financiera. Igualmente existen plataformas digitales que favorecen actividades de compra/venta, alquiler/préstamo, intercambio, trueque o regalo/donación y que se financian mediante su actividad en el mercado, pero que no buscan como objetivo maximizar los beneficios de sus propietarios por constituirse como empresas sociales o como cooperativas. Scholz y Schneider (2014) denominan a estas plataformas cooperativismo abierto o cooperativismo de plataforma, y su principal característica es que comparten la propiedad y los beneficios con sus usuarios<sup>63</sup>.

#### 4. PROBLEMÁTICA DE LA CUANTIFICACIÓN DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN EL PIB

Constatadas las dificultades de delimitación así como las características especiales en las que se basa la economía colaborativa y una

<sup>62</sup> Existen otras clasificaciones interesantes. Por ejemplo, Kostakis y Bauwens, M. (2014) la basa en la dicotomía centralización-descentralización y ánimo de lucro. Cohen y Muñoz (2014) denominan sharing Bussiness Model Compass a su modelo para evaluar negocios, basado en seis dimensiones que se miden con tres grados de intensidad: tecnología, transacción, enfoque de negocio, recursos compartidos, modelo de gobernanza y tipo de plataforma. Estos mismos autores proponen una clasificación para los servicios compartidos en función de su orientación al consumo-producción, interés privado-interés público (Cohen y Muñoz, 2015).

<sup>63</sup> Dos plataformas destacadas que entran dentro de esta categoría son Goteo (cooperativa centrada en el crowdfunding) y SomMobilitat (cooperativa que promueve la movilidad eléctrica y colaborativa), ambas localizadas en España.

vez cuantificados los aspectos principales del sector, es también de interés estudiar los efectos que tiene sobre la medición de la actividad económica a través de las cuentas públicas. En la medida en que el sector no deja de crecer a unas tasas que pueden considerarse como exponenciales, se está debatiendo sobre cómo debe registrarse esta actividad económica, como se cuantifica y cuál debe ser su impacto en sus medidas habituales y en concreto si el PIB, tal como se calcula habitualmente, puede seguir siendo una buena guía para medir la actividad económica. Tales dudas se han incrementado con la “ralentización” de la productividad medida en los últimos años, periodo caracterizado por una elevada tasa de cambio tecnológico, una creciente participación de las empresas y los países en las cadenas de valor, a través de la globalización y un crecimiento de los niveles educativos de la fuerza de trabajo, elementos que se asocian con el crecimiento de la productividad. Esta coincidencia genera numerosas dudas sobre cómo se está contabilizando algunas de las nuevas formas de intercambio y de actividad económica relacionadas con las tecnologías de la información.

La OCDE ha examinado el grado en que los procedimientos usados para registrar y contabilizar la actividad económica continúan siendo válidos en presencia de la economía digital, de cara a realizar propuestas que sirvan para adaptar la contabilidad nacional a esta nueva realidad. Schreyer (2016) es el documento de trabajo que recoge este esfuerzo. En las siguientes líneas se repasa sus conclusiones fundamentales.

La principal conclusión es que el actual marco es adecuado para contabilizar la economía P2P en grandes líneas. Pero también se constata dificultades sobre todo en relación a las situaciones que no existían previamente.

Por ejemplo la contabilidad nacional puede captar adecuadamente el valor añadido generado por las actuaciones de los hogares que actúan como productores. Si bien tal actividad es difícil de cuantificar por la multitud de operaciones y la reducida dimensión de las mismas, su realización a través de plataformas posibilita la cuantificación del tamaño de tales intercambios. Entre las actividades de este tipo que ha permitido desarrollar la economía colaborativa destacan los servicios de vivienda, de transporte y de intermediación financiera. Las plataformas generan la información que permite cuantificar todos estos tipos de actividades, con algunas circunstancias particulares para cada tipo de actividad.

Por ejemplo, los servicios de vivienda ya se cuantificaban parcialmente al calcularse el alquiler imputado a sus propietarios, aunque probablemente los alquileres a terceros representen una cifra mucho mayor.

Los vehículos particulares utilizados ocasionalmente para ofrecer transporte generan dudas para registrarlos como bienes de consumo duradero o inversiones de capital fijo, dado que ahora es posible que se adquiera un turismo como activo. La diferencia en el criterio de registro afectaría únicamente a la composición del PIB y no afectaría a su tamaño. En cualquier caso, éste no es un problema inédito pues el sistema de cuentas no provee una guía clara para contabilizar como inversión los bienes duraderos destinados al uso propio pero que se emplean para generar producción para la venta, de un modo más o menos formal.

Cuantificar la intermediación financiera a través de internet tampoco ocasiona un problema pues el *crowdfunding* o los préstamos P2P se realizan a través de plataformas digitales. Sin embargo, la irrupción de estas nuevas actividades genera la necesidad de modificar la definición de las instituciones que conforman el sector financiero pues la actual no contempla estos agentes.

La distribución de bienes, principalmente de segunda mano, a través de intermediarios que relacionan a compradores y vendedores, se registra bajo el supuesto implícito de que no aporta valor añadido por lo que se ha adoptado la convención de no registrar estos intercambios, al menos los que se produzcan entre particulares y microempresas. Las empresas de este sector que alcancen un tamaño elevado probablemente tendrán que darse de alta en los registros fiscales y su actividad se registrará por canales habituales.

La principal dificultad relacionada con las actuaciones de los hogares se encuentra en la contabilización del cambio de comportamiento que ha desdibujado las fronteras entre consumidores y productores y que hace que no se pueda distinguir entre producción de los hogares para el mercado por cuenta propia o para consumo y ocio. La tecnología de la información permite que ahora los hogares realicen buena parte de las actividades que solían realizar las empresas, como por ejemplo la búsqueda y organización de viajes. La OCDE propone no contabilizar tales acciones en el PIB, siguiendo un criterio coherente con otras actividades, como por ejemplo, el trabajo doméstico<sup>64</sup>. No obstante,

<sup>64</sup> Tras la decisión está la consideración del PIB como medida de la actividad económica y no del bienestar. Las cuentas satélites que capturan la actividad de no mercado de

es probable que el proceso haya modificado la calidad de los servicios finales generando problemas para calcular el volumen del PIB.

La contabilización de la producción ofertada de manera “gratuita” es la que genera mayores dificultades además de necesitar numerosos ajustes y redefiniciones de las prácticas habituales, dado su naturaleza especial y el tamaño que ha alcanzado. Una buena parte de los servicios proporcionados por empresas como Google entran dentro de esta categoría, de modo que no registrar esta actividad en las cuentas oficiales implicaría incurrir en un gran error al dejar fuera una fuerte actividad económica.

Los servicios gratuitos constituyen patrocinios o están sujetos al consumo de publicidad, de un modo similar a los ofertados por la televisión y por tanto, son tratados de modo similar.

Cuando el producto se financia a través de publicidad, se pone a disposición del consumidor y se realiza una transacción explícita entre el proveedor de servicios y la empresa de publicidad. Implícitamente, se equipara el valor del servicio ofrecido gratis con el del servicio de publicidad y el PIB no se infravalora porque el individuo paga indirectamente estos servicios a través de los precios más altos de los productos anunciados, que es la vía por la que se recuperan los costes de la publicidad. El procedimiento es equivalente a valorar los servicios consumidos de modo gratuito y únicamente cambia la forma por la que se registra el consumo.

Nakamura y Soloveichik (2015) apuntan un planteamiento diferente que iguala el tiempo gastado por los hogares viendo publicidad a un acto de producción por el que la empresa de publicidad les remunera. Ellos a cambio pagan por el servicio recibido al proveedor (que deja de ser gratis). Según esta visión, no se produciría ninguna transacción explícita entre el proveedor del servicio y la empresa que paga el servicio de publicidad, y tanto el PIB como el consumo de los hogares se incrementarían. Esta propuesta valora el producto “gratuito” por el gasto observado de los servicios de publicidad con lo que se aceptaría una valoración que corresponde al productor que puede o no coincidir con la del consumidor.

La forma más novedosa de financiar la producción digital es a través de la recogida y explotación comercial de la ingente cantidad de datos generados por sus usuarios, lo que se denomina *big data*. De modo

---

los hogares puede ser un modo de cuantificar estas actividades capturando una medida de bienestar, complementaria del PIB.

similar a la publicidad, se basa en una transacción implícita entre el consumidor, que aporta sus datos, y el productor que provee los servicios digitales “gratuitos”. Con los datos recogidos se construye un activo digital que se explota comercialmente. La actividad se podría contabilizar de manera similar a los servicios financiados a través de publicidad, para registrar su participación en el PIB. No obstante y a diferencia de aquél supuesto, no existe una *proxy* que sirva para estimar el valor de los servicios provistos por lo que, en buena medida esta producción no se registra, ni tampoco se contabiliza el valor de los activos digitales creados de este modo.

La contabilización de los “bienes públicos”, producidos con trabajo voluntario y financiados con donaciones, también es problemática. En esta categoría entrarían los servicios proporcionados por Wikipedia o el software libre, por ejemplo. Esta actividad constituye producción que se consume pero, de nuevo, no se computa en el PIB ni cuando se emplea en otros procesos de producción. En el ámbito público, la producción de servicios públicos se contabiliza por su coste de producción. En el caso del software libre u obras colectivas con coste de producción nulo se ha decidido que tampoco se registre valor por el activo. La naturaleza de los activos de propiedad colectiva o “global” es tal que no se podrían registrar en la cuenta de ningún país individual.

Estas actividades se diferencian de aquélla que está sujeta a costes pero se provee gratuitamente. En estos casos, la producción se destina a promocionar un producto o a incrementar la probabilidad de que haya pagos por servicios Premium, como por ejemplo, las cuentas gratuitas de Dropbox o de Spotify y en estos casos sí se incluye en el PIB.

Los activos basados en el conocimiento y la propiedad intelectual también generan dificultades a la hora de contabilizar el PIB, debido a la facilidad que tienen para trasladar su propiedad legal entre jurisdicciones buscando pagar menos impuestos. La consecuencia es el consiguiente traslado en el valor añadido por las mismas. El informe de la OCDE admite que es un problema y la necesidad de articular reglas precisas para estimar y registrar adecuadamente dónde se genera el valor añadido y el ingreso. El problema se agrava con los activos digitalizados, a los que nos hemos referido antes. Como indican Corrado, Hulten y Sichel (2005), los rendimientos de la mayoría de los mismos no se incluyen en las cuentas nacionales. Pero además, incluso cuando se hacen estimaciones, se basan en el supuesto de que tales activos

crean valor añadido únicamente en el país en el que están registrados, cuando lo más probable es que lo estén creando en varios países. Una solución podría ser imputar los rendimientos del activo en proporción a los flujos de ingresos relacionados con su uso.

El comercio electrónico ocasiona problemas para registrar las operaciones transnacionales. En la actualidad, las importaciones sólo se registran si superan un determinado valor pero internet posibilita la realización de operaciones de detalle por parte, incluso, de particulares. En la medida en que cobren importancia estas operaciones, crecerá el error que se comete.

Por último, la digitalización también genera problemas para valorar el volumen de la actividad que se genera. Por ejemplo, con los servicios que ofrecen versiones gratuitas y mejoradas a través de suscripción, o los que se paga un acceso y permiten un uso ilimitado. En estos supuestos, las transacciones monetarias no permiten calcular el volumen de los productos consumidos, dado que el precio por unidad no es observable. Del mismo modo, se podría estar subestimando el valor añadido bruto generado. Los procedimientos habituales calculan el volumen de producción deflactando el gasto nominal con medidas de los precios. Si por ejemplo, se contempla el sector de la hostelería, los índices de precios que se emplean se basan en las habitaciones de hotel que son sensiblemente más caras que las de AirBNB. El resultado sería una subestimación del volumen de actividad. En general, esto puede estar pasando con generalidad en los sectores en los que existe una intensa actividad de los hogares como productores.

## **5. LA ECONOMÍA COLABORATIVA DESDE LA PERSPECTIVA DE LAS PLATAFORMAS**

El intercambio de bienes y servicios de la economía colaborativa beneficia a los usuarios y, simultáneamente, influye y afecta a los sectores tradicionales de la actividad económica, en el consumo, la producción y la financiación. Además, tiene la particularidad de que aunque el servicio sea regional o local, una plataforma puede atender diversos mercados y con ello se optimizan los costes fijos y se generan economías de escalas (Demary, 2014).

Como hemos comentado con anterioridad, la estructura del mercado puede adoptar diversas formas (Demary, 2014) aunque con carácter general engloban a un gran número de consumidores y proveedores

con un reducido número de plataformas, convirtiéndose en nuevos modelos de oligopolios promovidos por el afán de lucro y la captación del usuario gracias a prácticas de generación de confianza muy cercanas a la tradicional “gestión de marcas”. En la actualidad el valor de una marca puede estar vinculado a las interacciones sociales que genera y que la gestión de estas conexiones se convierte en fundamental para una comercialización exitosa (Pricewaterhouse Coopers, 2015).

El uso de las TIC permite eludir los intermediarios tradicionales y redefinir las relaciones típicas de mercado (Owyang et al., 2013). Sin embargo, no se ha logrado impedir la irrupción de grandes fondos de inversión en determinadas plataformas, con lo cual la redefinición no ha sido real sino que simplemente se ha modernizado el mercado capitalista en determinados sectores y se ha “innovado” en el tipo de producto y en la forma en que se distribuye, obviando el condicionante principal de cualquier sistema económico que es a quién beneficia realmente la transacción y a quién van a parar los excedentes de dicha actividad.

Los segmentos de mercado en que se agrupa la economía colaborativa son según Demary (2014): bienes de consumo duradero, bienes de consumo no duraderos, bienes de inversión, intangibles (especialmente conocimiento) y servicios (especialmente tiempo). Además, Gansky (2010) apunta que las transacciones van a ser facilitadas por empresas que poseen activos y los ofrecen y aquellas plataformas que únicamente intermedian entre quienes ofertan y demandan algún tipo de producto o servicio.

La economía colaborativa se ha extendido de manera transversal por prácticamente todos los sectores aunque la intensidad en que lo ha hecho difiere de unos a otros. En todos los nichos de venta al por menor surgen oportunidades (Pricewaterhouse Coopers, 2015). Las características de estas nuevas organizaciones, sobre todo de su crecimiento acelerado gracias a las economías de escala, da lugar a una reducción de las barreras de entrada (Demary, 2014) y pueden hacer aumentar la demanda en mercados ya existentes, incrementando de manera significativa la competencia incluso en mercados fuertemente regulados (Schwalbe, 2014).

Es difícil distinguir las plataformas digitales que no deben ser consideradas dentro de la economía colaborativa (Codagnone y Martens, 2016). Los sectores donde estos nuevos modelos operan de manera



destacada en el sector del transporte, el alojamiento, la financiación de proyectos, los servicios personales, la alimentación, la educación o la logística (CNMC, 2016), con un predominio de empresas con ánimo de lucro (Nadler, 2014).

Los sectores donde la economía colaborativa se ha extendido más rápidamente, como el transporte o el alojamiento, muestran como hasta ahora el modo más exitoso es el denominado “producto-servicio”. Es decir, bienes que representan una inversión importante en las familias y que permanece con ellos durante largo tiempo, como el vehículo o la vivienda, y que se busca maximizar su utilización mediante el régimen de acceso (alquiler) como si se tratara de un servicio pues el demandante no obtiene la propiedad sino únicamente el uso durante el tiempo acordado (Matzler et al., 2014).

También tiene especial importancia el modelo de “intercambio de bienes en mercados de redistribución” (Sundararajan, 2014), donde se venden activos, normalmente usados e infrautilizados, en lo que supone un nuevo mercado de productos de segunda mano. Precisamente, la idea de la existencia de bienes y capacidades infrautilizados es uno de los principios originarios de la economía colaborativa (Rivera, 2016). Igualmente, es relevante el modelo de “intercambio de servicios bajo demanda” donde se comparten productos, conocimiento o tiempo ya sea a cambio de dinero, como medio de trueque o de forma desinteresada dentro de un estilo de vida colaborativo.

Por otro lado, las empresas han encontrado en las formas de la economía colaborativa una herramienta para contratar mano de obra, normalmente cualificada, únicamente en el momento necesario (Pricewaterhouse Coopers, 2015). Nos referimos aquí a las plataformas de intermediación laboral que denomina al trabajador como “freelance”. Se trata de llevar el modelo de producción “just in time” al mercado de trabajo mediante contratos de servicio al margen de la protección del Derecho laboral. Se trata de uno de los aspectos más controvertidos de la economía colaborativa y, paradójicamente, contrario a la esencia en la que se basaron los inicios de este fenómeno. Los defensores de este tipo de modo de trabajo argumentan los beneficios de la flexibilidad para el trabajador, pero la realidad es que la precariedad impera y la desprotección de los trabajadores se convierte en crónica. En esta línea han comenzado a trabajar autores como Sierra (2016) o González (2013) y se trata, además, de una de las principales ocupaciones de este proyecto de investigación.



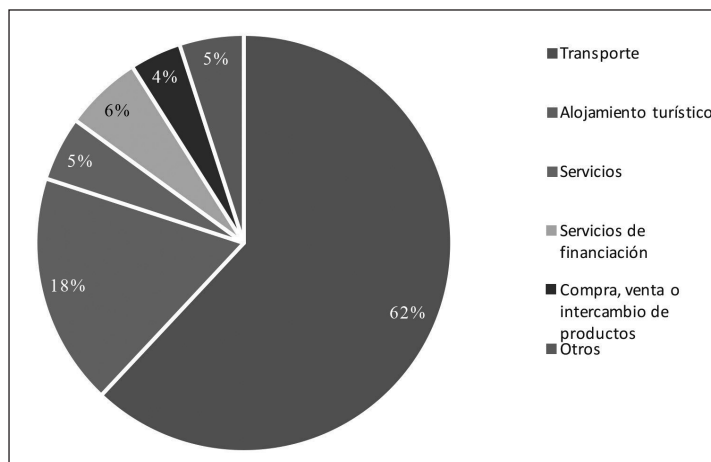
## 5.1. ALGUNOS DATOS DEL SECTOR

Según la Comisión Europea (2016), en 2015 los ingresos brutos de plataformas colaborativas en la Unión Europea ascendieron a 28.000 millones de euros y en el futuro se estima un aumento de entre 160.000 y 572.000 millones de euros. Estimación que nos muestra la relativa incertidumbre que, aún dentro de cifras de extraordinario crecimiento, existe. Como señalan Covagnone y Martens (2016) son pocos los estudios empíricos que hay relevantes sobre el impacto económico y el tamaño del sector de la economía colaborativa. Hasta el momento la evidencia empírica es irregular, poco concluyente e, incluso, excesivamente interesada en demasiadas ocasiones. En este trabajo vamos a enumerar algunos de los principales datos que hemos logrado recopilar y que nos parecen fiables y válidos desde un punto de vista científico para tratar de mostrar la envergadura de la economía colaborativa en España.

La primera aproximación la realizamos desde los usuarios. Según la última oleada del Panel de Hogares de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016,b) el 25,7% de la población utiliza plataformas de economía colaborativa, ascendiendo al 34,1% cuando se trata de usuarios habituales de internet. A ello añadimos que el 81,9% de los hogares dispone de acceso a internet (es decir, 13.031.849 hogares), 28.440.383 personas han utilizado internet alguna vez y 15.065.709 lo han hecho para realizar alguna compra en los últimos 12 meses (Instituto Nacional de Estadística, 2016). Además, nos parece también relevante resaltar que entre los medios empleados para acceder a internet de aquellos que lo han hecho durante los últimos tres meses (27.704.899 personas) un 93,3% ha accedido desde un teléfono móvil (Instituto Nacional de Estadística, 2016).

Estos datos muestran un volumen de usuarios potenciales de plataformas digitales de economía colaborativa que explica en parte el éxito de estas nuevas tipologías de consumo y el creciente interés de los fondos de inversión en este sector. A nivel mundial las cifras publicadas demuestran su relevancia actual y la importante proyección de futuro, en consonancia con las inversiones realizadas durante los últimos años. Así, con datos de la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016-A), el total de inversión en plataformas digitales de economía colaborativa durante el período 2000-2015 fue de 25.972 millones de dólares, de los cuáles 8.489 corresponden al año 2014 y 12.890 a los nueve primeros meses de 2015.

**Gráfico 1: Inversión durante el período 2000-2015 en plataformas digitales de economía colaborativa**



Fuente: adaptado de Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016-A).

El volumen de la inversión recibida a nivel mundial no se corresponde con el uso real de estas plataformas en España, donde la compra, venta o alquiler de productos de segunda mano acapara el sector de mayor uso como puede verse en la tabla 1. Le sigue el alojamiento entre particulares y el transporte. Según un estudio realizado por el portal de anuncios gratuitos de compraventa Segunda Mano, en España se venden objetos usados por un valor de más de 2.300 millones de euros.

**Tabla 1: Internautas que usan plataformas de economía colaborativa al menos una vez al año**

Compra, venta o alquiler de productos de segunda mano	26,90%
Alojamiento (entre particulares)	9,70%
Transporte (coche)	8,80%
Financiar proyectos	4,40%
Buscar a un profesional	3,70%

Fuente: elab. propia a partir de Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016,b).

También podemos extraer una idea sobre la configuración del sector al analizar el destino del uso de los internautas. Así, de acuerdo con la Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016,b), los internautas que usan plataformas de economía colaborativa (al menos una vez al año) lo hacen principalmente para la compra, venta o alquiler de

productos de segunda mano (26,9%), seguido a mucha distancia por el alojamiento entre particulares (9,7%) y el transporte (8,8%), tal como se muestra en la tabla 1.

En esta línea se manifiesta también un reciente estudio de la Organización de Consumidores y Usuarios (2016) donde se afirma que los usuarios que han participado al menos una vez en actividades de economía colaborativa lo hace principalmente (de mayor a menor) en actividades de redistribución de productos, actividades sociales y altruistas, actividades de alojamiento entre particulares y transporte.

**Tabla 2: Participación en actividades de economía colaborativa**

Redistribución de productos	66,00%
Fines sociales y altruistas	38,00%
Alojamiento	28,00%
Transporte	20,00%

Fuente: elaboración propia a partir de Organización de Consumidores y Usuarios, 2016.

Según este mismo estudio en España los tres grandes segmentos de plataformas digitales de economía colaborativa son la conexión de usuarios en redes de intereses comunes, las actividades para facilitar el intercambio entre usuarios y las actividades para fines sociales y altruistas con el reparto que se aprecia en la tabla 3.

**Tabla 3: Segmentos de plataformas de economía colaborativa en España**

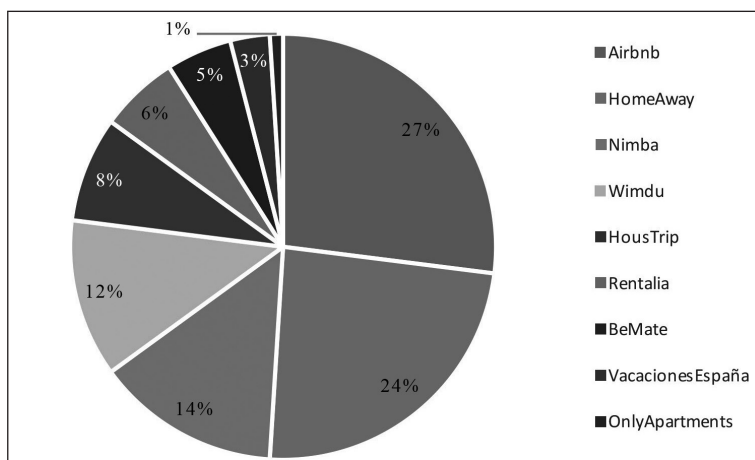
Conexiones de usuarios en redes de intereses comunes	55%
Actividades para facilitar intercambios entre usuarios	35%
Fines sociales y altruistas	10%

Fuente: elaboración propia a partir de Organización de Consumidores y Usuarios, 2016.

Si intentamos profundizar en el análisis del sector nos encontramos con grandes dificultades pues no existen, como hemos señalado previamente, gran disponibilidad de estudios o datos. A nivel mundial se ha estudiado de manera significativa el comportamiento de las actividades relacionadas con el transporte y el alojamiento turístico de la mano de la descripción de casos concretos como el de Uber o Airbnb. En el caso de España, y como consecuencia del peso del sector turísti-

co en nuestra economía, existen algunos datos respecto de las actividades relacionadas con los alojamientos turísticos entre particulares. La Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016,a) sitúa como la principal plataforma de intermediación a la empresa transnacional Airbnb, seguida de HomeAway, Nimba, Wimdu HouseTrip, Rentalia, BeMate, Vacaciones-España y Only Apartments.

Gráfico 2: Cuota de mercado en el sector de alojamientos entre particulares



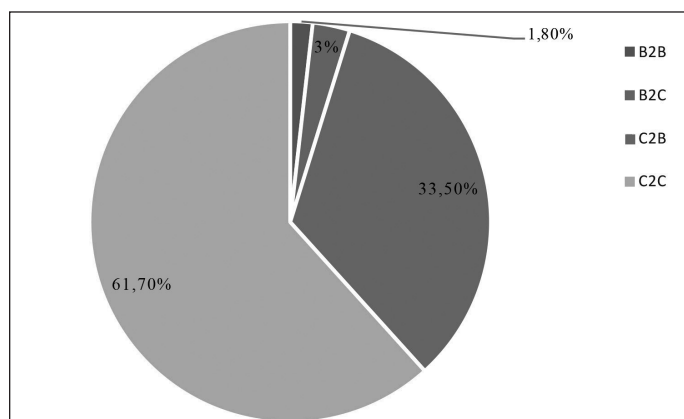
Fuente: elaboración propia a partir de Comisión Nacional del Mercado y la Competencia (2016-A).

Las comunidades autónomas donde cuentan con mayor presencia son Andalucía (22,3%), Cataluña (21,8%), Baleares (17,5%), Valencia (11%) y Canarias (10%). La penetración en el sector se aprecia al comparar el peso de las viviendas de uso turístico respecto al sector hostelero, con especial incidencia en Murcia (40,5%), Andalucía (32,1%) y Valencia (30,9%), siendo la media de penetración en España del 25%. Dato este último que justifica la preocupación del sector tradicional de alojamientos turísticos y la existencia de informes y estudios al respecto.

Por otro lado, si atendemos al número de plataformas digitales de economía colaborativa existentes y sus características podemos también ofrecer un acercamiento a la realidad que representan. Aun así, es difícil hacerlo con total exactitud debido a la enorme dificultad existente a la hora de acotar la dimensión del sector pues el volumen de nuevas iniciativas no para de crecer. A este respecto Bel Ladrá y Debrix (2015) aportan un trabajo significativo que vamos a comentar.

Según estos autores, las distintas plataformas de economía colaborativa se agrupan de la siguiente forma según el modelo de interacción y sin tener en cuenta si dentro de los modelos C2C la plataforma es una entidad mercantil con ánimo de lucro o no:

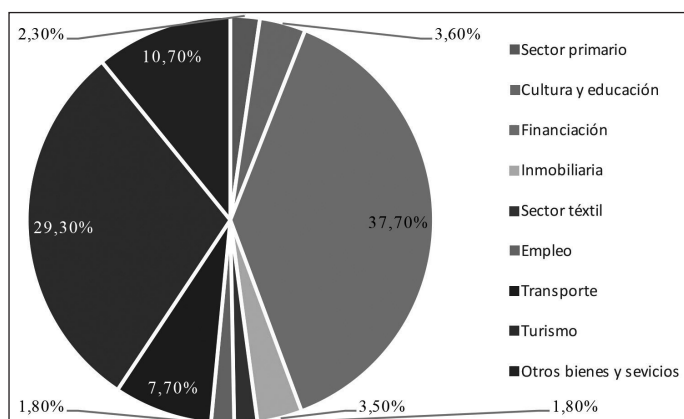
**Gráfico 3: Modelos de interacción**



Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Lladrá y Debrix (2015).

En cuanto a la agrupación por sectores de las plataformas web P2P analizadas por el estudio concluyeron que el sector de mayor número de plataformas es el de la financiación, seguido del turismo y el transporte. Es decir, que son los sectores con una menor concentración, al menos en cuanto al número.

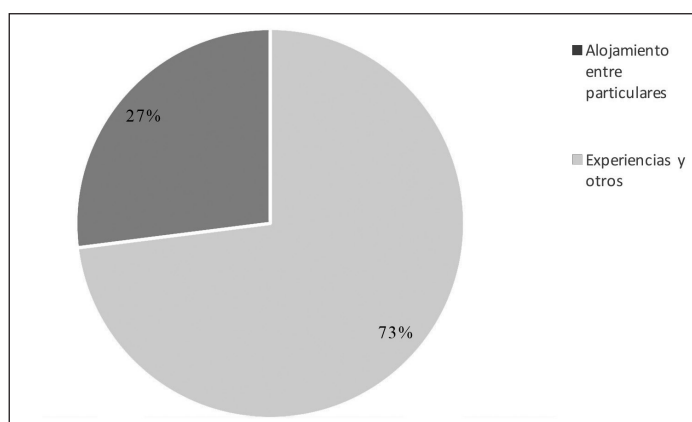
**Gráfico 4: Número de plataformas web P2P**



Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Lladrá y Debrix (2015).

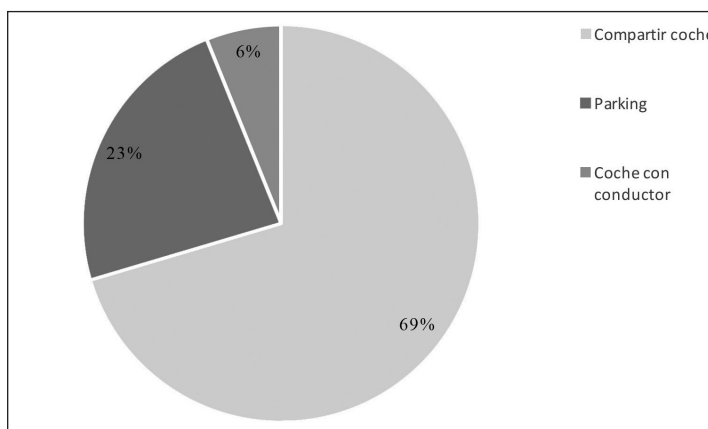
Siguiendo con estos autores, si consideramos cada uno de estos sectores en los que han agrupado las plataformas comprobamos como dentro del sector turismo el 73% de la actividad recae sobre plataformas de intermediación de alojamiento entre particulares, mientras que en el caso del sector transporte la principal actividad con un 69% de los casos recae sobre el uso de coches compartidos y en el sector de la financiación el principal destino son los proyectos empresariales (41%) seguido de las causas solidarias (24%) y la cultura (22%).

**Gráfico 5: Actividad de las plataformas web de economía colaborativa en el sector turístico**



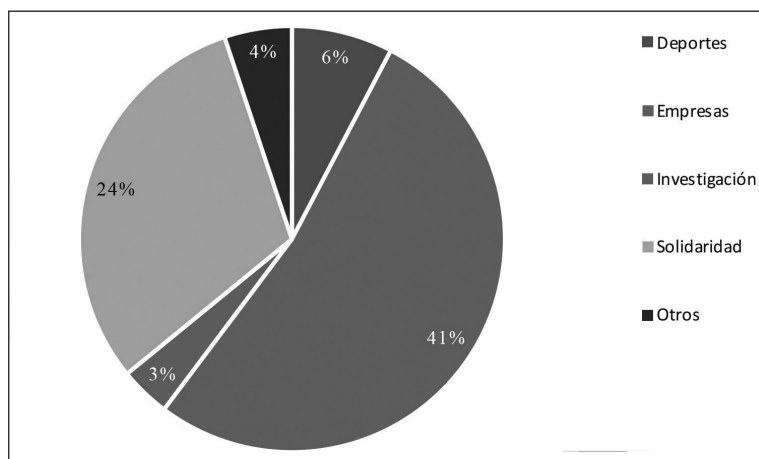
Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Lladrá y Debrix (2015).

**Gráfico 6: Actividad de las plataformas web de economía colaborativa en el sector del transporte**



Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Lladrá y Debrix (2015).

**Gráfico 7: Destino de la financiación de las plataformas web de economía colaborativa en el sector de la financiación**



Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Lladrá y Debrix (2015).

Por otro lado, también resulta interesante comentar el lugar desde el que operan, o al menos donde se encuentran las sedes sociales, de las plataformas que realizan su labor en España. Por supuesto, al tratarse de modelos de negocio o de actividad que normalmente no requieren de una infraestructura física la multitud de lugares en los que se ubican las sedes de estas plataformas es muy amplio. A pesar de ello, existen algunas ciudades donde son más comunes como es el caso de Barcelona o Madrid. En la siguiente tabla se muestran las cinco principales ciudades desde donde operan estas plataformas y la principal ciudad extranjera.

**Tabla 4: Sede social de las plataformas web de economía colaborativa**

Ciudad	Porcentaje de plataformas
Barcelona	19,80%
Madrid	18%
Málaga	3%
Palma de Mallorca	3%
Valencia	3%
San Francisco (USA)	1,80%

Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Lladrá y Debrix (2015).

En definitiva, se trata de un sector emergente cuya característica principal es el uso de internet y la intermediación a través de plataformas digitales donde se ponen de acuerdo oferentes y demandantes de todo tipo de productos y servicios. Debido a su reciente génesis y rápida expansión es difícil mostrar la configuración empírica del mismo, así como su impacto real. En la siguiente tabla se muestran, a modo de resumen, las principales características que nos aproximan a una descripción del sector en España.

**Tabla 5: Principales características de la economía colaborativa en España**

Variable	Dato	Año	Fuente
Ingresos brutos de las plataformas colaborativas	28.000 millones de euros	2015	Comisión Europea
Uso de plataformas colaborativas	25,7% de la población	2016	Comisión Nacional del Mercado y la Competencia
Personas que han utilizado internet alguna vez en España	28.440.383 personas	3º tr. 2016	Instituto Nacional de Estadística
Personas que han realizado alguna compra por internet en los últimos 12 meses en España	15.065.709 personas	3º tr. 2016	Instituto Nacional de Estadística
Inversión en el mundo en plataformas de economía colaborativa en los tres primeros trimestres	12.890 millones de dólares	2016	Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia
Sectores de economía colaborativa de mayor inversión en el mundo durante el período 2000-2015	Sector del transporte 62% y sector del alojamiento entre particulares	2016	Comisión Nacional del Mercado y de la Competencia
Usuarios que usan plataformas de economía colaborativa al menos una vez al año en España	Compra/venta/alquiler de productos de segunda mano 26%	2016	Organización de Consumidores y Usuarios



Usuarios que han participado al menos una vez en plataformas de economía colaborativa en España	Redistribución de productos 66% y fines sociales 38%	2016	Organización de Consumidores y Usuarios
Principales modelos de interacción de P2P según número de plataformas en España	C2C 61,7%	2015	Bell Ladrá y Debrix
Sectores con mayor número de plataformas de economía colaborativa en España	Financiación de proyectos 37,7% y turismo 29,3%	2015	Bell Ladrá y Debrix
Sede social de las plataformas de economía colaborativa en España	Barcelona 19,8% y Madrid 18%	2015	Bell Ladrá y Debrix

Fuente: Elaboración propia a partir de Bel Ladrá y Debrix (2015).

## 6. USUARIOS EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA

En epígrafes anteriores se ha puesto de manifiesto la evolución cuantitativa exponencial del uso de las plataformas digitales, por lo que en esta sección nos detenemos en tres aspectos específicos del análisis de los usuarios.

El primero de ellos es la importancia de la confianza digital, como factor determinante del uso incremental de las plataformas digitales. El segundo elemento es la motivación de los usuarios para participar en las plataformas, por lo que nos centraremos en los resultados de los estudios empíricos sobre la motivación para la participación de los usuarios, sin ánimo de exhaustividad.

El tercero, es el análisis sobre el conocimiento y uso de las plataformas, así como las ventajas e inconvenientes respecto al comercio tradicional detectados por los usuarios en España en comparación con la UE, según los datos ofrecidos por el barómetro publicado por la Comisión Europea y el estudio de la Comisión Nacional de Mercado y Competencia. El perfil socioeconómico de usuarios-demandantes y usuarios-oferentes se fundamenta en el estudio para toda la UE, pues no han realizado un estudio por países, y por tanto usamos esta información como aproximación a la caracterización del usuario en España.

## 6.1. CONFIANZA Y MOTIVACIÓN DE LOS USUARIOS DE PLATAFORMAS DIGITALES

Para entender el crecimiento exponencial de los usuarios de estas plataformas es fundamental reflexionar sobre el papel que juega la confianza (Dervojeda et al., 2013; Finley, 2013), la recomendación y la reputación (Cabral y Hortacsu, 2010; Horton et al. 2016).

Sin duda, uno de los elementos que ha ocasionado la eclosión de la economía colaborativa es la “Digitalización de la confianza” (Sundarajan, 2016). A pesar de las diferentes acepciones que existen, este autor considera que la definición de Coleman (1990) es la adecuada para el ámbito de la economía colaborativa, que entiende la confianza como “la disposición para comprometerse a un esfuerzo colaborativo antes de conocer cómo se va a comportar la otra persona”.

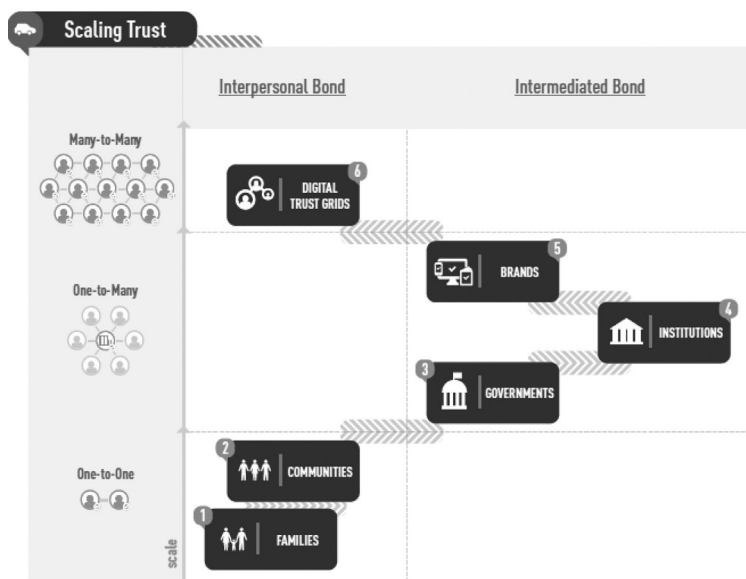
La confianza ha estado limitada a nuestra familia y amigos y la reputación en una comunidad se ha construido a partir de las relaciones de colaboración con el resto de miembros. Con el desarrollo económico del siglo XIX y XX, el crecimiento de la comunidad y las relaciones económicas no fueron acompañadas de un incremento de las relaciones de confianza basadas en las relaciones interpersonales, y estas se sustituyeron parcialmente con mecanismos de contratos garantizados por terceras partes, por ejemplo el estado.

Sin embargo, la conectividad de internet ha creado nuevas herramientas que permiten las relaciones interpersonales a una escala inimaginable. Además, ha permitido crear sistema de confianza digital sin precedentes, siendo este el detonante del crecimiento de estas plataformas, así como la incorporación del capital social real al capital social digital, mostrando los contactos que tenemos en la vida real en internet (Mazella, Sundarajan y Möhlmann, 2016).

Así, las plataformas digitales nos ofrecen diferentes tipos de información. Para algunas transacciones sólo es necesario conocer si esa persona es auténtica, por ejemplo que la casa que nos dice que posee es real. En otras, debemos saber si tiene las competencias para realizar la actividad comprometida, por ejemplo pintar una valla. El tercer componente es que esa persona tenga buenas intenciones, si comparte el automóvil y no pretende robarnos. En cada transacción se puede requerir el conocimiento de estos tres elementos o sólo uno, y la economía digital es capaz de generar esta información verificable con unos costes muy reducidos. Dos personas crean confianza tras un tiempo de interacciones repetidas, sin embargo, los sistemas digitales, extraen, resumen y hacen disponible la información de una única relación entre dos personas para muchas otras. Además, la acu-

mulación de confianza digital, permite al participante en la economía colaborativa la creación de una reputación o capital social digital.

Figura 2: Escala de la confianza



Fuente: Mazella y Sundararajan, 2016.

Según el fundador de Blablacar, el marco teórico para evaluar si un sistema cumple los requisitos para crear confianza en las comunidades online es el denominado D.R.E.A.M.S. (*declared, rated, engaged, active, moderated, social*) (Mazella y Sundararajan, 2016), que responde a las siglas en inglés de las siguientes seis características:

1. Declaración: El primer paso es ofrecer una identificación clara, mediante una serie de datos personales, como es el nombre, edad, preferencias, o una breve descripción, y una foto.
2. Evaluación: La puntuación permite que terceras partes obtengan una información sobre el nivel de confiabilidad acumulada, siendo ésta una vía fundamental de la creación de reputación.
3. Compromiso: La reserva y pago previo es una forma de asegurarse el cumplimiento del acuerdo, reduce de esa manera la incertidumbre para ambas partes.
4. Actividad: la colaboración depende de ambas partes, y por tanto es importante conocer si el intercambio es posible o no, por ello se suele ofrecer información del nivel de frecuencia y uso de la plataforma, por ejemplo se incluye alguna cláusula sobre el tiempo medio de respuesta.

5. Verificación: la información debe ser verificada por la plataforma, por ejemplo el número de teléfono del usuario, pues los usuarios necesitan tener la certeza que la información a la que ellos acceden es auténtica.
6. Social. Las redes sociales permiten conectar el perfil del usuario aumentando la confianza.

A ello se une también el efecto de la marca, que afecta a la confiabilidad del usuario en la plataforma, como medio seguro para poder realizar las transacciones.

Otra cuestión de análisis en el estudio de los usuarios de la economía colaborativa es la motivación para la participación, aspecto que todavía requiere una mayor profundización. Los estudios realizados son en su mayoría, estudios de plataformas concretas, por lo que los resultados no son fácilmente comparables (Birke, 2009; Nevo, Turner y Williams, 2016; Peitz, M. y Waldfogel, J., 2012). Debido a esa limitación, Bocker y Melen (2016) plantean un estudio en el que se pueda comparar la motivación del uso de diferentes plataformas por la misma muestra de usuarios en Amsterdam. En dicho trabajo se estudia empíricamente cuáles son la importancia relativa de la participación por motivos, económicos, sociales y medioambientales, con respecto a diferentes sectores de la economía colaborativa, por grupos socio-demográficos y en función de si son usuarios o proveedores de servicios.

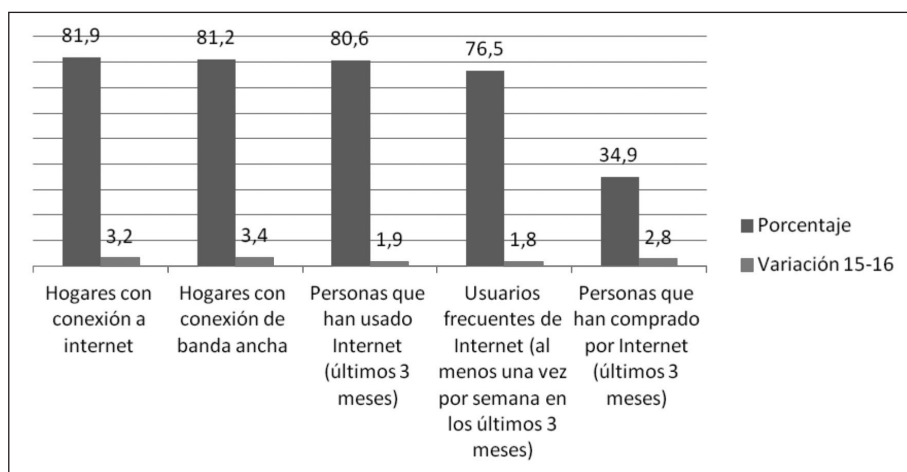
El principal resultado es que atendiendo a estos criterios las motivaciones son diferentes, y por tanto no se puede concebir la economía colaborativa como un único fenómeno, conformado por una única tipología de mercado. Así, el principal motivo para compartir bienes caros, como es el caso de la vivienda, se fundamenta en razones económicas. Las razones medioambientales están muy presentes para compartir los medios de transporte. Por último, la motivación social predomina en el caso de que exista una interacción personal importante.

Las diferencias en la motivación entre el usuario y el proveedor son importantes, incluso más que las características socioeconómicas, si bien éstas son significativas. Así, las mujeres están más motivadas por razones medioambientales, como mostraban trabajos anteriores (Hellwig et al., 2015). Los jóvenes y grupos con renta baja son los más motivados económicamente para ser usuarios y proveedores (Bellotti et al. (2015), y los que tienen menos motivación social son los jóvenes, los grupos de renta alta y también los más educados. Todos los trabajos señalan que la existencia de un motivo principal de participación no resta que los encuestados expresen las otras dos motivaciones (Scaraboto, 2015).

## 6.2. EL USUARIO-DEMANDANTE EN ESPAÑA

De acuerdo con los últimos datos publicados en la encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares del INE para el año 2016, el 81,9 % de los hogares tienen conexión a internet. El 76,5% se declara usuario frecuente de internet y el 34,9 % ha comprado en internet en los últimos tres meses. Además, como se puede comprobar en la gráfica, todos estos indicadores sobre el acceso y uso de internet muestran claramente un incremento respecto al año anterior, siendo este del 2,8% para el caso de las compras.

Gráfico 8: Acceso e intensidad de uso de internet en España 2016



(1) Porcentaje de hogares en el que al menos un miembro tiene una edad entre 16 y 74 años. (2) Porcentaje de usuarios entre 16 y 74 años.

Fuente: INE, Encuesta sobre equipamiento y uso de tecnologías de información y comunicación en los hogares del INE. 2016.

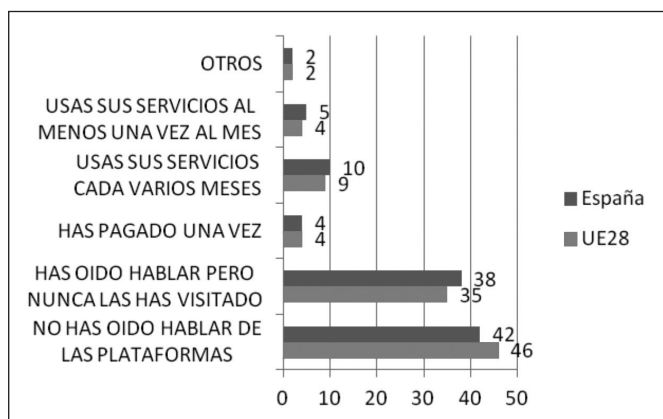
En el contexto europeo, los datos más actualizados corresponden al año 2014, y la proporción de personas de entre 16 y 74 años de edad en la EU-28 que compraron bienes y servicios para uso privado a través de internet en los últimos 12 meses se situó en el 50%, lo que representó un incremento de seis puntos porcentuales en comparación con 2012. Más de dos tercios de ciudadanos del Reino Unido, Dinamarca, Suecia, Luxemburgo, los Países Bajos, Alemania y Finlandia realizaron pedidos de bienes o servicios por internet, mientras que en Bulgaria e Italia esta proporción era de una por cada cinco personas, y en Rumanía, de una por cada diez. En el caso de España, este porcentaje se situaba en el 43% para el citado año, por tanto estaríamos por debajo de la media

en 7 puntos porcentuales, sin embargo en 2016 habríamos llegado al nivel del 50,2%, cumpliendo así el objetivo marcado por la Agenda Digital de que el 50% de la población compre por internet en 2015<sup>65</sup>.

Centrándonos en el uso concreto de plataformas colaborativas, Eurostat ofrece datos de 2016 por medio del barómetro publicado expresamente para el análisis de este sector (Eurobarómetro, 2016). Según estos datos, el 52% de la población encuestada en la UE ha oído hablar de las plataformas colaborativas y el 57% en el caso de España. Asimismo, el 17% de los europeos las han utilizado, una vez o más, porcentaje que se eleva al 19% en España.

Si nos atenemos a los datos anteriores, podemos afirmar que el avance del empleo de internet para la realización de las compras ha crecido de forma exponencial en el contexto europeo y español, si bien estamos por debajo de la media, y sin embargo, superamos a la media europea en cuanto a conocimiento y uso específico de las plataformas colaborativas.

**Gráfico 9: Conocimiento y uso de plataformas digitales en España y la Unión Europea en 2016 (%)**



Fuente: Eurobarómetro (2016) y elaboración propia.

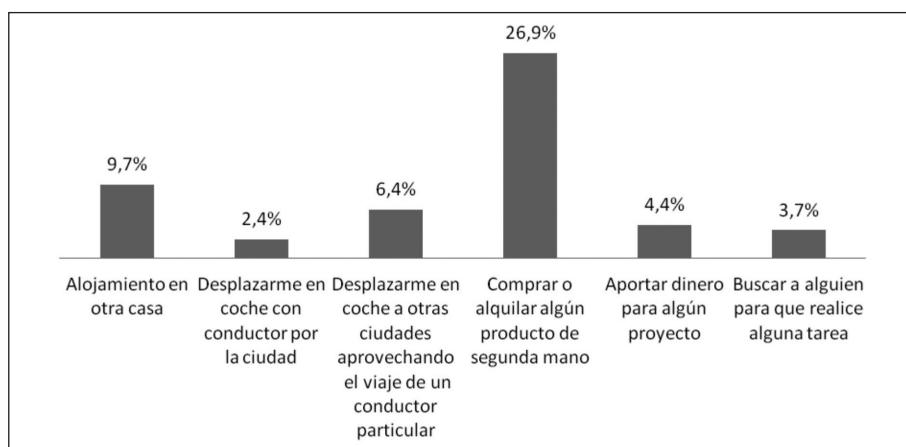
El 5% de los españoles usan los servicios de las plataformas de forma regular, es decir, al menos una vez al mes y un 10% lo emplea de forma esporádica, superando ambos valores en un 1% a la media europea. Un 4% de los encuestados afirmaban haber pagado sólo una vez por un servicio en esas plataformas, al igual que la media europea. Por tanto, el uso

<sup>65</sup> El INE publica cifras absolutas del número de personas que han realizado una compra por internet en los últimos doce meses, así el para el año 2016, la cifra provisional para septiembre era de 15.065.709, frente a los 12.897.314 para el 2014. El porcentaje para 2015(48,69%) y 2016 (50,2%) son el resultado de nuestros cálculos.

de las plataformas digitales en nuestro país muestra claramente que es un sector con una trayectoria destacada en el contexto europeo.

En cuanto a los sectores demandados en España (CNMC, 2016)<sup>66</sup>, los resultados del Panel de Hogares muestran que las plataformas colaborativas más empleadas por los individuos que usan internet al menos semanalmente son las de compra o alquiler de productos de segunda mano: un 26,9% de los internautas las usan al menos una vez al año, seguidas del alojamiento en casa de otro particular, con un 9,7% de uso, y de aquellas plataformas que facilitan compartir trayectos en automóvil entre ciudades, con un 6,4% de uso. Las plataformas con menor uso son las destinadas al transporte urbano (2,4%), a la realización de trabajos y tareas (3,7%) y a la financiación de proyectos (4,4%).

**Gráfico 10: Porcentaje de internautas que usan plataformas de economía colaborativa al menos una vez al año (2016)**



Fuente: CNMC-B, 2016.

El perfil del usuario europeo, pues carecemos de datos para España, es una persona joven, entre 25 y 39 años, con nivel educativo medio, que vive en zonas urbanas y que es empleado o autónomo, de hecho tiene un mayor conocimiento de las plataformas colaborativas que el ciudadano medio (63% de este colectivo vs 58%) y el 32% de estos la han empleado más de una vez<sup>67</sup>.

<sup>66</sup> Datos del Informe de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia que se basa en las preguntas incluidas por primera vez en el Panel de Hogares de abril-junio de 2016 sobre el uso de las plataformas de economía colaborativa en España.

<sup>67</sup> El estudio no ofrece información de los perfiles por países porque la muestra estadística no es lo suficientemente amplia para poder realizar un análisis de este tipo.

**Tabla 6: Perfil socio-económico del usuario de plataformas digitales en la UE (2016)**

	<i>Nunca ha oído</i>	<i>Ha oído pero no visitado</i>	<i>Ha usado una vez</i>	<i>Uso ocasional(cada varios meses)</i>	<i>Regularmente (al menos una vez al mes)</i>	<i>Total usuarios</i>	<i>No usuarios</i>
EU28	46	35	4	9	4	17	81
<b>Sexo</b>							
Hombre	43	35	5	11	5	21	78
Mujer	48	36	3	8	4	15	84
<b>Edad</b>							
15-24	44	36	6	8	4	18	80
25-39	38	34	7	15	5	27	72
40-54	39	38	4	11	7	22	77
55+	55	33	2	6	2	10	88
<b>Final de la educación (edad)</b>							
-15	69	24	1	1	2	4	93
16-19	51	35	3	7	3	13	86
20+	33	39	6	14	7	27	72
<b>Ocupación</b>							
Todavía estudiando	40	38	7	10	4	21	78
Autónomo	43	31	6	12	8	26	74
Empleado	34	41	5	14	6	25	75
Trabajador manual	56	30	3	7	4	14	86
No trabaja	54	32	3	6	2	11	86
<b>Ha ofrecido servicios en las plataformas</b>							
Al menos una vez	0	0	17	48	35	100	
Nunca	0	0	26	54	20	100	

Fuente: Eurobarómetro.

Las mujeres tienen un mayor desconocimiento que los hombres sobre estas plataformas y la usan menos (21% vs 15%). En relación a la edad, los más jóvenes, entre 15-24 años y los mayores de 55 son los que menos conocen las plataformas, por el contrario el 60% de la población entre 25 y 54 si las conocen.

El porcentaje de usuarios por edad es del 18% para los más jóvenes, el 27% de europeos entre 25 y 39 años, el 22% de las personas entre 40 y 54 años, y el 10% de las personas con más de 55 años. Además, el colectivo entre 40 y 54 años presenta el porcentaje más elevado de usuarios que usan las plataformas al menos una vez al mes (7%).

El nivel de estudios es un factor importante en el uso de las plataformas, existiendo una relación directa entre nivel formativo y conocimiento junto a su uso. Así el 77% de las personas que han terminado los estudios con más de 20 años conocen estas plataformas y el 27% son usuarios, pero ese nivel de conocimiento es sólo del 31% para el caso de aquellas que finalizaron los estudios antes de los 15 años, y el 4% son usuarios.

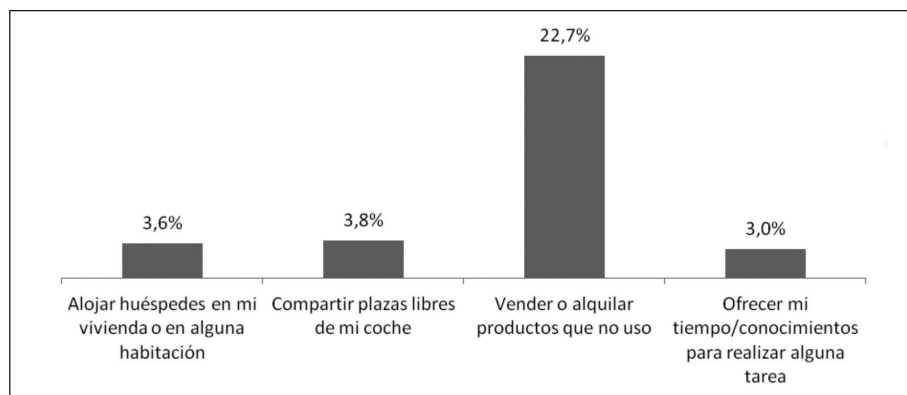


En relación a la actividad desarrollada, el colectivo con menor nivel de desconocimiento es el de empleados con un 34%, frente al 43% entre los autónomos, el 56% de los trabajadores manuales y el 54% de aquellos que no trabajan. Quien usa más las plataformas son los autónomos, el 26%, siendo el colectivo que lo emplea con mayor regularidad (8%), si bien el 12% realizan un uso esporádico. El 25% de los empleados también usan las plataformas, siendo el colectivo que lo emplea de forma más ocasional (14%). Sólo el 14% de los trabajadores manuales son usuarios y el 11% de los no trabajadores.

### 6.3. EL USUARIO-OFERENTE EN ESPAÑA

Los resultados del Panel de Hogares muestran que las plataformas colaborativas más empleadas por las personas que visitan al menos una vez a la semana internet para ofrecer servicios son las dedicadas a la venta de artículos de segunda mano o el alquiler, elevándose al 22,7% de participación. Las demás muestran un número menor de oferentes, de forma que sólo el 3,8% afirma realizar ofertas para compartir trayectos en automóvil entre ciudades, el 3,6% compartir vivienda, y el 3% ofrecer tiempo o conocimientos para realizar una tarea, sin que se especifique si es remunerada o no. El estudio no especifica si quien demanda es a la vez oferente, pero si se puede observar, comparando ambas gráficas, que el número de oferentes es menor al de demandantes.

Gráfico 11: Porcentaje de internautas que ofertan servicios en plataformas de economía colaborativa al menos una vez al año (2016)

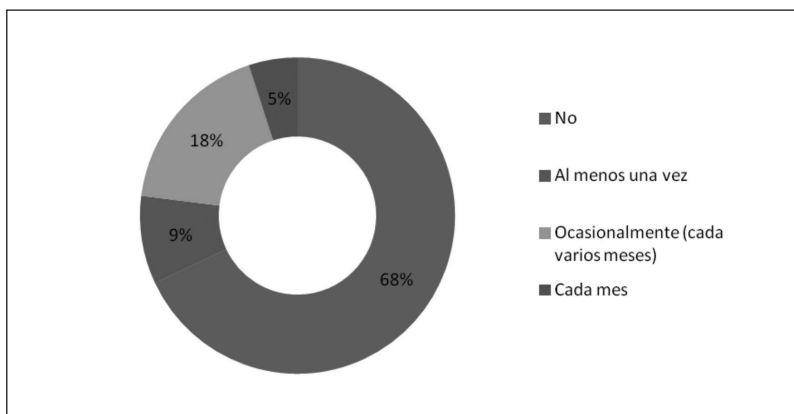


Fuente: CNMC-B, 2016.

El estudio europeo toma por referencia específica a aquellas personas que han visitado alguna vez una plataforma colaborativa. En ese caso, el 32% de los usuarios de las plataformas colaborativas también han

ofrecido servicios. El 5% son oferentes de forma regular, al menos una vez al mes; el 18% esporádicamente y el 9% sólo una vez, frente al 68% que no son oferentes. Los usuarios más regulares como demandantes son el grupo que tiene mayor probabilidad de ser oferente de servicios, de forma que este colectivo es el 35% de los oferentes y sólo el 20% de los que nunca han empleado la plataforma para realizar una oferta.

**Gráfico 12: Porcentaje de usuarios europeos de plataformas que han ofrecido algún servicio (2016)**



Fuente: Eurobarómetro.

Los hombres participan en mayor proporción que las mujeres como oferentes de servicios (35% vs 26%). Por otro lado, la participación aumenta con la edad, al contrario de lo que ocurría con la demanda. Si bien en ambos perfiles coincide que el grupo que demanda y oferta servicios de forma más regular es el de la edad comprendida entre 40 y 54 años. En cuanto a la forma de participación más importante en todos los grupos de edad es la esporádica, y si exceptuamos a los más jóvenes entre 15-24 años, podemos afirmar que casi 1 de cada 5 usuarios de las plataformas es demandante y también ofrece servicios.

En cuanto al ámbito geográfico, el 27% de las personas que viven en pequeñas ciudades y participan en las plataformas son oferentes, ese porcentaje se eleva al 31% en el caso de que vivan en el ámbito rural, y, éste es el 36% para los participantes que vivan en grandes ciudades.

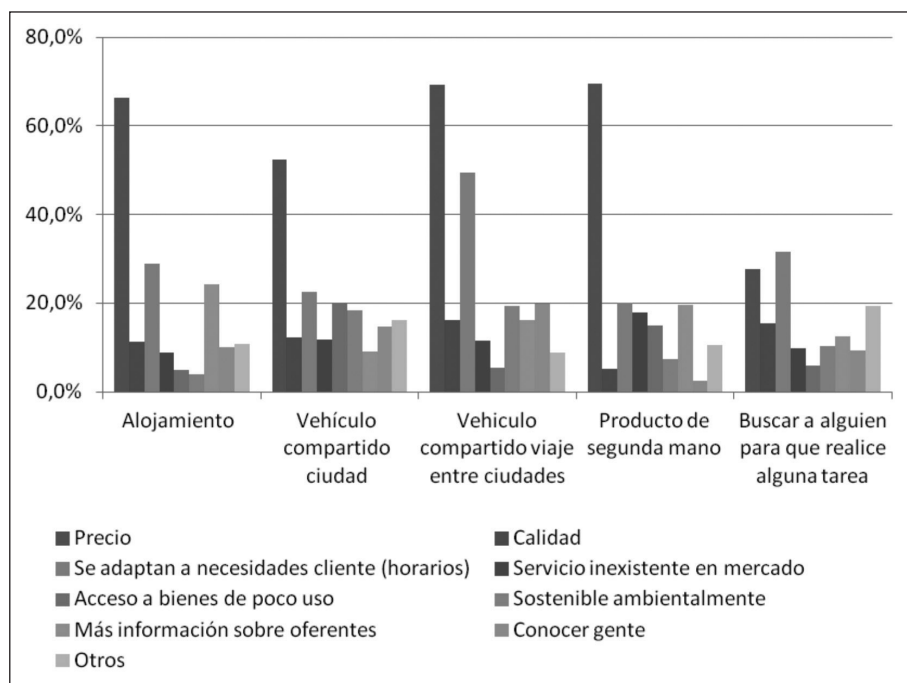
#### 6.4. VENTAJAS DE LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS PARA LOS USUARIOS

Según el estudio de la CNMC, en España, los motivos que llevaron a los consumidores a utilizar plataformas colaborativas dependieron

del tipo de servicio, resultados que coinciden con los obtenidos en la literatura comentada en el epígrafe anterior, de manera que no se puede hablar de una única motivación principal para el uso de todas las plataformas colaborativas.

Para la mayoría de los usuarios, el motivo más mencionado fue la obtención de un precio más ventajoso, con porcentajes que oscilaron entre el 50% y el 70%. La siguiente motivación fue la percepción de que se trata de servicios más flexibles, que se adaptan mejor a las necesidades y horarios del consumidor; de hecho casi la mitad de los usuarios de coche compartido para desplazamientos a otras ciudades seleccionaron este motivo. Así, los usuarios de viviendas cedidas por otros agentes destacaron como motivación la mejor información facilitada por las plataformas a la hora de elegir su alojamiento temporal, con un 24,4%. También es reseñable que un 20% de los usuarios de servicios de transporte compartido entre ciudades citó como motivación la posibilidad de conocer a personas locales o con intereses similares.

**Gráfico 13: Motivos en España para utilizar plataformas de economía colaborativa (webs o apps). Porcentaje de individuos (2016)**

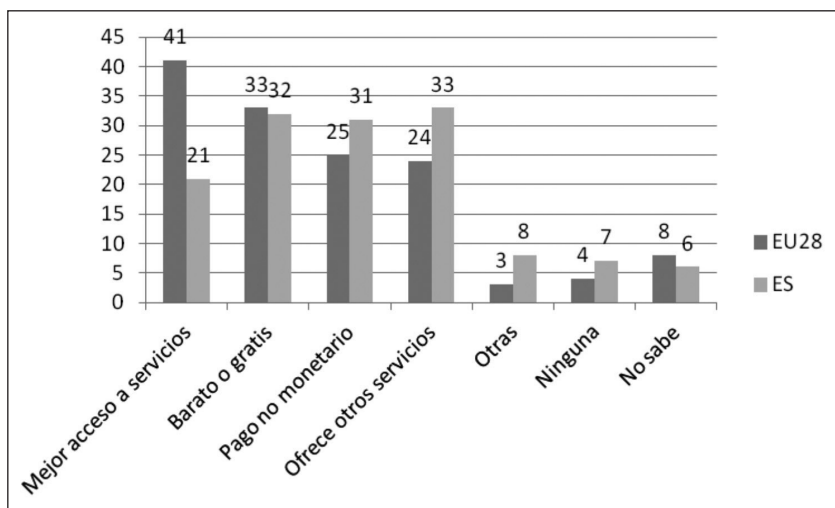


Fuente: Elaboración propia, CNMC.

Los españoles usuarios muestra un elevado grado de satisfacción con los servicios recibidos. Destaca el elevado grado de satisfacción de los usuarios de vehículo compartido entre ciudades (67% se manifestaron satisfecho o muy satisfecho), la compra de artículos de segunda mano (60,9%) y el de alojamiento en vivienda de un particular (60,4%). El grado de satisfacción desciende en el caso de las plataformas de transporte urbano, donde un 22,8% se manifestaron satisfechos o muy satisfechos, declarándose la mayoría (50,8%) indiferente. El grado de insatisfacción se sitúa por debajo del 10%, salvo en el caso de los desplazamientos urbanos y el encargo de tareas, servicios para los que un 18,6% y un 14,1%, respectivamente, manifestaron encontrarse poco o nada satisfechos.

El Eurobarómetro pregunta a los encuestados sobre su valoración sobre las ventajas e inconvenientes de las plataformas colaborativas frente al uso tradicional del comercio como vía para la adquisición o venta de bienes y servicios, pudiendo elegir dos respuestas entre el conjunto de opciones que se les presentó. Como se puede comprobar en el gráfico 14, la principal ventaja de las plataformas colaborativas es el acceso a los servicios de una forma mejor organizada, para el 41% de los encuestados, seguida de la opción de comprar de forma más barata o gratis (33%). Estas permiten el intercambio de productos y servicios en lugar de pagar con dinero (25%), y en cuarto lugar ofrecen nuevos servicios (24%). Sólo el 4% consideraba que no tenía ninguna ventaja.

**Gráfico 14: Ventajas de plataformas colaborativas con el comercio tradicional para la adquisición de bienes. Porcentaje España y Unión Europea (2016)**



Fuente. Elaboración propia, Eurobarómetro.

Si comparamos esta valoración europea con la realizada en España, los perfiles son diferentes. Es el único país para el que la principal razón es el acceso a nuevos productos, si bien coincide con la mayoría en indicar que el precio es el segundo motivo. Además, el orden de estas ventajas siguen el orden inverso al de la media europea, y además la ponderación de las ventajas inherentes al acceso a nuevos productos, el precio y la posibilidad de intercambios sin dinero son prácticamente iguales, en torno al 32% de respuestas. Asimismo, el 8% ofrecieron otras razones, que el trabajo no indica, y el 7% consideró que no había ventajas, casi el doble que la media europea.

La evaluación de las ventajas del usuario europeo las plataformas difiere según el perfil socioeconómico. Si tenemos en cuenta la edad de los encuestados, el orden de preferencia de las ventajas sigue el mismo que la media. Ahora bien, la intensidad de esas preferencias dentro de una misma característica es diferente. El grupo que indicó con mayor intensidad la importancia del acceso a los servicios de una forma mejor organizada fueron los jóvenes entre 15 y 24 años (53%), así como la posibilidad de intercambio sin dinero (32%). Las personas entre 25-39 y 40-45 fueron los grupos que indicaron más veces la ventaja del precio (38% y 35%). Por otra parte, las personas mayores de 55 años fueron las que indicaron estas cuatro ventajas con menor intensidad que los demás grupos.

Las preferencias difieren más si tenemos en cuenta el nivel de estudios. Las personas con menor nivel educativo fueron las que indicaron menos beneficios de las plataformas, siendo el precio la principal ventaja para este colectivo (31%). El resto de grupos nombraron esta característica con una frecuencia cercana, entre el 31% y el 35%. Sin embargo para las demás, la facilidad de acceso a los servicios, es la principal ventaja siendo especialmente importante para aquellos con mayor nivel educativo (44%) y para los que todavía están estudiando (52%). En cuanto a la valoración de la posibilidad de intercambio, se sitúa entre el 20% para los menos educados y el 35% para los que están estudiando, con un valor próximo al 25% para los otros dos colectivos, patrón evaluativo que se repite para el caso de la oferta de nuevos productos (15% vs 31%).

Los diferentes perfiles profesionales coinciden en señalar el mejor acceso y el precio como las dos principales ventajas, si bien, la oferta de nuevos servicios es más importante para autónomos y trabajadores manuales, que para los empleados y no trabajadores. Si nos atenemos

a la intensidad de las preferencias, los autónomos y los empleados son los que señalan más ventajas de estas plataformas. Los empleados son el grupo que identifica con mayor intensidad las ventajas del acceso mejor organizado (46%) y la posibilidad de intercambio (26%), y los autónomos el precio (36%) y la oferta (28%).

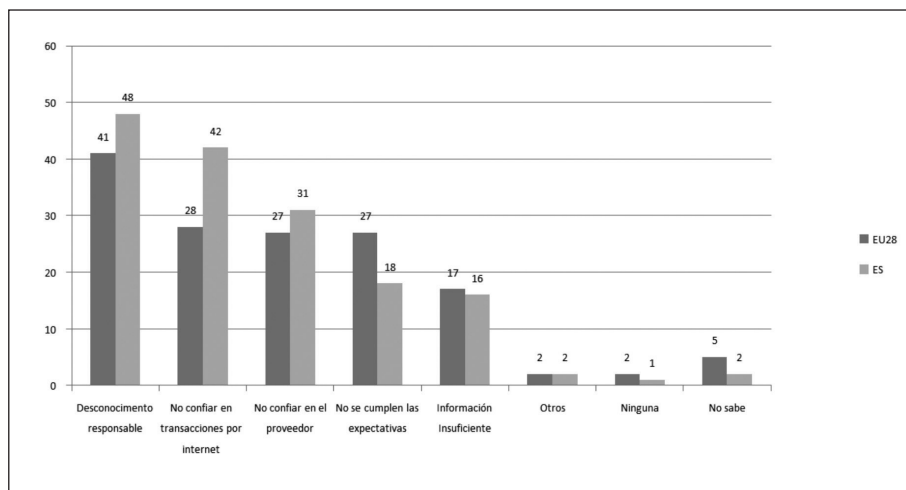
Por último, los oferentes de servicios y los demandantes coinciden con el orden de importancia de las ventajas, que es igual al del usuario europeo. Ahora bien, el acceso más ordenado es una ventaja para el 54% de los sólo demandantes, y un 50% para los que además son también oferentes, y sin embargo el resto de ventajas son mejor evaluadas por los oferentes que por los demandantes.

Como veíamos anteriormente, el usuario más habitual de estas plataformas responde a un perfil comprendido entre 15-39 años, que ha terminado los estudios después de los 16 años, y que es autónomo o empleado. Pues bien, este grupo, identifica las ventajas de las plataformas con mayor intensidad que la media, y además, sólo un 1% considera que no hay ventajas respecto al comercio habitual.

## 6.5. DESVENTAJAS DE LAS PLATAFORMAS

El principal problema para el 41% entre los usuarios o personas que han escuchado hablar de las plataformas en la UE es del desconocimiento de quien es el responsable ante un problema que se pueda derivar de su uso. La falta de confianza en las transacciones por internet en general o en el proveedor, se presenta en el 28% de estos, y por última la insuficiente información sobre el servicio es un problema para el 17%. La percepción de la importancia de los diferentes inconvenientes de los encuestados españoles coincide con la visión europea. Si bien, la falta de conocimiento de quien es el responsable es una desventaja para casi el 50% de los encuestados en España, y el 40% no confían en las transacciones por internet en general.

**Gráfico 15: Desventajas del uso de plataformas colaborativas con el comercio tradicional para la adquisición de bienes. Porcentaje en la Unión Europea y España (2016)**



Fuente. Elaboración propia, Eurobarómetro.

La evaluación de las desventajas del usuario europeo de las plataformas también es diferente atendiendo a las características socioeconómicas. Los dos géneros coinciden en señalar al desconocimiento del responsable como la principal limitación del uso de las plataformas. Sin embargo, los hombres señalan menos desventajas que las mujeres, excepto por la desconfianza en el vendedor.

En todas las edades existe coincidencia en señalar la preocupación por la falta de responsable si surge algún problema, siendo especialmente importante para el colectivo entre 25-39 años (47%). Si bien, los jóvenes entre 15-24 años son los que han identificado mayores desventajas del uso de las plataformas, pues cada una de ellas han sido señaladas por más de un 33% de los encuestados, a excepción de la falta de información sobre el producto. Conforme aumenta la edad, la identificación de las desventajas disminuye.

El colectivo que perciben mayores desventajas en general son las personas que todavía están estudiando, pues a excepción de la falta de información del producto, más del 35% de este colectivo señalan la existencia de todas las desventajas. Además, con el aumento del número de años de estudios aumenta la percepción de las desventajas, a excepción de la desconfianza en internet, teniendo especial relevancia

la falta de desconocimiento del responsable para el 44% de las personas con mayor nivel formativo.

En relación a la situación laboral, la desventaja más importante es el desconocimiento del responsable (37% para los no trabajadores y superior al 43% para el resto) y la menos importante la información incompleta, que no supera el 18% de respuestas en ningún grupo. La falta de confianza en internet es destacada por el 33% de las personas sin trabajo, porcentaje que se reduce al 18% para los trabajadores manuales. Ahora bien, el resto de colectivos son los que desconfían más en los vendedores con porcentajes cercanos al 30%. Por último, los empleados (32%) afirman que los productos no cumplieron sus expectativas frente al 22% de los autónomos y no trabajadores.

Los usuarios de estas plataformas confían más en internet que los no usuarios (26% vs 30%), pero perciben el resto de desventajas en mayor porcentaje. En el caso de que los usuarios hayan ofrecido sus servicios, si se compara con los que no, sólo presentan perciben mayor nivel de desventajas en la falta de confianza en el vendedor (36% vs 29%).

Por último, el informe del barómetro, nos muestra que el usuario más habitual, percibe en mayor medida las desventajas que presenta el uso del internet respecto al nivel medio, si bien, confían más en el uso de internet para la realización de las transacciones.

## **7. ¿QUÉ CAMBIOS ECONÓMICOS PUEDE OCASIONAR LA ECONOMÍA COLABORATIVA?**

Como hemos visto la irrupción de la economía colaborativa ha generado cambios muy profundos en el comportamiento de los individuos y en el funcionamiento de las sociedades y en concreto del modo en el que asignamos los recursos. Para terminar el trabajo, realizamos una reflexión de los efectos que dicha irrupción pueda tener, centrándonos en el ámbito de la economía y en concreto sobre las bases de funcionamiento del mercado. Por tanto, se ha dejado al margen la literatura que se centra en los aspectos más técnicos como por ejemplo la determinación de reglas para diseñar plataformas digitales en función del sector en el que va a operar (ver por ejemplo, Einav, Ferronato y Levin (2015)) o cómo diseñar políticas de precios en los mercados multilaterales a los que dan cobertura (ver Rochet y Tirole (2006) o Caillaud y Jullien (2003)).

Entre los trabajos que han contemplado esta perspectiva general, destaca el análisis de DeLong y Froomkin (2000). Estos autores conside-



ran que las características de la economía colaborativa modificarán cualitativamente y de forma muy profunda el sistema de asignación de recursos a través del mercado. El sistema descansa en que los precios transmitan la información adecuada que genere los incentivos correctos y en concreto que informen sobre las escaseces y abundancias relativas existentes en la economía. Sin embargo, existen circunstancias en las que no se transmite adecuadamente dicha información. Estas situaciones se denominan *fallos del mercado*, y constituyen situaciones, aparentemente, excepcionales (Samuelson, 1968). En presencia de fallos, el mercado no consigue una asignación de recursos adecuada.

Según DeLong y Froomkin (2000), las revoluciones en el procesamiento y la comunicación de datos han cambiado los fundamentos modificando totalmente la naturaleza de los bienes y servicios y el proceso de intercambio. El resultado es que la actividad económica encuadrada dentro de la economía digital tiene características que hacen que el mercado deje de ser una correcta guía para asignar recursos.

Para que el mercado pueda organizar y distribuir la producción es preciso que los derechos de propiedad y del intercambio posibiliten un sistema con tres características. Por un lado, los precios deben permitir excluir del consumo al que no pague. Debe existir consumo rival, o que se reduzca la disponibilidad de un bien para satisfacer una necesidad cuando una persona lo está consumiendo y debe existir transparencia en el sentido de que individuos puedan saber qué necesitan, las características de los bienes que compran y el grado en el que satisface dichas necesidades.

En la economía digital la principal fuente de intercambio es la información, procesada de diferentes formas y en estas circunstancias el precio, cuando se puede establecer, no cumple ninguno de los tres requisitos señalados y por tanto, no puede cumplir su principal función. De este modo, en la economía basada en la información los fallos del mercado se transforman en norma. El objeto de intercambio, la información, no permite que los individuos puedan ser excluidos de su consumo una vez ha sido generada. Por otro lado, su consumo es no rival, de modo que adquirir un conocimiento por parte de una persona no limita la disponibilidad del mismo para que lo adquiera otra. Finalmente, no puede ser transparente pues al conocerse la información se deja de tener incentivos a pagar para adquirirla.

El resultado es un mal funcionamiento del precio como instrumento central para asignar recursos coordinando de manera automática a los agentes. En unos casos es imposible asignar precio alguno, como

cuando existe una imposibilidad completa de exclusión junto al consumo no rival y no es posible que las empresas obtengan ingresos. Esta situación se corresponde con los bienes públicos puros y algunas industrias han resuelto el problema a través de vías alternativas al precio para financiarse. El problema es que de este modo el sistema no genera una producción óptima pues no se produce lo que los consumidores desean.

En otros casos, para que se puedan establecer precios se debe crear rivalidad y esto sólo se podrá hacer empleando medios técnicos o jurídicos que posibiliten la exclusión. Tales medios pueden ser muy costos socialmente y en cualquier caso, conducirán a soluciones ineficientes pues una vez generada la información, el coste marginal de su transmisión es cero por lo que al limitar su acceso se impide la mejora de alguna (o muchas) personas, sin que ninguna otra se perjudicara.

Algunos autores dan un paso más allá y consideran que estas circunstancias hacen que se pueda hablar de una nueva etapa en el desarrollo histórico que etiquetan como *capitalismo cognitivo*. En el capitalismo cognitivo se ha alcanzado la máxima incorporación de conocimiento a la actividad productiva, en un proceso que se venía produciendo desde la revolución industrial para “reprimir la variedad y variabilidad y la indeterminación del mundo, para conformarlo a las exigencias de la producción” (Rullani (2004) p. 100). Tal *revolución* de la información ha modificado la propia naturaleza del valor y las vías para extraerlo, respecto a las etapas anteriores de desarrollo. El capitalismo cognitivo se caracteriza por la desaparición de la *escasez* como elemento básico de funcionamiento del sistema. El conocimiento, una vez creado, se puede difundir, a coste marginal cero y por tanto, la base de la creación de valor de cambio, en terminología marxista, se liga a la limitación de su difusión libre. En definitiva, de crear escasez artificial a través de algún mecanismo institucional que Boutang (2004, p. 7) ha denominado *nuevos enclosures*.

En estas circunstancias, la relación entre valor y conocimiento es compleja y permanece indeterminada, de modo que las posibilidades de transformarlo en valor dependen de la situación concreta. Además, el proceso por el que se valoriza el conocimiento sufre de una contradicción dado que el conocimiento maximiza su valor (o utilidad) con la difusión pero para elevar su valor de cambio es necesario reducir el grado en el que se puede hacer apropiable y por ello, reducir su difusión.

Según Boutang (2007) el nuevo entorno precisa modificar profundamente los derechos de propiedad, que se habían definido al principio

del capitalismo industrial, para que el mercado pueda absorber la actividad cognitiva humana, casi la única mercancía que se intercambia en el capitalismo cognitivo. Las sociedades basadas en el conocimiento se caracterizan por la importancia creciente que tienen las externalidades positivas, o efectos productivos positivos y gratuitos generados por las múltiples interacciones que se dan en ella. Esta actividad es gratuita incesante y continua. Como hemos visto, el sistema de precios tradicional, en el caso de que fuera posible seguir empleándolo, daría como resultado la limitación de dicha fuente de crecimiento de la productividad de los agentes económicos. Sin embargo, a pesar de que la actividad de generación continua de conocimiento es la principal fuente de valor de las sociedades actuales<sup>68</sup>, supera todo lo que el pensamiento económico tradicional ha considerado *trabajo susceptible de recibir remuneración*. Como indica Boutang (2004, p. 126), la cooperación social, el saber generado por una multitud de agentes cooperantes, constituye una fuente de valor inconmensurable y de tamaño creciente, pero incorpora una cantidad considerable de actividad que no es reconocida como trabajo con derecho a remuneración.

No obstante, la generación de la *escasez* en el conocimiento a la que nos hemos referido que precisa el funcionamiento de precios no está garantizada. En la fase del capitalismo dominado por el conocimiento el monopolio de la propiedad de la ciencia no está asegurado frente a lo que Boutang denomina *cognitariado*, pues es posible que se desarrollen instrumentos para eludir tales limitaciones y producir y difundir el conocimiento y la ciencia a través de medios no mercantiles.

Pero la revolución tecnológica que estamos considerando también genera numerosas incertidumbres respecto de sus efectos en el largo plazo. En concreto, preocupa el efecto que pueda tener sobre el empleo, actualizando una polémica presente en todas las revoluciones tecnológicas desde la revolución industrial. La realidad es que nos enfrentamos a la posibilidad planteada por Keynes 1930 en sus *posibilidades económicas de nuestros nietos*<sup>69</sup> de un mundo tecnológico en el que las máquinas fueran las que trabajaran. Leontief planteaba también esta posibilidad desde una posición mucho más pesimista en los 80 suponiendo que el trabajo sería sustituido por capital en buena parte

<sup>68</sup> En este sentido, el enfoque se asemeja a planteamientos liberales según los cuales, la generación de innovaciones no se realizan de un modo explícito sino que es el resultado de miles de experiencias y comportamiento habitual de la gente (ver Xala-i-Martín (2016) para una exposición didáctica de esta visión).

<sup>69</sup> <https://wordpress.com/read/feeds/25016463/posts/1197871140> para una versión traducida del artículo.

de las actividades en un futuro próximo. En definitiva, la revolución de la economía digital con desarrollos como la inteligencia artificial o el internet de las cosas genera incógnitas importantes al automatizar tareas complejas, cognitivas y no rutinarias como no habríamos pensado siquiera hace muy poco.

Acemoglu y Restrepo (2016) prevén que la tecnología genera dos tipos de fuerzas contrapuestas y el equilibrio depende de la que tenga más importancia relativa. Por un lado, la tecnología posibilita automatizar tareas complejas que anteriormente realizaba el trabajo. Es decir, sustituye trabajo por capital, pero a la vez crea versiones más complejas de las tareas existentes para las que el trabajo tendrá ventaja comparativa. En definitiva, la revolución de la economía digital no se diferencia de las anteriores revoluciones tecnológicas y por tanto, está destruyendo empleo a la vez que está creando otro en los que los trabajadores realizan tareas novedosas. Pero trabajos empíricos (Frey y Osborne (2013), Banco Mundial (2016)) consideran que el actual desarrollo tecnológico no está creando empleo en la misma cuantía que lo destruye y prevén que buena parte de las ocupaciones actuales se automatizarán en un futuro próximo. Si la automatización supera la creación de nuevas tareas para los humanos, el efecto neto, será la destrucción de empleo o el *paro tecnológico* del que habría alarmado Leontief.

Ambos procesos están relacionados, pues la propia automatización crea los cambios tecnológicos que dan paso a la creación de nuevas y más complejas versiones de las tareas existentes, para los que el trabajo tendrá ventaja comparativa para acometer estas nuevas tareas. Además la relación de precios relativos genera un contrapeso para que ambas fuerzas se mantengan en equilibrio en el largo plazo. De igual forma establecen diferentes escenarios respecto a la evolución de las desigualdades, que es otra de las inquietudes generadas por el desarrollo tecnológico. De nuevo se producen fuerzas contrapuestas que determinan dinámicas que llevan a diferentes escenarios en los que la desigualdad puede crecer pero también puede evolucionar en sentido contrario. Sin embargo, estos autores demuestran la posibilidad teórica de que se produzca un desplazamiento de la frontera de posibilidades de innovación que acabe rompiendo el equilibrio hacia la automatización de tareas.

Sobre esta última posibilidad, el escenario en el que la economía digital acaba incrementando la desigualdad, ha reflexionado también Sachs (2016). El autor compara el efecto de lo que llama *máquinas inteligentes* con el comercio internacional, dado que ambos fenómenos

generan un crecimiento considerable de la actividad económica modificando su reparto de manera importante. En general, prevé que se siga trasladando empleos y ganancias hacia trabajadores con mayores cualificaciones pero también considera que es probable que la inteligencia artificial y los robots hagan que la renta se concentre aún más en el capital, junto con un trasvase intergeneracional desde jóvenes con cada vez menos posibilidades de empleo hacia mayores propietarios de esas máquinas.

Si se diera el fuerte desplazamiento de la frontera de posibilidades de innovación que apuntan Acemoglu y Restrepo, se podría llevar a la situación que Kurzweil (2005) ha denominado *singularidad*, situación en la que las máquinas serían mejores que los humanos en todo. En tal situación, los jóvenes únicamente poseerían destrezas que habrían sido sustituidas por capital que incrementaría su participación en la renta provocando una fuerte concentración de renta y riqueza en manos de los capitalistas e iniciando un círculo vicioso en la medida en la que los jóvenes no podrían ahorrar. Es probable que dicha situación ya se esté produciendo en todos los países desarrollados y explique el crecimiento de la cuota de renta que se apropia el capital en todos ellos. Un escenario así podría acabar perjudicando a ambas generaciones en el largo plazo y por tanto, implica la necesidad de diseñar un entramado institucional diferente al actual.

Esta situación, un sistema de transferencias de viejos ricos a jóvenes pobres mejoraría la situación de ambos al asegurar una corriente de ahorro y capital suficiente para toda la economía. El único modo de garantizar dicho sistema sería a través de la política fiscal, implementada a través de diferentes instrumentos, que podrían ser novedosos, como la transferencia de capital físico, la implantación de rentas básicas universales e incrementar el tiempo de ocio. Aparte de esto, se debería rediseñar el sistema educativo para que sea la vía de adaptación a un mundo en el que sea frecuente el cambio de empleo.

En general, si se articulan políticas fiscales adecuadas se podría incrementar el bienestar de toda la población. Sin duda, estamos ante una etapa histórica disruptiva con las sociedades anteriores de la que ya estamos viviendo los cambios en la forma de producir, consumir, e incluso de relacionarnos. Nos parece muy acertada la reflexión de Pérez (2002) citado por Cañigueral (2014) cuando afirma “La tecnología solo define el espacio de lo que es posible, pero crear un entorno donde todos se beneficien es una elección sociopolítica”, para llegar, en este caso, a una época de bonanza.



# RIESGO TRIBUTARIO Y ECONOMÍA COLABORATIVA<sup>70</sup>

*Miguel Ángel Sánchez-Huete*

*Profesor Titular Acreditado.  
Universidad Autónoma de Barcelona.*

## 1. NUEVAS REALIDADES ECONÓMICAS

La economía colaborativa resulta una actividad beneficiosa, tanto desde la perspectiva de su prestación, pues los ciudadanos pueden ofrecer servicios con los que se fomentan nuevas oportunidades de empleo, modalidades de trabajo flexibles y nuevas fuentes de ingresos, como desde la perspectiva del consumo, por la ampliación de la oferta y precios más bajos que suponen tales servicios.

En la Unión Europea existe una gran interés por tal actividad en tanto que puede promover un mayor reparto de los activos y un uso más eficaz de los recursos que contribuyen a la agenda de sostenibilidad y a la transición a la economía circular<sup>71</sup>. Así se han dictado diversas resoluciones que, aunque no vinculantes, ponen de relieve su importancia; en concreto, existen varios dictámenes de diversos Comités y dos comunicaciones de la Comisión al Parlamento. Las iniciativas de los Comités hacen referencia a dictámenes sobre consumo colaborativo o participativo<sup>72</sup> y sobre la dimensión local y regional de la economía colaborativa<sup>73</sup>. Las comunicaciones llevan por título *Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas*<sup>74</sup>

<sup>70</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>71</sup> De acuerdo con los criterios de la Comisión Europea vertidos en su comunicación sobre “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” (Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 2).

<sup>72</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI. (2014/C 177/01). Ponente: Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER.

<sup>73</sup> Dictamen del Comité de las Regiones Europeo. La dimensión local y regional de la economía colaborativa (2016/C 051/06). Ponente: Benedetta BRIGHENTI.

<sup>74</sup> Bruselas, 28.10.2015 COM(2015) 550 final Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de

y *Una Agenda Europea para la economía colaborativa*<sup>75</sup>. La primera pone de relieve el compromiso de la Comisión para elaborar una agenda europea para la economía colaborativa. En la misma se incluirán orientaciones sobre el modo en que el Derecho de la UE se aplica a los modelos empresariales de la economía colaborativa, valorará las posibles lagunas legislativas y hará un seguimiento del desarrollo de la economía colaborativa. La segunda comunicación define y analiza el fenómeno con mayor profundidad, insta a los Estado miembros en materia de fiscalidad para que utilicen las posibilidades informativas que ofrecen las plataformas colaborativas en los términos que tendremos oportunidad de analizar.

La economía colaborativa, en la medida que se ubica en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que aparecen infrautilizados, no resulta un fenómeno novedoso. Lo realmente innovador resulta el efectuarse a través de internet ya que permite interconectar a un gran número de personas. De practicas puntuales, realizadas en contextos de proximidad física o espacial, a masivas en donde la distancia no resulta obstáculo gracias a internet, este sin duda es el cambio. En tal sentido resultan de gran importancia la intervención de las plataformas denominadas colaborativas gestionadas a través de internet. Tanto es así que la Comisión de la Unión Europea acaba definiendo la economía colaborativa teniendo presente tal intervención; afirma que “El término «economía colaborativa» se refiere a modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares”<sup>76</sup>.

Los agentes que intervienen en dicha actividad integran tres categorías, son i) prestadores de servicios que comparten activos, recursos, tiempo y/o competencias –pueden ser particulares que ofrecen servicios de manera ocasional («pares») o prestadores de servicios que actúen a título profesional («prestadores de servicios profesionales»); ii) usuarios de dichos servicios; y iii) intermediarios que –a través de una plataforma en línea– conectan a los prestadores con los usuarios y fa-

---

las Regiones. Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas.

<sup>75</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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.

<sup>76</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 3.



cilitan las transacciones entre ellos («plataformas colaborativas»). La expansión de la economía colaborativa conjuga tanto el progreso que supone las tecnologías informáticas, que abaratan costos y facilitan la comunicación, como los efectos de la crisis económica en donde se intentan obtener ingresos o disfrutar de bienes y servicios que de otro modo no se podría disfrutar<sup>77</sup>.

A este respecto tener presente que la economía colaborativa es un fenómeno estrechamente relacionado con el consumo colaborativo, pero de mayor amplitud. El consumo colaborativo plantea la oferta y el consumo no como una mera posesión de bienes sino como el acceso compartido a su disfrute para la satisfacción de necesidades reales y la realización personal, ajena al consumo simbólico y la persecución de deseos inducidos y creados artificialmente. Como puede apreciarse, abarca un espectro amplio de iniciativas que tienen en común el facilitar la conexión entre aquellos que disponen de recursos infrautilizados y aquellos que tienen la necesidad de esos mismos recursos<sup>78</sup>.

La economía colaborativa conjuga una pluralidad de sujetos y actividades heterogéneas que no puede acotarse en una prestación tipo<sup>79</sup>; es más, ni tan siquiera la presencia o ausencia de lucro la define<sup>80</sup>. Por tanto bajo tal denominación conviven desde colaboraciones, ayudas, o favores de particulares que comparten costos y necesidades hasta

<sup>77</sup> DOMENCH PASCUAL, G.: “La regulación de la economía colaborativa (El caso “Uber contra el taxi”). Revista CEF, nº 175-176, p. 66-67.

<sup>78</sup> Ver Dictamen del Comité Económico y Social sobre “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI” de Bernardo Hernández Bañer.

<sup>79</sup> La economía colaborativa se caracteriza por :a)sus agentes principales no actúan de la manera que suele suponerse en los modelos económicos clásicos, b) la economía colaborativa adopta el enfoque propio de las plataformas, según el cual uno de los principales motores de la comunidad reside en las relaciones, la reputación, la confianza social y otros motivos no económicos, c)la economía colaborativa hace un uso intensivo y amplio de las tecnologías digitales y la recogida de datos, d) algunas iniciativas locales de economía colaborativa de menor tamaño pueden limitarse al uso o la gestión comunes de activos físicos (por ejemplo, espacios de trabajo compartidos, bienes urbanos de utilidad pública, etc.) o a nuevas modalidades de sistemas de bienestar inter pares, e) la economía colaborativa puede organizarse con arreglo a modelos centrados tanto en lógicas del mercado como en lógicas sociales. (En tal sentido Dictamen del Comité de las Regiones Europeo. La dimensión local y regional de la economía colaborativa (2016/C 051/06). Ponente: Benedetta BRIGHENTI).

<sup>80</sup> “Por lo general, las transacciones de la economía colaborativa no implican un cambio de propiedad y pueden realizarse con o sin ánimo de lucro” (Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 3).

negociaciones, actividad económica en sentido estricto, que busca el lucro de aquellos que la prestan.

El Comité Económico y Social Europeo señala que parecen estar surgiendo dos importantes categorías y cuatro modalidades diferentes de economía colaborativa:

1º. La economía colaborativa en sentido estricto o economía a la carta: a) la «economía de acceso» (access economy), para aquellas iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización del acceso a bienes y servicios, no su tenencia. Se trata de un alquiler temporal en vez de una venta definitiva, b) la «economía de los trabajos ocasionales» (gig economy), para iniciativas basadas en trabajos esporádicos cuya transacción se hace a través del mercado digital.

2º. La economía de puesta en común: a) la «economía inter pares» (collaborative economy), es decir, iniciativas que fomentan un enfoque inter pares, implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad, b) la «economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública» (commoning economy) para aquellas iniciativas de propiedad o gestión colectiva.

Así las cosas las actividades y operaciones que integran dicha economía generan no pocos interrogantes en relación al régimen jurídico aplicable, en particular, su régimen tributario. De una lado, origina problemas de carácter regulatorio sobre la necesidad o no de un tratamiento tributario específico, teniendo presente que integra operaciones con y sin ánimo de lucro o con precios inferiores del mercado existente<sup>81</sup>. Si bien, y es importante remarcarlo, la tributación no se reduce al ánimo con que se realiza la operación. A efectos tributarios el ánimo de lucro se tiene en cuenta para diseñar el impuesto –v.gr. sucesiones y donaciones– pero no determina el gravamen. La tributación viene preordenada por la concurrencia de capacidad económica al originar

<sup>81</sup> TRILLO PÁRRAGA afirma que “Esto es, la economía colaborativa es presa de una fuerte ambivalencia intencionada, ya que de un lado se presenta como una red entre iguales que permitiría optimizar recursos existentes para la prestación de un servicio sin que ello persiga un beneficio empresarial o un lucro personal. En este caso, la economía colaborativa se caracterizaría por liberar espacios de la mercantilización de la prestación de ciertos servicios donde la propiedad o titularidad del bien o servicio que se ofrece no determina una paralela relación de supremacía/subordinación económica, social y laboral. Por otro lado, sin embargo, se pretenden incluir en esta ulterior categoría de la economía a todas aquellas iniciativas empresariales que haciendo uso de las plataformas virtuales pretenden el beneficio empresarial, dotándose de un número de trabajadores (autónomos/subordinados) para la prestación efectiva del servicio”. (TRILLO PÁRRAGA, F.: “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”. Revista de Derecho social. nº 76. 2016, p. 66-67).

una renta o evidenciar un consumo, adquisición o un patrimonio. De otro lado, se producen riesgos aplicativos derivados de la opacidad de algunas de sus manifestaciones, y de las ambigüedades a la hora de calificar algunos de los intercambios o prestaciones en que se manifiesta.

En la medida que la economía colaborativa supone una nueva realidad existe la duda de su ubicación y calificación de acuerdo a la tipología y a los esquemas normativos establecidos. La Comisión de la Unión Europea apunta las dificultades existentes para identificar a los contribuyentes y los ingresos imposables, la falta de información sobre los prestadores de servicios, la exacerbación de la planificación fiscal agresiva en el sector digital, las diferencias de las prácticas fiscales en la UE y el intercambio insuficiente de información<sup>82</sup>. La transversalidad de fenómeno y el delicado juego de equilibrios y actores existentes se pone de relieve, por ejemplo, con la cesión temporal de viviendas para uso turístico a través de plataformas. Así se plantean diversas cuestiones de interés desde la perspectiva tributaria. De un lado, la gestión de la tasa turística que exigen algunos municipios evidencia el eventual papel de las plataformas como actores o colaboradores en la gestión del cobro, ya sea mediante la repercusión o ya sea como sustitutos del obligado. De otro lado, la necesidad de proteger la existencia de una vivienda digna y adecuada (art. 47 de la CE), y la expansión masiva del fenómeno vacacional, originan otras problemáticas a tener en consideración. Se generan problemas habitacionales para los residentes, dado el encarecimiento de la vivienda que ocasiona la mayor demanda, y disensiones vecinales derivadas de algunos usos lúdicos de los inmuebles. Lo anterior plantea la necesidad de ponderar o desincentivar la expansión de tal actividad económica mediante diversos instrumentos –prohibiciones, limitaciones temporales...-, también mediante el tributos en su función extrafiscal. Así se podría pensar en elevar el gravamen que corresponde a la vivienda que no se utiliza, o sobre la que se efectúan usos temporales y esporádicos, frente al incentivo o menor gravamen de la ocupada por alquileres y usos habitacionales continuados y de mayor permanencia.

En el contexto tributario resulta proverbial la desconfianza sobre la que se diseña tales normas. Tanto es así que en ocasiones comporta soluciones éticamente cuestionables como puede resultar que cualquier permuta, independientemente de su importe y de la función que persi-

<sup>82</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 15.

ga, resulte gravada; de la misma manera, que cualquier prestación de servicio o entrega de bienes se presuma retribuido, ya se efectúe entre terceros o ya tenga lugar en el seno familiar<sup>83</sup>. En este último sentido se llega a situaciones ciertamente paradójicas para la solidaridad propia del ámbito familiar al determinarse jurídicamente la existencia de renta, aunque ésta no exista, v.gr. los arrendamientos a parientes –art. 24 de la LIRPF-. En tal supuesto pesa tanto la sospecha de un uso evasivo que lleva a disuadir y penalizar una manifestación de la solidaridad familiar.

Sin duda la inflexibilidad de la redacción legal y el desconocimiento o falta de fomento de iniciativas socialmente óptimas, pueden llevarnos a situaciones indeseables éticamente. Ahora bien cabe ponderar y aquilatar el régimen de beneficios y el fomento de iniciativas que, arropadas de un buenismo ético, evidencien capacidad económica gravable. Las virtudes de tal actividad, que las tiene, no puede ignorar los riesgos y perjuicios que puede conllevar en el ámbito regulatorio y aplicativo. Sobre todo, en relación a unas normas como las tributarias pensadas para proteger los intereses de la recaudación y la indemnidad del deber de contribuir. Ante la economía colaborativa existe el riesgo de que la bondad de las ideas enturbien el conocimiento y la clara determinación de la capacidad económica gravable.

Determinar los intereses amparados y un tratamiento ponderado deviene una tarea que exige medir los bienes jurídicos concurrentes. Es así que la perspectiva regulatoria exige regímenes proporcionales; proporcionalidad, medida en función de los servicios equiparables prestados por las empresas con un régimen fiscal conocido, pero también valorando los aportes que supone la economía colaborativa. Efectuar una regulación y aplicación ponderada de la norma fiscal precisa tener también presente la función, demasiadas veces silente, de prevención y disuasión que posee. En tal orientación, y a efectos de desterrar dudas y ambigüedades, la Comisión de la UE solicita a los Estados una tarea pedagógica, nunca sobrante en un contexto normativo de gran complejidad y profusión como el tributario, a fin de que informen a las partes las obligaciones fiscales que les conciernen<sup>84</sup>.

<sup>83</sup> Presunciones como la establecida en el art. 6.5. de la LIRPF dan buena cuenta de ello: “Se presumirán retribuidas, salvo prueba en contrario, las prestaciones de bienes, derechos o servicios susceptibles de generar rendimientos del trabajo o del capital”.

<sup>84</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 15.

La economía colaborativa conjugan diversas problemáticas; las regulatorias, que hacen referencia a la existencia de regímenes jurídicos acordes a tal realidad, y las aplicativas. Pero también se requieren cláusulas normativas eficaces que eviten, tanto el uso artificioso de la norma con el fin de obtener ventajas fiscales, como que corrijan las conductas evasoras de la obligación del pago. Tales instituciones pretenden disuadir la realización de comportamientos peligrosos para el deber de contribuir. La idea preventiva se encuentra en diversas disciplinas y ámbitos normativos y, de manera muy acusada, en el Derecho tributario pues la versatilidad que adoptan las formas de planificación fiscal demandan a los poderes públicos ciertas cautelas en la protección del deber de contribuir. Aquí se enmarca precisamente el objeto de estas páginas, poner de relieve dicha faceta analizando la necesidad o no de una obligación tributaria informativa específica para prevenir y evitar determinadas prácticas que, al amparo de la economía colaborativa, puedan ser lesivas para el deber de contribuir. Tal planteamiento requiere, en primer lugar, evidenciar la importancia de un Derecho tributario preventivo en relación a las conductas eventualmente lesivas y, en segundo lugar, abordar los interrogantes que supone la intervención de las plataformas en la economía colaborativa y los controles de la inspección al respecto.

## **2. LA PREVENCIÓN DEL RIESGO TRIBUTARIO**

La economía sumergida es el conjunto de actividades de producción de bienes y prestación de servicios para el mercado que eluden normas, tanto fiscales como de cualquier otro tipo, con contenido económico o no, pero de carácter imperativo. En la medida que los perjuicios que origina tal actividad opaca y evasiva son graves se hace necesario la adopción de medidas normativas disuasorias (preventivas) de los comportamientos-tipo peligrosos que la integran.

### **2.1. CARÁCTER PREVENTIVO DE LA NORMA TRIBUTARIA**

En los contextos actuales de gran movilidad e intercambio económico el Derecho ha de prever con antelación las conductas que le son lesivas. Así, existe una función preventiva en las normas jurídicas que pretende anticipar y evitar determinadas situaciones que se consideraran indeseables. Se prevé y regula una situación que se considera peligrosa por la proximidad de lesión a un valor social. Son normas con una función de control cuya existencia conlleva una ampliación de los

espacios del Estado para efectuar funciones de vigilancia e injerencia en la vida de los particulares.

La función preventiva posee una amplia recepción en el Derecho tributario, tanto por el carácter fundamental que posee el deber de contribuir, como por la versatilidad que adoptan las diversas formas de planificación fiscal que demandan a los poderes públicos ciertas cautelas. Ahora bien las normas preventivas o disuasorias del fraude no se regulan de manera autónoma y expresa en una normativa específica. Tampoco existe una Administración singular o un procedimiento que reciba tal calificación, de ahí que hablemos de la existencia de un Derecho preventivo tributario implícito. De manera cíclica se promulgan leyes que en su denominación recogen la finalidad de prevención o lucha contra fraude. Son leyes que no se inscriben en regulaciones estables aunque poseen una finalidad específica; se modifican o añaden medidas en la legislación preexistente, sin constituir un *corpus* jurídico unitario e independiente con racionalidad propia como sucede en el ámbito del blanqueo de capitales<sup>85</sup>. La prevención resulta la finalidad que unifica la regulación pero resultan plurales las normas modificadas o afectadas.

Por consiguiente las funciones –al margen de gravar la capacidad económica– que las normas tributarias están llamadas a realizar son: de fomento, de prevención y de corrección. Las de fomento se integran de manera muy acusada por el régimen de beneficios fiscales a través de exenciones, bonificaciones y deducciones. Pero también por mecanismos que procuran un cumplimiento voluntario, ya sea mediante firma de acuerdos con determinados sectores –el empleo de normas consideradas de *soft law*–, o ya se incardinan en filosofías de diversa consideración como la relación cooperativa o la responsabilidad social<sup>86</sup>. La función preventiva resulta presente, en tanto que tienden a

<sup>85</sup> Valga como ejemplo la Ley 7/2012, de 29 de octubre, de modificación de la normativa tributaria y presupuestaria y de adecuación de la normativa financiera para la intensificación de las actuaciones en la prevención y lucha contra el fraude. Dicho título enmarca ya un contenido heterogéneo y complejo. Heterogéneo, pues afecta a normas de diversa naturaleza: tributarias, presupuestarias y normativa financiera. Complejo, dado la multiplicidad de leyes que modifica: Ley General Tributaria, Ley General Presupuestaria, Ley del Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, Ley del Impuesto sobre el Patrimonio, Ley del Impuesto sobre Sociedades, Ley del Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, Ley del Impuesto sobre el Valor Añadido, Ley Régimen Económico Fiscal de Canarias y Ley del Mercado de Valores.

<sup>86</sup> En tal orientación se inscribe el Código de Buenas Prácticas Tributarias que a decir de su introducción pretende “[...] promover una relación recíprocamente cooperativa entre la Agencia Estatal de Administración Tributaria (en adelante, Agencia Tributaria) y las empresas que lo suscriban, relación basada en los principios de transparencia y

evitar la realización de determinadas acciones o comportamientos lesivos para la obligación tributaria. Y la correctiva por cuanto restaura, reequilibrando, la situación patrimonial derivada del incumplimiento de la obligación tributaria realizada por el particular.

La función represiva, en la medida que es encomendada a normas sancionadoras, no corresponde a normas tributarias, aunque su regulación se halle normalmente en leyes de tal naturaleza. Las sanciones e infracciones tributarias no son Derecho Tributario en sentido estricto; constituyen parte del Derecho sancionador tributario. O sea, es el *corpus* normativo de carácter punitivo que prevé las infracciones y sanciones del ámbito tributario. La adjetivación de tributaria a tales sanciones no puede llevar a perder de vista su naturaleza estrictamente punitiva. Las sanciones administrativas responden a un principio punitivo de carácter represivo, en ningún caso, indemnizatorio ni vinculado al incumplimiento de obligación jurídica previa (aunque la infracción se tipifique sobre incumplimientos normativos). Tal aspecto evidencia la inexistencia de una diferenciación ontológica entre las sanciones y las penas como ratifica la doctrina y jurisprudencia española mayoritaria<sup>87</sup>. No obstante lo anterior resulta difícil separar de manera neta entre las medidas preventivas y correctivas e, incluso, deslindarlas de la función represiva propia de las infracciones dado el solapamiento existente con el incumplimiento. En la corrección se pretende aplicar una solución normativa que tienda a restituir el daño o el desequilibrio originado por ello, ante el impago de la obligación legal de contribuir; se establece el pago de la cuota dejada de ingresar. Ahora bien en el contexto tributario dicho pago de la cuota puede ir acompañado de abono de intereses de demora –superiores a los legales-, o de recargos cuya finalidad meramente restitutiva no queda clara<sup>88</sup>. Así, muchas de las consecuencias establecidas en los mecanis-

---

confianza mutua, que debe dar lugar, por tanto, a un desarrollo de la misma conforme a los principios de buena fe y lealtad entre las partes, todo lo cual aumentará la eficacia de los controles de la Administración Tributaria y reducirá la inseguridad jurídica a la que podrían estar expuestas las empresas y la litigiosidad que surge entre ambas”.

<sup>87</sup> Más extensamente en SÁNCHEZ HUETE, M. Á.: “Elementos para un análisis del sistema de infracciones de la LGT”, *Crónica Tributaria*, n° 132, 2009.

<sup>88</sup> A este respecto la STC 276/2000, de 16 de noviembre afirma que para determinar la naturaleza de tales recargos debe estarse a su finalidad y a su cuantía. Para ello debe analizarse el presupuesto de hecho del recargo, sus consecuencias jurídicas y su importe, pues este último nos permitirá distinguir una medida sancionadora de otra resarcitoria. Dicha resolución establece que: “el recargo tendrá un contenido disuasorio no sancionador cuando, con la dificultad que implica escindir la función represiva de la preventiva, debería estructurarse en función del retraso producido, por ejemplo, con un pequeño incremento porcentual sobre los intereses de demora, y no provocando esos



mos habitualmente considerados correctivos son preventivas dado los efectos disuasorios que originan.

Con la faceta preventiva de la norma tributaria se pretende facilitar la acción de la Administración y disuadir algunos de los comportamientos que pudieran entrañar un riesgo para la obligación tributaria. Es así que el Derecho tributario preventivo englobaría tanto un conjunto de consecuencias no favorables para el obligado –sin que constituyan la imposición de un mal o sanción–, como mecanismos informativos que faciliten la acción de la Administración y eviten las opacidades.

Las instituciones características de este Derecho tributario preventivo son, o bien cláusulas normativas antielusivas o antievasivas, o bien instituciones *ad hoc*. Las cláusulas pueden ser generales o específicas, y son normas que intentan evitar tanto el fraude de ley como el fraude tributario. También se prevén instituciones tributarias específicas que pueden comportar diversas consecuencias: a) imponer un mayor gravamen por ser conductas no deseadas o peligrosas, valga como ejemplo los recargos tributarios o la institución de las ganancias no justificadas, b) efectuar valoraciones correctoras con efectos persuasivos, véanse los porcentajes para la viabilidad de la tasación pericial contradictoria (art. 121 RTPO), la previsión del derecho de adquisición de la Administración (art. 46.5 LITPO) o los interrogantes que supone la mención sancionadora, c) gravar situaciones que habitualmente no lo estarían, véase instituciones como la transparencia fiscal o las regulaciones asociadas a los paraísos fiscales, d) determinar una realidad jurídica diversa a la fáctica, mediante las ficciones o facilitar su determinación con las presunciones.

Las instituciones que conforman el Derecho tributario preventivo parten de un pronóstico de probabilidad que efectúa el legislador sobre el acaecimiento de una conducta lesiva, normalmente una evasión. Junto a las anteriores también se configura una obligación de información tributaria, extensa e intensa en su contenido y exigencia, en demasiadas ocasiones reiterativa y formalizada, de suministro periódico,

---

tremendos saltos y esa regresividad que hacen que un recargo del 10 por 100 por un día de retraso se transforme en un castigo del 3650 por 100 que irá reduciéndose a medida que avance el tiempo, y que una regularización voluntaria apenas transcurridos tres meses fuera prácticamente impensable ante la alternativa del recargo del 50 por 100 (equivalente a una sanción del 200 por 100 anual)". Tal doctrina llega a la conclusión de establecer un parámetro únicamente cuantitativo admitiendo su legalidad, aunque perviva su función punitiva: "no existiendo una diferencia importante entre la cuantía de este recargo y la de las sanciones [...] este recargo cumple, además de las ya indicadas, la misma función de castigo que es propia de los actos sancionadores" (FJ 5°).



inmediato o a requerimiento, que precisa de gestión específica y de almacenamiento, que alude a datos propios y de terceros, que supone adoptar y usar una identidad numérica, que comporta una obligación de hacer o una prohibición –pago en efectivo–... Resulta difícil reconducir la extensa y heterogénea normativa preventiva a categorías aprehensibles. Ahora bien se han de tener presente dos consideraciones y límites generales; el primero, que el carácter de obligado tributario no comporte una presunción de peligrosidad y, el segundo, que la medida a imponer sea proporcionada al riesgo generado.

La primera consideración precisa que la evaluación de dicha peligrosidad no se efectúe mediante juicios abstractos y genéricos en donde la condición del obligado tributario sea determinante de la medida. El carácter de obligado tributario no puede cualificar al ciudadano de manera que resulte sospechoso, o presunto transgresor de la legalidad tributaria. En el ordenamiento rige el principio de buena fe, de ahí que no quepa ignorar tal criterio como vector básico de la relación tributaria<sup>89</sup>.

Afirmar el criterio de buena fe en la relación tributaria coadyuva a desterrar pautas interpretativas que ponderan más los intereses defendidos por el fisco –*in dubio pro fisco*– o por el ciudadano –*in dubio contra fisco*–. Las normas tributarias son normas jurídicas ordinarias que no conllevan únicamente la restricción de derechos, pues también poseen una dimensión positiva: hacen posible la redistribución y solidaridad entre la ciudadanía. Ahora bien, tampoco puede exacerbarse visiones comunitarias en donde la satisfacción de necesidades comunes justifique criterios interpretativos especiales que favorezca a la Administración tributaria como defensora de los intereses generales. En tal línea, la Administración no resulta una parte debilitada precisada de tutela específica, pues posee un gran número de facultades jurídicas exorbitantes.

<sup>89</sup> En el contexto administrativo la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, dentro de los principios generales –art. 3.1– indica que “Las Administraciones Públicas sirven con objetividad los intereses generales y actúan de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la Constitución, a la Ley y al Derecho. Deberán respetar en su actuación y relaciones los siguientes principios: [...] e) Buena fe, confianza legítima y lealtad institucional”. También, al regular los límites de la revisión administrativa en el artículo 110 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas, afirma que: “Las facultades de revisión no podrán ser ejecutadas cuando por prescripción de acciones, por el tiempo transcurrido o por otras circunstancias su ejercicio resulte contrario a la equidad, a la buena fe, al derecho de los particulares o a las leyes”.

Respecto de la exigencia de proporcionalidad se ha de tener presente que la diversa entidad del peligro o riesgo condiciona la medida a emplear. Pues no es igual prevenir el fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria que el fraude tributario, conducta asociada a la simulación. Así, a la hora del establecimiento de una medida preventiva, cabe tener presente varios criterios básicos: la intensidad de la medida utilizada, la finalidad que se pretende, y que la medida sea adecuada al fin que se refiere. Resulta básico, tanto el fijar las medidas y las consecuencias normativas que originan como la finalidad que se busca, y la correlación entre ésta y aquellas, pues las medidas a emplear serán diversas en función de si lo que se previene es un fraude fiscal, un fraude de ley, o una mera ausencia de ingreso. Si se persigue el fraude de ley los instrumentos no pueden ser equivalentes, o suponer una mayor injerencia, que los previstos para el fraude tributario. En el mismo sentido, evitar el fraude tributario o un delito no puede llevar a desnaturalizar la presunción de inocencia anticipando o solapando, vía de su prevención, el castigo.

## 2.2. PLANIFICACIÓN Y CLÁUSULAS PREVENTIVAS

Sobre la base de que la economía colaborativa realiza transacciones fuera de los esquemas tradicionales, o de manera más informal, existe la necesidad de prevenir algunas manifestaciones peligrosas para el deber de contribuir. Sin que ello conlleve presumir la ilicitud o prejuzgar la existencia de la buena fe propia de todas las relaciones.

A este respecto ANTÓN ANTÓN y BILBAO ESTRADA afirman que las dos principales novedades originadas con la economía colaborativa son, de un lado, que los empresarios o profesionales que tradicionalmente participaban en la prestación o producción de bienes y servicios a favor de los particulares, no cumplen los requisitos exigidos para su actividad. De otro lado, se han multiplicado o masificado la prestación de servicios por particulares bajo esta forma o denominación<sup>90</sup>. Ello lleva a que en muchas ocasiones se pretenda la existencia de una nueva realidad a la que no se aplican las calificaciones jurídicas tradicionales. Y ante tal panorama ¿cómo actúa el Derecho tributario? ¿es posible planificar el ejercicio de una actividad económica de forma libérrima sin que la norma tributaria intervenga? ¿qué límites y correcciones puede efectuar la Administración?<sup>91</sup> Los anteriores interro-

<sup>90</sup> ANTÓN ANTÓN, Á. y BILBAO ESTRADA, I.: El consumo colaborativo en la era digital: Un nuevo reto para la fiscalidad. DOC. n° 26/2016. IEF. Madrid, p. 15.

<sup>91</sup> El dictamen del Comité Económico y Social Europeo subraya que toda la normativa antitrust, del mercado interior, fiscal y de protección de los consumidores debería

gantes demandan acotar el sentido de la planificación fiscal y la operatividad de las cláusulas normativas que prohíben la evasión y elusión en este contexto.

La planificación fiscal supone trazar un proyecto en el que se eligen unos medios para alcanzar unos objetivos; en el plano tributario, el objetivo genérico es disminuir la carga fiscal. Resulta una manifestación más de la planificación de la actividad empresarial conforme a la legislación vigente, como lo expresa el FJ, 2º de la STC 137/1996, de 31 de octubre.

Planificar fiscalmente es una tarea intelectual, de análisis de los hechos, negocios y operaciones significativas jurídicamente desde esta perspectiva. Conlleva el estudio de una eventual, por hipotética y futura, realidad jurídica relevante. Realidad jurídica, integrada por operaciones o negocios –normalmente civiles o mercantiles– que es valorada y calificada tributariamente. El aspecto tributario aparece como determinante de la configuración de tales escenarios posibles, y su relevancia viene determinada por una menor tributación o su diferimiento, pero también por soportar menores obligaciones formales, o por evitar las inseguridades, tanto legales –de regulación– como aplicativas que conlleva la gestión de los tributos.

La planificación fiscal puede ser lícita, si se adecua a los parámetros legales, o ilícita, cuando resulta antijurídica y ha de ser eliminada. La ilicitud de tal actividad se evidencia bien al usar una norma contrariando su finalidad o cuando se oculta la realidad a declarar. Tales aspectos se corrigen mediante las cláusulas normativas de fraude de ley o conflicto en la aplicación de la norma tributaria y de simulación.

Las cláusulas tributarias suponen una expresión abierta y abstracta prevista para ser aplicada a un gran número de casos. No conlleva la concreción y tipicidad propia de la descripción del hecho imponible y otorgan una potestad a la Administración para corregir la actuación de los particulares sin necesidad de interponer una acción ante los tribunales.

---

aplicarse en principio a la economía colaborativa de la misma manera que en todos los demás sectores económicos. No debería permitirse que las iniciativas de economía colaborativa utilicen el paradigma colaborativo únicamente para falsear los mercados preexistentes solo con miras a una estrategia de reducción de costes basada en evitar los costes reglamentarios aplicables a los servicios y productos similares que no se prestan a través de plataformas (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI. (2014/C 177/01). Ponente: Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER, p. 6).

La singularidad de su existencia se evidencia al constatar que el ámbito tributario se articula sobre la base de mandatos normativos positivos de dar o hacer, más que sobre prohibiciones. La norma tributaria demanda del legislador que defina los hechos imposables cuya realización determina el nacimiento de la obligación material de dar y, eventualmente, obligaciones formales de hacer. Por lo que todo lo que no esté incluido en dicha definición legal no estará sujeto a tributación. Consecuente a tal lógica se prohíbe la analogía en relación a los hechos imposables, con lo que *prima facie* parece instituirse una férrea tipificación para el nacimiento de la obligación tributaria.

Ahora bien, el delimitar el presupuesto de hecho que da origen a la obligación tributaria supone encerrar en la mención legal una realidad muy variada y llena de matices. El contribuyente puede elegir un sinnúmero de formas jurídicas con el fin de no incurrir en la conducta que el legislador asocia con la obligación de contribuir. Es así como se plantea la necesidad de acotar tal orientación garantista para desterrar determinados usos que resultan amparados en la letra de las normas y pueden perjudicar al principio de capacidad. Se origina una controversia, entre la garantía que ofrece a la ciudadanía una tipificación maximalista, y la función preventiva que salvaguarda la lesión de principios materiales tributarios, como la igualdad y la capacidad económica. Sin duda, la existencia del riesgo que suponen algunas conductas para el deber de contribuir y la interdicción de la analogía en la aplicación del hecho imponible están en relación directa a la necesidad del establecimiento de cláusulas generales. Tal correlación resulta básica para entender el fundamento y necesidad del régimen jurídico que las cláusulas normativas suponen<sup>92</sup>.

En tales parámetros no está demás reiterar lo evidente: no existe una norma jurídica que imponga la organización de actividades económicas de manera que resulte más rentable para la Hacienda Pública. También, que el silencio del legislador no puede entenderse completado con directivas implícitas sobre la voluntad de la ley emanadas por

<sup>92</sup> Ver la Sentencia de TS, Sala 3ª, de lo Contencioso-Administrativo, 24 de Febrero de 2014 recogiendo la doctrina sobre la materia afirma que “el ordenamiento tributario tiene la necesidad de diseñar instrumentos específicos para conciliar, en su ámbito, la proyección contradictoria de dos principios: el de legalidad y tipicidad tributaria, de una parte, que impide la extensión del hecho imponible más allá de su propia formulación legal, de manera que queda excluida la posibilidad de la analogía (art. 23.3 LGT/1963 y 14 LGT/2003); y el de justicia tributaria, que exige que deban tributar todas las manifestaciones de riqueza que el legislador ha querido que tributen, y que están en el resultado obtenido, aunque se llegue a él a través de actos y negocios jurídicos no incluidos en la configuración estricta del hecho imponible”.

Instrucciones administrativas, pues éstas nunca pueden llegar a ser normas vinculantes para la ciudadanía<sup>93</sup>.

En tal tesitura averiguar el tratamiento de una operación o negociación de economía colaborativa exige una tarea de calificación jurídica que corresponde efectuar, en primera instancia, al contribuyente pero también puede tener que ver con la ocultación de la realidad económica gravable e incluso con el empleo fraudulento de normas. Con las cláusulas normativas se pretende facilitar la calificación –en puridad, recalificación administrativa de la efectuada por los particulares, art. 13 de la LGT–, la corrección de practicas elusivas ilegales –el denominado conflicto en la aplicación de la norma tributaria, art. 15 de la LGT– o evasivas –la cláusula de simulación del art. 16 de la LGT. Es así que cabe poner de relieve algunos aspectos que afectan a la calificación, simulación y fraude de ley en el ámbito tributario.

a) De un lado, la calificación jurídica pone en evidencia como la obligación de autoliquidación de la ciudadanía origina, además de una enorme carga y responsabilidad, problemas de apreciación que conllevan discrepancias de opinión entre la Administración tributaria y el contribuyente. Con el fin de controlar la interpretación y aplicación normativa se otorga a la Administración potestades para corregir la calificación jurídica efectuada por el obligado<sup>94</sup>. Son potestades que originan una notable injerencia en la actividad encomendada pues no sólo indican la norma aplicable sino que permiten determinar el negocio pretendido. La calificación del art. 13 de la LGT supone la posibilidad de que la Administración rectifique la calificación del particular; al confrontarla con la elusión indica PALAO TABOADA que no es más que una mera tentativa ingenua<sup>95</sup>.

<sup>93</sup> No resultan extrañas la resoluciones en donde se reprocha que la Administración se limita a “la identificación entre beneficio fiscal y presunción de fraude o se actúa con la idea de que, si se hubiera empleado otra forma jurídica diferente, se habría tributado más” (Sentencia de 5 de mayo de 2011, rec. 307/2008).

<sup>94</sup> SOLER ROCH indica que el art. 13 de la LGT en puridad no describe conducta alguna sobre todo faculta a al Administración a la recalificación prescindiendo de la forma otorgada por las partes. (SOLER ROCH, M<sup>a</sup> Teresa: “Las normas antiabuso generales y especiales” GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coordinadora): VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario. La asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los nuevos planes de estudio. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad Complutense de Madrid. DOC. N<sup>o</sup> 12/2011, p. 179).

<sup>95</sup> PALAO TABOADA, C.: “Calificación y abuso del Derecho” en GARCÍA-HERRERA BLANCO, C. (coordinadora): VII Jornada Metodológica de Derecho Financiero y Tributario Jaime García Añoveros. Interpretación del Derecho Financiero y Tributario. La

b) De otro lado, la existencia de simulación exige, en primer lugar, la ocultación de hechos a través de negocios u operaciones ficticias no queridas o negocios nulos y, en segundo lugar, la existencia de dolo evidenciando por una intención específica de enmascarar la realidad mediante tales artificios. Así se origina una negociación ficticia, habitualmente de carácter múltiple. El negocio simulado se presenta como un negocio ficticio, no real, que en ocasiones puede ocultar un negocio verdadero. También puede aparecer como un negocio nulo, por cuanto no lleva consigo ni implica transferencia alguna de derechos o como un negocio simple, aunque una importante modalidad del mismo es el negocio múltiple o combinado<sup>96</sup>.

La simulación más frecuente en el ámbito tributario es la simulación relativa de la cual se afirma que “es una suerte de ocultación que se produce generando la apariencia de un negocio ficticio, realmente no querido, que sirve de pantalla para encubrir el efectivamente realizado en violación de Ley” (STS 15 de julio de 2002). En la simulación relativa existen dos negocios jurídicos, uno aparente y otro real<sup>97</sup>. En ambos no existe discrepancia en la finalidad que persiguen y la nota relevante es la ocultación fáctica existente. Por el contrario en el fraude de ley existe un negocio que presenta una discrepancia en la causa objetiva del mismo; se emplean formas artificiosas contrariando la lógica jurídica de los negocios empleados, obteniendo un beneficio fiscal.

En el plano probatorio se ha de tener presente que para calificar la operación como simulación se tendrá en cuenta no sólo las estipulaciones formalmente establecidas sino también la real intención de los contratantes puesta de manifiesto a través de las reglas de hermenéutica contractual de los arts. 1281 a 1289 del Código Civil, pues “la calificación de los contratos ha de descansar en el contenido obligacional convenido, abstracción hecha de la denominación que las partes

---

asignatura de Derecho Financiero y Tributario en los nuevos planes de estudio. Instituto de Estudios Fiscales. Universidad Complutense de Madrid. DOC. N° 12/2011, p. 191.

<sup>96</sup> “La esencia de la simulación radica en la divergencia entre la causa real y la declarada», y puede ser absoluta, lo que sucede cuando «tras la apariencia creada no existe causa alguna», o relativa, que se da cuando «tras la voluntad declarada existe una causa real de contenido o carácter diverso», esto es, cuando «[t]ras el negocio simulado existe otro que es el que se corresponde con la verdadera intención de las partes» (Sentencia de 20 de septiembre de 2005 de la Sección Segunda de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Supremo (rec. cas. núm. 6683/2000, FD Quinto).

<sup>97</sup> La simulación relativa a decir de la Sentencia del TS num. 416/2016 de 24 febrero “es una figura jurídica especialmente compleja, más, incluso, que la simulación absoluta. En este caso la simulación, por sí misma, no califica peyorativamente a lo simulado, pero resulta ser un procedimiento contrario al ordenamiento jurídico que suprime la presunción de existencia y licitud de la causa (artículo 1276 CC)”.

asignen a aquéllos, verdadera voluntad de los contratantes que hay que deducir de los actos de las partes, coetáneos y posteriores a la celebración del contrato [...]”. Para tal ponderación la jurisprudencia tienen en cuenta las siguientes directrices: a) el análisis según la perspectiva fiscal a la hora de evaluar la ventaja, b) la realidad típica que justifica la existencia de los negocios realizados, c) el considerar la globalidad de las operaciones realizadas; ha de apreciarse el conjunto negocial destinado a generar el beneficio fiscal, y d) el descubrir el negocio subyacente, que dote de la real entidad al fenómeno económico que se pretendía ocultar o encubrir, para subsumirlo en la normativa fiscal a propósito<sup>98</sup>.

c) Por último, la finalidad de las cláusulas antielusión o de fraude de ley no es corregir una mera falta de ingreso, sino el uso artificioso de las normas jurídicas –elusión normativa prohibida o fraude de ley–<sup>99</sup>. La cláusula normativa de antielusión resulta una norma de autoprotección del ordenamiento que pretende preservar la finalidad para la que fueron concebidos los negocios jurídicos.

<sup>98</sup> En este sentido la STS de 29 de octubre de 2012 (rec. 6460/2010) y 7 de junio de 2012 (rec. 3959/2009), consideran que existe simulación cuando se realizan “una serie de negocios, que no respondían a la realidad típica que les justifica”. O cuando no existe la “causa que nominalmente expresa el contrato, por responder éste a otra finalidad jurídica distinta” –STS de 26 de septiembre de 2012 (rec. 5861/2009)–. No siendo óbice para su apreciación la “realidad de cada una de las múltiples operaciones realizadas, y que desde la normativa mercantil no ofrecían tacha alguna” –STS de 28 de marzo de 2012 (rec. 3797/2008)–. Y, además y en todo caso, “las operaciones han de tratarse, en la perspectiva fiscal, sinópticamente, es decir, contemplando la repercusión que en el patrimonio del sujeto pasivo se ha producido, evitando que el tratamiento parcial de las fases de dicha operación (que aparecen como negocios jurídicos independientes) distorsione la finalidad perseguida por el interesado, y, consiguientemente, la dicotomía normativa en su tratamiento tributario” –STS de 15 y 24 de noviembre de 2011 (rec. 153 y 1231/2008)–.

<sup>99</sup> Por todos ver GARCÍA NOVOA, C.: “La posibilidad de imponer sanciones en los supuestos de fraude y abuso de la norma tributaria: el criticable contenido del artículo 15.3 del anteproyecto de Ley General Tributaria.” *Quincena fiscal*. n.º 8. 2003, BURLA DA ECHEVESTE, J. L.: “El fraude de Ley en el Derecho Tributario”. *Quincena fiscal*. n.º 8. 2006, FALCÓN y TELLA, R.: *Economía de opción, fraude de ley y simulación*. Actualidad jurídica Aranzadi. n.º 833. 2011, FALCÓN y TELLA, R.: “El fraude de ley o «conflicto en la aplicación de la norma» y el delito fiscal: la importante STC 10 mayo 2005”. *Quincena fiscal*. n.º 12. 2005, FALCÓN y TELLA, R.: “El fraude a la Ley Tributaria como un mecanismo para gravar determinadas economías de opción (II): límites a la utilización de esta figura”. *Quincena fiscal*. n.º 18. 1995, FERREIRO LAPATZA, J. J.: “El abuso en la aplicación de la norma tributaria en el Anteproyecto de Ley General Tributaria”. *Quincena fiscal*. n.º 11. 2003, FERREIRO LAPATZA, J. J.: “Economía de opción, fraude de ley, sanciones y delito fiscal”. *Quincena fiscal*. n.º 8. 2001, RUIZ ALMENDRAL, V.: “¿Tiene futuro el test de los “motivos económicos válidos” en las normas anti-abuso? (Sobre la planificación fiscal y las normas anti-abuso en el Derechos de la Unión Europea)”. *RCyT CEF*. n.º 329-330.



En el fraude de ley, institución por excelencia en donde se encuadra la elusión prohibida, el sujeto no realiza el negocio, operación, o contrato que origina la deuda sino que lo rodea o elude. Ahora bien, obtiene un resultado económico equivalente al que originaría la realización del hecho imponible sin que éste haya tenido lugar. La ventaja fiscal conseguida únicamente será ilegal cuando las formas jurídicas empleadas para tal contoneo o rodeo al presupuesto de hecho sean meros artificios. Es artificioso cuando se quiebra la lógica jurídica de los negocios o instrumentos empleados; no se reduce al uso de una causa falsa en la contratación, ya que pueden emplearse diversos negocios a tal fin. Resulta así, y a pesar de su carácter orientador, que la causa contractual no es suficiente para explicar la lógica de la institución cuando son varios los instrumentos jurídicos empleados, o son negocios diversos a la figura contractual.

Por consiguiente, la libertad negocial no comporta una libertad en el empleo de las formas negociales, pues el ordenamiento concibe las mismas para vehicular concretos fines. No puede justificarse ni ampararse el empleo de una u otra forma cuando el negocio no resulta coherente a su diseño. También se ha de tener presente, pues no siempre se enfatiza suficientemente, que la búsqueda de la norma eludida resulta una tarea creativa o recreativa de las operaciones que se piensan queridas<sup>100</sup>. Lo cual plantea que la generalidad y abstracción de las cláusulas no resulta únicamente de su presupuesto de hecho, sino también de las consecuencias que se pretenden. Ello evidencia una vez más el poder otorgado con las cláusulas antielusivas a la Administración ya que no sólo califica normas, sino reconfigura la realidad pretendida por las partes.

En la economía colaborativa la existencia de empresas intermediarias en negocios masivos gestionados a través de plataformas informáticas ayuda, en ocasiones, a desdibujar el papel del empresario y a difuminar la responsabilidad tributaria originada. Tales aspectos favorecen la existencia de una economía sumergida o que pretenden sustraerse de las obligaciones jurídicas, en particular, las tributarias existentes. En tales contextos es preciso efectuar tratamientos preventivos y de control tributario, tanto de operaciones en las que median plataformas colaborativas como de las operaciones entre particulares para compartir activos, recursos, tiempo y/o competencias de manera directa. En

<sup>100</sup> A tal actividad se hace referencia en la sentencia de 21 de febrero de 2006 (asunto C-255/02), del TJUE cuando afirma que «[94] [las] operaciones realizadas en el marco de una práctica abusiva deben ser redefinidas para restablecer la situación a cómo habría sido de no haber existido operaciones constitutivas de esta práctica abusiva [...]».



las primeras cabe enfatizar la necesidad o no del establecimiento de una obligación informativa específica que abarque la comunicación de datos tributarios propios o ajenos, de aquellos en los que intermedia. En las segundas, se ha de poner de relieve la necesidad didáctica que supone la información sobre el tratamiento tributario de algunas de las relaciones que se originan en el seno de la economía colaborativa. Información que posee en muchas ocasiones un sesgo admonitorio que conviene atemperar, en la medida que la admonición entraña el empleo de una facultad punitiva y conlleva un juicio sobre la culpa del obligado.

También, tanto en las relaciones en que median plataformas como aquellas en las que no, cabe poner de relieve cómo la difusión por internet de tales actividades resulta medio de relación pero también, y desde la perspectivas de la Inspección, fuente básica para el control y verificación de tales actividades.

### 2.3. ACTUACIONES DE LA INSPECCIÓN TRIBUTARIA

La economía colaborativa aparece singularizada por su contratación a través de internet, ya sea mediante la intervención de una plataforma colaborativa o no. Acostumbra a platearse que un particular adquiere a otro mediante dicha plataforma un servicio o bien a un precio inferior al que correspondería en un mercado convencional o regulado. Resultan operaciones que se conciertan bajo otras denominaciones en un ámbito que posee una mayor desregulación e informalidad. Tales notas pueden generar opacidades a la hora de constatar la existencia de tales negociaciones.

Ahora bien la informalidad o la calificación asignada por las partes no resulta óbice para la tributación pues, como indica el art. 13 de la LGT, las obligaciones tributarias se exigirán con arreglo a la naturaleza jurídica del hecho, acto o negocio realizado, cualquiera que sea la forma o denominación que los interesados le hubieran dado, y prescindiendo de los defectos que pudieran afectar a su validez.

En tal contexto se plantea cómo calificar y gravar las operaciones que presentan alguna ilicitud administrativa –carecer de licencias, autorizaciones o titulaciones exigidas-. Existe una amplia doctrina del Tribunal de Justicia de la Unión Europea que, a efectos del IVA, considera gravable las actividades ilícitas. Así se aducen dos argumentos para afirmar el gravamen de las operaciones ilícitas; en primer lugar, a fin de respetar el principio de neutralidad fiscal no cabe distinguir con

carácter general entre operaciones lícitas y operaciones ilícitas. En segundo lugar, se valora que no exista una prohibición absoluta de comercialización en todos los Estados Miembros<sup>101</sup>. Las operaciones que carezcan de algún requisito administrativo no son ilícitas en sí, sino que presentan una irregularidad en el ámbito respectivo que no evita la tributación. En tal sentido la norma fiscal a la hora de calificar la operación prescindirá, como indica el art. 13 de la LGT, de los defectos que afecten a su validez.

Las operaciones realizadas a través de internet hacen posible trazar algunos elementos que permiten configurar directa o indirectamente la evidencia de la negociación realizada. No es un ámbito de opacidad pues los medios digitales aportan evidencias claras de las operaciones realizadas, tanto de los sujetos intervinientes como de las prestaciones llevadas a cabo. En tal sentido la Comisión de la Unión Europea habla de que la economía colaborativa ha creado nuevas oportunidades para ayudar a las autoridades fiscales y los contribuyentes a cumplir sus obligaciones fiscales. Así indica que es una práctica corriente en algunos Estados miembros concluir acuerdos con las plataformas para la recaudación de impuestos, “Por ejemplo, en el sector del alojamiento, las plataformas facilitan el pago de las tasas turísticas en nombre de los prestadores de servicios. Hay también casos en los que las autoridades fiscales utilizan la rastreabilidad permitida por las plataformas en línea para recaudar impuestos de prestadores individuales”<sup>102</sup>. Pero también, y sobre todo en la prevención del fraude, con la información que se facilita a través de internet hace posible lo que denomina la rastreabilidad de la intervención de las plataformas en línea<sup>103</sup>.

<sup>101</sup> Más extensamente ver ÁLVAREZ SUSO, M.: “El gravamen en el iva de las actividades irregulares e ilícitas. Un viejo debate de reciente actualidad”. Quincena fiscal. n° 22. 2014, p. 5 [consultado servicio westlaw 4 de mayo de 2017].

<sup>102</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 15.

<sup>103</sup> La Comisión insta, por un lado a los Estados miembros “a facilitar y mejorar la recaudación de impuestos utilizando las posibilidades que ofrecen las plataformas colaborativas, dado que estas ya registran la actividad económica”. Y, por otro, señala que las “plataformas colaborativas deben adoptar una actitud proactiva en la cooperación con las autoridades fiscales a fin de establecer los parámetros para el intercambio de información sobre las obligaciones fiscales, al tiempo que garantizan el cumplimiento de la legislación sobre protección de datos personales y sin perjuicio del régimen de responsabilidad de los intermediarios establecido en la Directiva sobre el comercio electrónico” (Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 15).

En tal orientación la Inspección española a través del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero establece las áreas de riesgo fiscal que considera de atención prioritaria y los criterios básicos de las actuaciones de comprobación e investigación. Las directrices generales del Plan de 2017 giran en torno a lo que considera tres grandes pilares; a) la prevención, investigación y control del fraude tributario y aduanero, b) el control del fraude en fase recaudatoria y c) la colaboración entre la Agencia Tributaria y las Administraciones tributarias de las Comunidades Autónomas<sup>104</sup>.

Dentro de la prevención, investigación y control del fraude tributario y aduanero no tan sólo se ocupa de la economía sumergida –actividades que son deliberadamente ocultadas a las autoridades administrativas de forma total o parcial, con el fin de eludir el pago de impuestos– sino de manera específica de la economía digital y los nuevos modelos de negocio. En éste último ámbito se considera como prioridad la investigación y la obtención de información relacionada con los nuevos modelos de actividad económica. Para ello estructura su plan de actuación diferenciando entre líneas de investigación y las actuaciones efectuadas.

Como líneas de investigación, en relación a la intervención con plataformas en el contexto de internet, cabe destacar:

En primer lugar, el mantener los programas ya existentes de captación de información en internet sobre los operadores de riesgo. Con tal información se busca seleccionar y comprobar a quienes realicen su actividad económica principalmente a través del comercio digital.

En segundo lugar, el usar las tecnologías de redes sociales y herramientas estadísticas para detectar patrones de fraude fiscal.

En tercer lugar, se propugna colaborar con las Administraciones tributarias de otros países para comprobar los beneficios obtenidos por los agentes económicos que utilizan internet como medio para publicitar bienes y servicios.

En cuarto lugar, analizar los nuevos medios de pago, como la criptomoneda, plataformas mediadoras de pago, pagos desde dispositivos móviles, etc., ya que pueden facilitar la opacidad de las operaciones.

Las actuaciones a desarrollar, en relación a las anteriores líneas de investigación, pueden unificarse en base a dos criterios: de un lado,

<sup>104</sup> Directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017 (Resolución de 19 de enero de 2017).

la información y análisis que la Administración busca y obtiene, y de otro lado, la información que ésta facilita al obligado con una finalidad preventiva.

Desde el primer criterio, se concretan tareas de ampliación y análisis informativo de las que destaca:

- a) La ampliación de la información con indicadores propios de las redes sociales que denoten el grado en que una empresa está conectada con otras de su sector o su posición como intermediario.
- b) Realizar actuaciones de control respecto de los que comercialicen sus bienes o servicios a través de internet.
- c) Análisis y explotación de la información disponible en internet que permita descubrir actividades o rendimientos ocultos o el tráfico ilícito de bienes.

En relación al segundo criterio se compromete a difundir información específica en la página web de la Agencia Tributaria para informar sobre las obligaciones de quienes realicen operaciones de comercio electrónico. Con ello pretende aclarar las dudas que puedan suscitarse en donde se debe evitar la admonición en la hora de informar.

Las directrices contenidas en el nuevo Plan Anual de Control Tributario evidencia como la negociación a través de internet y las nuevas tecnologías deja de ser un ámbito de opacidad para la acción de la Inspección y se convierte en un ámbito de información. Ello demanda dotarla de sentido propio, calificando adecuadamente las operaciones y verificando la realidad de la información obtenida. Si bien, en todo caso, conlleva una carga al inspeccionado para evidenciar y clarificar la información que libremente publicita en tales medios.

### **3. ¿NECESIDAD DE UNA NUEVA OBLIGACIÓN INFORMATIVA?**

Las plataformas colaborativas integran una realidad económica compleja que no puede reducirse a una consideración unitaria. Llevan a cabo diversas prestaciones, desde una mera aproximación de la oferta y la demanda o de intermediación por vía electrónica a la de prestación adicional de una pluralidad de servicios<sup>105</sup>. En su papel de inter-

<sup>105</sup> Así la Comunicación a efectos de concretar la necesidad o no de autorización para la prestación de su servicio refiere que las primeras ofrecen un servicio de la sociedad de la información que no pueden estar sujetas a autorizaciones previas o cualquier requisito equivalente dirigidos específica y exclusivamente a dichos servicios. Respecto de las segundas si ofrecen otros servicios además de los servicios de intermediación,

mediación la plataforma colaborativa posee el registro de la actividad económica desarrollada entre las partes que pone en contacto, de ahí que resulte instrumento de gran valor para la obtención de información relevante a efectos tributarios. Importancia tanto para determinar su propia deuda tributaria como la ajena, de aquellos sujetos con los que se relaciona.

El deber de contribuir y su adecuada exigencia demanda un amplio deber de información. Deber que se basa tanto en que el contribuyente facilite sus datos y la información relativa a la obligación pecuniaria que ha de pagar –datos propios–, como que cualquier persona a facilite la información y datos de aquellas personas con quien se relaciona económicamente si tienen transcendencia en la aplicación del tributo –datos ajenos–.

La obligación de información de terceros aparece encuadrado en los denominados deberes de colaboración<sup>106</sup>. La idea de colaboración a que se alude se basa, en términos generales, en el principio básico de solidaridad que se concreta en un interés fiscal exponente de un interés colectivo o general. El deber de información que se relaciona con el deber de colaborar en la aplicación de los tributos hunde sus raíces en el deber general de contribuir del artículo 31.1 de la Constitución. Ello comporta que la Administración está constitucionalmente habilitada para exigir a la sociedad la información y la aportación de datos necesarios y relevantes para la aplicación de los tributos, de acuerdo con STC 110/1994<sup>107</sup>.

---

puede ser también un proveedor del servicio subyacente (p. ej., servicio de transporte o de alquiler a corto plazo), podrían estar sujetas a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias. Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 6.

<sup>106</sup> Ya desde la LGT de 1963, entre otros, SÁNCHEZ SERRANO, L.: “art. 111” en AA.VV.: Comentarios a la Ley General Tributaria y líneas para su reforma. Libro-homenaje al profesor Dr. D. Fernando Sainz de Bujanda. Vol. II, Instituto de Estudios Fiscales, Madrid, 1991, p. 195 y CASADO OLLERO, éste último señala: “La obligación de proporcionar a la Administración Tributaria datos, informes o antecedentes con transcendencia tributaria, constituye una manifestación de los llamados doctrinalmente “deberes de colaboración” –Mitwirkungspflichten–, en la doctrina alemana encuadrables en la categoría más amplia de los deberes de prestación a que implícitamente se refiere el art. 31.3 de la Constitución Española”(CASADO OLLERO, G.: “La colaboración con la Administración tributaria. Notas para un nuevo modelo de relaciones con el fisco”. HPE, nº 68, 1981, p. 156). De ahí que utilicemos indistintamente la mención de deberes y obligaciones para referirnos a dicha vinculación.

<sup>107</sup> Ver Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 22 enero 2015 RJ\2015\368.

El deber de colaboración informativa se encauza en dos vías, la información obtenida por suministro y la información obtenida por captación, de acuerdo a lo que dispone el art. 93.2 de la LGT. El deber de suministro supone que, con carácter general en la forma y en los plazos que reglamentariamente se determinen, los sujetos obligados a colaborar han de facilitar la información. Son supuestos estandarizados y previamente contemplados, bien por las leyes reguladoras de cada tributo bien por disposiciones reglamentarias de desarrollo, que pueden originar obligaciones ocasionales u otras de carácter regular y periódico (v.gr.: información sobre retenciones). La información por captación es la propia de los requerimientos individualizados y puede efectuarse en cualquier momento posterior a la realización de las operaciones relacionadas con los datos o antecedentes requeridos. La Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 22 enero 2015 RJ2015\368 afirma que “Ambas modalidades forman parte de la que [...] hemos llamado «información a priori», en cuya categoría habría de incluirse también la obtención por actuación directa de la Administración cerca de las empresas afectadas, en contraposición con la «información a posteriori», una vez iniciada la actuación inspectora, que contempla el artículo 93.3”.

Sobre lo anterior cabría plantear si resulta necesario establecer una nueva obligación informativa a cargo de las plataformas digitales que median y actúan en tales operaciones. Los argumentos a favor y en contra son plurales y no exentos de solidez.

#### A) A FAVOR DEL ESTABLECIMIENTO

A este respecto cabría argüir; en primer lugar, el hecho de que la plataforma tendría que facilitar datos no solamente propios sino también de los terceros por lo que precisa de su establecimiento expreso. En segundo lugar, dicha obligación permitiría un suministro continuo y regular sin necesidad de efectuar requerimientos expresos. En tercer lugar, la obligación hace referencia a operaciones de escasa cuantía no comprendidas en las obligaciones informativas existentes. En cuanto lugar, el obligado a informar es un empresario con buenas infraestructura para la gestión de la información, por lo que generaría un mínimo coste indirecto.

De los anteriores argumentos cabría evidenciar como las obligaciones informativas existentes, de operaciones con terceros o la que prohíbe los pagos en efectivo, podrían resultar insuficientes para un adecuado control de tales operaciones.

1.- La obligación de informar sobre operaciones con terceras personas se desarrolla en los art. 31 a 35 del Real Decreto 1065/2007, de 27 de julio, sobre la base de los establecido en el artículo 93 de la LGT. Es una obligación que incumbe a la mayoría de personas físicas y jurídicas que desarrollan actividades empresariales o profesionales en España y que tengan operaciones facturadas con terceras personas que superen los 3.005,06 anuales.

Ahora bien existen algunas exenciones a presentar dicha declaración anual que cabe clasificar:

a') Por razón de la cuantía. Los obligados tributarios que no hayan realizado operaciones que en su conjunto, respecto de otra persona o entidad, hayan superado la cifra de 3.005,06 euros durante el año natural correspondiente. El límite se establece en 300,51 euros en el caso de cobro por cuenta de terceros de honorarios profesionales, o de derechos derivados de la propiedad intelectual, industrial o de autor u otros por cuenta de sus socios, asociados o colegiados.

b') Por carecer de sede en territorio español. Quienes realicen en España actividades empresariales o profesionales sin tener en territorio español la sede de su actividad económica, un establecimiento permanente o su domicilio fiscal.

c') Por aplicarse el régimen tributario de estimación objetiva. Las personas físicas o entidades en régimen de atribución de rentas que tributen en IRPF por el método de estimación objetiva y en el IVA simultáneamente por el régimen simplificado, de agricultura, ganadería y pesca o recargo de equivalencia. Salvo operaciones excluidas de la aplicación de dichos regímenes o por las operaciones por las que emitan factura.

d') Diversos supuestos. Los obligados tributarios que hayan realizado exclusivamente operaciones no sometidas al deber de declaración, según lo dispuesto en el artículo 33. Los obligados tributarios que deban informar sobre las operaciones incluidas en los libros registro de acuerdo con el artículo 36. Los obligados tributarios a que se refiere el artículo 62.6 del Reglamento del Impuesto sobre el Valor Añadido.

Respecto del contenido de la obligación a declarar se incluyen las adquisiciones y entregas de bienes y servicios, tanto las sujetas y no exentas del IVA como las no sujetas o las exentas de dicho impuesto. El importe por el que se declaran es el total de la contraprestación incluyendo el IVA. En definitiva se trata de la suma de todas las facturas recibidas de un proveedor o emitidas a un cliente, siempre y cuando su total supere los 3.005,06 euros.



Sobre lo anterior cabe efectuar dos apreciaciones, una respecto del valor que aporta y otra en relación a sus insuficiencias

En relación al valor de tal información se ha de indicar, en primer lugar, que permite un control de los proveedores, al verificar la concordanza en las cuantías señaladas como ingresos-cobros y la correlación existente con el IVA. En segundo lugar, la información se suministra desglosada trimestralmente, computando de forma separada las entregas y las adquisiciones de bienes y servicios; no sólo se informa de la cantidad anual sino de las cantidades por trimestres.

Pero la anterior información resulta insuficiente en relación a las plataformas colaborativas al exigirse, con carácter general, que las facturas recibidas o emitidas con un mismo proveedor o cliente supere los 3.005,06 euros. Este aspecto marca un umbral cuantitativo que permite la invisibilidad de tales operaciones, sobre todo, cuando no existen otras obligaciones como la de retención o ingreso a cuenta que permita su constancia. La existencia de la exención de tal obligación a las que carezcan de establecimiento permanente o su domicilio fiscal hace que no resulte aplicable a las empresas ubicadas en el extranjero, aspecto que desarrollaremos.

2.- La prohibición de pagos en efectivo. La Ley 7/2012, de 29 de octubre introdujo una importante limitación en el tráfico económico: la prohibición de pagos en efectivo. Posee una especial importancia, tanto por su generalidad como por su carácter híbrido –de medida tributaria y de prevención del blanqueo–. Su finalidad es clara, busca determinar la identidad de las personas que entregan o reciben dichas cuantías dinerarias.

La Ley 7/2012 establece diversas obligaciones diferenciando dos grupos: las operaciones que se pueden pagar en efectivo, y las que no puede efectuarse de esta forma. A las primeras se impone una limitación, una prohibición, cuando intervengan determinados sujetos y se transmitan cuantías que excedan de determinados importes (art. 7 Uno.1). A las segundas, aquellas que no pueden pagarse en efectivo, se impone la obligación de conservación y aportación a requerimiento de la Agencia tributaria (art. 7 Uno.4). De manera accesoria a la prohibición del pago en efectivo se establece la obligación de información de los funcionarios o autoridades que tengan conocimiento de la vulneración de tal limitación (art. 7 Cinco). Ahora bien las obligaciones más relevantes, por su transcendencia practica y la general aplicación que suponen, son las que se derivan de la prohibición de hacer pagos en efectivo.



El no hacer pagos en efectivo, más que obligación, resulta una prohibición o limitación en relación a las operaciones. Tal matiz pretende denotar que con la prohibición las obligaciones existentes son plurales, tantas como sujetos intervinientes. Y que también será diverso el contenido de tales vinculaciones, según se trate de la parte pagadora o receptora; si es pagadora, no se ha de efectuar la entrega de efectivo, y si es receptora, no se ha de aceptar dicho pago en efectivo.

Con dicha limitación se pretende establecer la trazabilidad de los pagos que se dan en ámbitos de la economía sumergida, paralela o encubierta, que escapa del control del Estado, ya provenga de actividades lícitas que se ocultan –no se declaran–, ya provengan de un origen delictivo. Ahora bien, tal prohibición comporta constreñir los medios de pago a utilizar para permitir un eventual control de los flujos económicos, de todos los flujos económicos, no solamente de aquellos que pudieran ser sospechosos por concretas circunstancias de su emisor o receptor.

Se impone el no pago en efectivo de las operaciones cuando intervengan determinados sujetos en relación a concretas cuantías máximas. Son necesarios, por consiguiente, determinados requisitos subjetivos y objetivos para la operatividad de la prohibición. Con tales exigencias se concretan los colectivos de riesgo vinculados a un umbral cuantitativo. Así se alude, por un lado, a las operaciones en que alguna de las partes intervenga en calidad de empresario o profesional, y por otro, si interviene una persona física que no tenga domicilio en España y no actúe como empresario o profesional. En el primer supuesto, se establece el límite para tales operaciones en un importe igual o superior a 2.500 euros, o su contravalor en moneda extranjera; y en el segundo, a un importe de 15.000 euros. Dicha prohibición afecta a tales sujetos y a todos aquellos con quienes se relacionen, sean o no empresarios. De los requisitos subjetivos y objetivos apuntados cabe desarrollar algunos aspectos.

a') Desde la perspectiva subjetiva la obligación se identifica por el hecho de que existiendo empresario o profesional éstos actúen como tales, o sea, que ejerzan en dichas operaciones el comercio o la actividad económica que le es propia. Así lo ratifica la expresión legal al afirmar que han de actuar “en calidad de empresario o profesional” (art. 7. Uno 1).

Mientras que la consideración de profesional acostumbra a referir a persona física<sup>108</sup> la mención a empresario incluye a las personas ju-

<sup>108</sup> Sin perjuicio de que puedan existir sociedades profesionales así se reconoce en la Ley 2/2007, de 15 de marzo, de sociedades profesionales.

rídicas, a las personas físicas y a las entidades sin personalidad que reúnan tal carácter. Ahora bien, y a tenor de la dicción legal, quedan excluidas las personas jurídicas que no sean empresarios o profesionales. Consiguientemente, las entidades no lucrativas –fundaciones y asociaciones sin ánimo de lucro– no quedan vinculadas, aunque surge la duda de qué régimen aplicar en caso de que ejerzan alguna actividad económica.

Para delimitar el carácter de empresario o profesional cabe interrogarse sobre qué legislación y criterios emplear ¿criterios tributarios o mercantiles? La solución en uno u otro caso es diversa, puede diferir incluso dependiendo de la normativa tributaria a considerar. Por ejemplo, en el arrendamiento de vivienda entre particulares a efectos del IVA se considera al arrendador como empresario, aunque mercantilmente –o a efectos del IRPF– no lo sean sus rentas. Atendiendo a la naturaleza no estrictamente tributaria de la prohibición parece adecuado decantarse por un entendimiento genérico de la dicción de empresario o profesional acorde a la normativa mercantil. Tal delimitación resulta relevante en la medida que la prohibición establece dos obligaciones, al pagador y al receptor. La otra parte negocial debe poder saber, de manera genética e intuitiva, sin matices legalistas, que interviene un empresario o profesional.

De lo señalado se deduce que quedan excluidas de la prohibición las operaciones realizadas entre particulares –cuando todos sus componentes lo sean–, personas físicas o jurídicas domiciliados en España. En caso de que intervenga una persona física que no actúe como empresario o profesional y estuviera domiciliado en el extranjero se establece el otro límite cuantitativo de 15.000 €.

b') Los requisitos objetivos aparecen integrados por dos exigencias básicas: por la cuantía a partir de la que nace la prohibición, y por el sentido que integra el término operación.

La cuantía se determina en función del colectivo de riesgo al que se inscriba; si se trata de empresario o profesionales –igual o superior a 2.500 €–; o si son personas físicas no residentes –igual o superior a 15.000 €–. Dicha problemática aparece conexas a delimitar qué se entiende por operación a efectos de que actúe el límite que señala.

El límite anterior se impone por operación, no se refiere al conjunto de operaciones realizadas entre las partes a lo largo de un año. La prohibición de efectuar pagos en efectivo refiere tanto al tráfico mercantil como al civil. Asimismo, no se vincula o relaciona con negocios o contratos determinados, sino que se objetiva con la existencia de

operaciones. Es así una prohibición que se vincula más a la existencia de una actividad económica –cualquiera que fuera su clase–, en la que median pagos, que a la naturaleza civil o mercantil de la misma o a la celebración de uno u otro negocio jurídico. También a efectos de calcular el importe de la operación se ha de considerar que se trata de “impuestos incluidos”. Respecto de lo que ha de entenderse por efectivo la ley efectúa una interpretación auténtica al remitir a la ley de prevención del blanqueo de capitales<sup>109</sup>.

De lo anterior cabe sintetizar:

En primer lugar, en relación a la prohibición general de pagos en efectivo, cabe evidenciar que el umbral establecido de 2.500 € puede resultar excesivo por cuanto muchas de las operaciones que integran la economía colaborativa resultan de escasa cuantía.

En segundo lugar, el empleo del concepto de empresario en los nuevos contextos de economía colaborativa resulta especialmente difuso por lo que su clarificación normativa podría ser de utilidad.

En tercer lugar, resultan excesivos los límites cuantitativos establecidos, en particular, cuando se trata de persona física que no tenga domicilio en España y no actúe como empresario o profesional, en tal sentido el límite es igual o superior a 15.000 €. En tal sentido las plataformas colaborativas que acostumbran a intervenir no son residentes por lo que la cuantía resulta excesiva y no asegura un adecuado control.

Del análisis efectuado, tanto de la obligación informativa de las operaciones con terceros como la de prohibición de pago en efectivo, se evidencia claras insuficiencias que pudieran llevar a considerar el establecimiento de una obligación autónoma.

## B) EN CONTRA DE SU ESTABLECIMIENTO

A este respecto cabría argüir, en primer lugar, su solapamiento respecto de otras obligaciones informativas ya existentes –las que incumben

<sup>109</sup> Afirma el párrafo 3 del art. 7 Uno: “Se entenderá por efectivo los medios de pago definidos en el artículo 34.2 de la Ley 10/2010, de 28 de abril, de prevención del blanqueo de capitales y de la financiación del terrorismo”. Señala el precepto remitido que se entenderá por medios de pago: “a) El papel moneda y la moneda metálica, nacionales o extranjeros. b) Los cheques bancarios al portador denominados en cualquier moneda. c) Cualquier otro medio físico, incluidos los electrónicos, concebido para ser utilizado como medio de pago al portador”. En definitiva, son medios de pago al portador, en los que no figura la identidad del cobrador. Resulta acorde a la finalidad de la prohibición, de correlacionar la cuantía percibida o entregada a la identidad de un sujeto.

al propio contribuyente–, aspecto que redundaría en su desproporción. En segundo lugar, sería una obligación escasamente eficaz en la medida que se pretende su exigencia a empresas sitas en otros Estados.

La insuficiencia de la obligación de suministrar datos ajenos no implica la inexistencia de otras obligaciones informativas. Se ha de tener presente la obligación del propio contribuyente a declarar los datos propios en los tributos que le resulten de aplicación: renta –IRPF, IS, IRNR– o adquisiciones y consumos –TPO e IVA– principalmente. También la obligación que pesa sobre cualquier persona a comunicar datos propios y ajenos con trascendencia tributaria cuando éste exista, ya sea mediante requerimiento administrativo, ya sea mediante suministro cuando esté obligado, sobre todo, en caso de practicar retención o ingreso a cuenta.

Es así que el establecimiento de una obligación de suministro periódico de informaciones tributarias sobre operaciones masivas, pero de escasa cuantía, podría considerarse desproporcionada, atendiendo a la existencia de obligaciones a cargo del contribuyente y la posibilidad de requerimiento individualizado. Quizás las exigencias de información se han de conjugar con los esfuerzos, tanto del legislador con una regulación más clara y estable, como de la Administración con una tarea más activa de formación e información en las obligaciones de tales operaciones, en la línea que seguidamente comentaremos. También el planteamiento de fondo sobre dicha información radica en la obtención de las empresas o plataformas sitas en el extranjero, en donde la existencia de obligaciones informativas nacionales poseen escasa eficacia. Ello pone en evidencia como el mayor número de obligaciones informativas no supone la obtención de una mayor información, y que es preciso adecuar su establecimiento a la eficacia que se obtiene. Por consiguiente, la solución no es imponer mayores obligaciones a las ya existentes que incumben a los residentes sino en cómo obtener la información de los no residentes.

#### **4. REQUERIMIENTOS INFORMATIVOS A PLATAFORMAS SITAS EN EL EXTRANJERO**

La problemática de mayor importancia sobre la información tributaria se plantea cuando precisamente la sociedad se ubica en un territorio diferente al lugar donde se presta el servicio o entrega el bien. En tal tesitura la obligación legal de carácter nacional posee escasa eficacia, de ahí que quepa plantear su viabilidad a través de la interacción

con el Estado de residencia y con la propia entidad. Si bien antes cabe sintetizar las exigencias y límites que conllevan los requerimientos informativos.

Respecto del deber de información mediante requerimiento informativo la jurisprudencia del Tribunal Supremo establece las grandes líneas de su exigencia<sup>110</sup>:

En primer lugar, los requerimientos individualizados deben referirse a datos, informes, antecedentes y justificantes con trascendencia tributaria. Como su propio nombre indica (“individualizados”), han de ser concretos y singulares, condición que se predica en primer lugar del requerido, pero también del ámbito objetivo de la información reclamada. Lo cual conlleva que: “El juego conjunto de ambas notas (individualización subjetiva y concreción objetiva) permite rechazar los requerimientos abstractos, genéricos e indiscriminados [...], pues, de otra forma, se difuminarían hasta desaparecer las líneas divisorias entre la información por captación y la información por suministro. Y la segunda exigencia, la concreción objetiva, resulta indispensable para calibrar la trascendencia tributaria de la información”.

En segundo lugar, en la delimitación de la necesidad de tal requerimiento individualizado se ha de exigir, de un lado, la trascendencia tributaria del mismo y, de otro, precisar su individualidad para aprender su necesidad.

La trascendencia tributaria constituye: “[...] un concepto jurídico indeterminado, no definido agotadoramente en el texto de la norma, pero que, al ser aplicado, sólo puede reconducirse a una única solución jurídicamente admisible [...] no entraña la atribución a la Administración de una potestad discrecional, en cuyo ejercicio disponga de un mayor o menor margen de maniobra que le permita optar entre indiferentes jurídicos, quedando, por lo tanto, su elección exenta de control jurisdiccional. Se trata, por el contrario, de una potestad esencialmente reglada, que obliga a la Administración a encontrar la correcta y única aplicación justa de la norma en atención a la naturaleza de los datos que quiere recopilar y de los sujetos a quienes se los reclama [...]”.

En la exigencia de individualización de la información se conjuga tanto su trascendencia como la proporcionalidad que supone. De ahí que:

<sup>110</sup> Sentencias del TS de 20 de octubre de 2014, rec. cas. 1414/2012 y de 23 de octubre de 2014, rec. cas. 2182/2012, reiteradas por otras muchas como la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) Sentencia de 22 enero 2015 RJ2015368.

“[...] la Inspección, cuando efectúa un requerimiento individualizado de información, debe precisar los datos que pide, para conocimiento del requerido, pero también para facilitar el eventual control jurisdiccional ex artículo 106.1 de la Constitución Española. Se trata, en fin, de eliminar todo atisbo de arbitrariedad en el ejercicio de esta intensa potestad por parte de la Administración. Sólo con aquella precisión se podrá concluir cabalmente si los datos recabados alcanzan trascendencia tributaria, noción que, como hemos apuntado en la repetida sentencia de 12 de noviembre de 2003 [FJ 4º.A)], debe entenderse como la cualidad de aquellos hechos o actos que pueden ser útiles para averiguar si ciertas personas cumplen o no con la obligación establecida en el artículo 31.1 de la Norma Suprema, cualidad que puede ser “directa” (cuando la información solicitada se refiere a hechos imponibles, es decir, a actividades, titularidades, actos o hechos a los que la ley anuda el gravamen) o “indirecta” (cuando la información se refiere a datos colaterales, que pueden servir de indicio para rastrear hechos imponibles presuntamente no declarados o, sencillamente, para guiar después la labor inspectora hacia determinadas personas)” (STS de 28 de noviembre de 2013, rec. casación 5692/11, FJ 3º).

En relación al principio de proporcionalidad<sup>111</sup> la jurisprudencia no ha entendido incluida la necesidad de que la información se haya solicitado previamente del sujeto pasivo, y sólo si resulta imposible obtener los datos pueda recurrirse al tercero. Tal exigencia no deriva de su régimen jurídico, como afirma la Sentencia del Tribunal Supremo de 11 marzo 2015 RJ2015\1122.

En tercer lugar, la existencia de concretos requisitos, además de la aplicación proporcional de la institución, pone en evidencia la necesidad de motivación<sup>112</sup>. La ausencia de motivación, unida a su generali-

<sup>111</sup> “En fin, esta Sala ha enfatizado la importancia del principio de proporcionalidad en este ámbito, conforme al que solamente han de pedirse aquellos extremos que sirvan al objeto de la norma, esto es, a la aplicación estricta de los tributos [véase la sentencia de 7 de febrero de 2014 (casación 5688/11, FJ 3º)], entendiendo esta expresión en términos generales, no reconducida a la comprobación o investigación de una determinada relación tributaria [sentencias de 19 de junio de 2009 (casación 898/03, FJ 3º) y 3 de noviembre de 2011 (casación 2117/09, FJ 3º)]. También han de quedar proscritas las injerencias arbitrarias y desproporcionadas [sentencia de 3 de diciembre de 2009 (casación 3055/04, FJ 3º)]. Pues bien, el necesario respeto del principio de proporcionalidad no sólo opera a la hora de valorar la inmisión por este cauce en la esfera protegida del honor y la intimidad personal y familiar, cautela presente en el artículo 93.5 de la Ley General Tributaria de 2003, sino que también pide que la Inspección motive adecuadamente el contenido y el alcance del requerimiento para cotejar si su actuación se ajusta a los designios del legislador”.

<sup>112</sup> Así recoge la Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso-Administrativo, Sección 2ª) de 30 abril 2015 RJ2015\1719 que “[...] el marco normativo de los

dad y falta de concreción, supone una exigencia indiscriminada y no selectiva que lo convierte en una decisión voluntarista sin la adecuada justificación. De ahí que lejos de constituir un requerimiento individualizado de información, puede suponer la definición por vía de acto singular de un deber general de información periódica u ocasional propia de la información por suministro.

Determinadas las características de los requerimientos informativos cabe plantear su exigencia en relación a la problemática concreta y atendiendo a los agentes que intervienen: el Estado donde reside la plataforma, la propia plataforma, y el Estado que efectúa tal requerimiento.

#### 4.1. DIÁLOGOS CON EL ESTADO DE RESIDENCIA

La diversa ubicación de las plataformas y de la prestación de servicios genera problemas propios de la fiscalidad internacional, no resultan aspectos intrínsecos de la economía colaborativa. En tal situación la obtención de información resulta un proceso más difícil e indirecto –a través de los Estados de residencia– por lo que se hace necesario acudir a técnicas convencionales, ya sea buscando acuerdos voluntarios de cooperación con entidades<sup>113</sup>, ya sea suscribiendo con el Estado donde tenga la residencia la plataforma convenios para facilitar la información.

En relación a este último aspecto considera FALCON y TELLA que cabría requerir al Estado de residencia dicha información sobre la base de la existencia de un convenio de doble imposición o del convenio multilateral de asistencia mutua<sup>114</sup>. En definitiva, para el caso de que la entidad opere sin establecimiento en territorio español la eficacia del requerimiento depende de suscribir convenios sobre la materia, en particular, si se prevé la cláusula del art. 26 del Modelo de Convenio de la OCDE sobre intercambio de información.

---

requerimientos individualizados de información, según ha interpretado este Tribunal Supremo desde antiguo, demandaba de la Inspección de los Tributos un mayor esfuerzo de motivación, sin que a tales efectos pueda reputarse suficiente la remisión a la resolución de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria de 17 de enero de 2007, que, al aprobar las directrices generales del Plan General de Control Tributario de 2007, prevé la realización de actuaciones de obtención de información en relación con el sector inmobiliario, porque en este punto igualmente está huérfana de motivación. [...]”.

<sup>113</sup> Ver ANTÓN ANTÓN, Á. y BILBAO ESTRADA, I.: El consumo colaborativo en la era digital: Un nuevo reto para la fiscalidad. DOC. n° 26/2016. IEF. Madrid, p. 27.

<sup>114</sup> FALCÓN y TELLA, R.: “La tributación de UBER (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)”. Quincena fiscal. núm. 13/2014, p. 15.



Respecto de la información requerida en el marco de la Directiva 2011/16, relativa a la cooperación administrativa en el ámbito de la fiscalidad se ha de tener presente que el órgano judicial del Estado requerido resulta competente para analizar su “pertinencia previsible”. En tal sentido la STJUE de 16 de mayo de 2017 en el asunto C-682/15 afirma que la autoridad requerida no sólo examina la regularidad formal de la solicitud efectuada, sino que evalúa su pertinencia previsible teniendo presente la identidad del contribuyente y las necesidades de la inspección. Con la pertinencia previsible se quiere, por un lado, evitar que los Estados miembros emprendan investigaciones aleatorias –que vayan a la “caza de la información”–, ha de existir una posibilidad razonable de que la información resulte pertinente y no ha de sobrepasar manifiestamente el marco de la investigación. Por otro lado, ha de regir el principio de confianza en la autoridad requirente, de ahí que se presuma que la solicitud de información presentada es conforme al Derecho nacional de la autoridad requirente y necesaria para su investigación. De otra forma se quebraría la cooperación rápida y eficaz que pretende la Directiva 2011/16, además de atribuir a la autoridad requerida un conocimiento fáctico y jurídico que no posee.

Ante la inexistencia de tal convenio, y en caso de incumplimientos generalizados por el Estado de residencia de la colaboración informativa, cabría emplear compulsiones intraestatales derivadas de calificar como paraíso fiscal a los Estados que no colaboran. Calificación que conlleva aplicar un régimen específico que pretende disuadir normalmente a los residentes de la contratación con empresas sitas en tales territorios.

A este respecto cabe puntualizar que los paraísos fiscales son lugares de cobijo y negociación de bienes de diversos orígenes, lícitos e ilícitos, que son tratados de forma privilegiada en relación a la regulación del entorno. Dicho privilegio no proviene solamente, como induce su designación, por razón de una menor tributación sino también, y sobre todo, por el hecho de que tales países no facilitan información a los otros Estados sobre los bienes que allí residen o desde donde actúan<sup>115</sup>. El régimen de los paraísos fiscales en el ordenamiento espa-

<sup>115</sup> Los rasgos que caracteriza a un paraíso fiscal son a decir de LÓPEZ ESPADAFOR y LOMBARDEO EXPOSITO: el bajo o nulo intercambio de información, el régimen de estanqueidad y la baja o nula presión fiscal (LÓPEZ ESPADAFOR, C. M. y LOMBARDEO EXPOSITO, L. M., “Revisión de la problemática de los paraísos fiscales y su incidencia en el blanqueo de capitales”, Revista de contabilidad y tributación, nº 323, p. 11).



ñol se basa en una definición general y en el establecimiento de tratos singulares de tal realidad en las normas tributarias. La definición o concepto normativo de paraíso fiscal se efectúa en la Disposición adicional primera de la Ley 36/2006, de 29 de noviembre, de medidas para la prevención del fraude fiscal; y el régimen específico en diversas normas impositivas, principalmente, en el Impuesto sobre la Renta de las Personas Físicas, en el Impuesto sobre la Renta de los no Residentes y en el Impuesto sobre Sociedades.

Las medidas de prevención de los paraísos pivotan en torno a tres criterios básicos. El primero, privilegiar la aplicación de la normativa nacional mediante la determinación expansiva de la residencia fiscal. El segundo, el disuadir tales ubicaciones territoriales a través de la no deducibilidad de gastos o de no gozar de las deducciones o los beneficios fiscales generalmente previstos. El tercero, el establecimiento de gravámenes vinculados a la utilización de sociedades ubicadas en paraísos fiscales; ya sea de forma directa, estableciendo una tributación adicional o complementaria, o ya sea de manera indirecta, imputando rentas de la sociedad aunque no se distribuyan beneficios.

#### 4.2. LAS PULSIONES DE LA RELACIÓN COOPERATIVA Y LA ECONOMÍA COLABORATIVA

Al margen de las anteriores orientaciones cabría plantear la exigencia de tal obligación de manera directa a la plataforma. Exigencia metajurídica que podría sustentarse en el marco de las relaciones cooperativas que pueden establecerse, así como de la propia filosofía de la economía colaborativa. Se trata de una exigibilidad difusa, en la medida que no genera compulsiones coactivas de manera directa, aunque sí eficacias indirectas que no resultan desdeñables en este ámbito.

De un lado, el desarrollo de relaciones cooperativas entre la Administración tributaria y grandes empresas permean las fronteras de los Estados y supone una nueva forma de plantear algunas relaciones, sin que por ello dejen de existir dudas sobre su eficacia o algunas de sus bondades. La relación cooperativa se articula como un modo de relación diversa y alternativa a la relación tributaria tradicional. En el esquema tradicional se posiciona la actividad administrativa en un faceta de control y a *posteriori* de la actuación previa del ciudadano, lo cual da lugar a relaciones basadas en la coerción, confrontación y desconfianza. Mientras que en la relación cooperativa el actuar administrativo se lleva a cabo en una fase previa a la presentación de las declaraciones y autoliquidaciones, se incrementa el nivel de participa-

ción del contribuyente y demás operadores, y la confianza resulta un elemento básico<sup>116</sup>. GARCÍA-HERRERA BLANCO alude a tal relación como un modo de relación alternativa a la relación tributaria tradicional basada en la obligación o coerción “En definitiva, puede decirse que esta relación se basa en un nuevo paradigma de cooperación entre las partes y supone el abandono del enfoque de confrontación que tradicionalmente ha existido en la llamada relación tributaria”<sup>117</sup>. Con la relación cooperativa se evitan confrontaciones y se considera una relación reforzada o mejorada que descansa en los principios de transparencia y confianza recíproca. Tal orientación –indica SANZ GÓMEZ– resulta una estrategia basada en una Administración centrada en el ciudadano, el fomento del cumplimiento voluntario de las obligaciones que corresponden al contribuyente, la planificación basada en riesgos fiscales y el fomento de la participación tanto creando un debate sobre las orientaciones de política tributaria como sobre la aplicación del sistema fiscal e incluso posibilitando la intervención directa de algunos contribuyentes en dicha aplicación<sup>118</sup>.

De otro lado, la nueva realidad de la economía colaborativa conlleva que la empresa que actúa en tal ámbito ha de poseer una actitud especialmente proclive al cumplimiento normativo, en consonancia al tratamiento singular que algunas de sus manifestaciones pueda merecer por su aporte social. Es así que los agentes que actúan en tal contexto han de tener una actitud de cooperación y colaboración con la actividad tributaria de los Estados. Señala el Comité Económico y Social Europeo que una condición previa importante de la economía colaborativa es la gestión de la reputación y la confianza. Por este motivo, tanto una como otra deben gestionarse de forma precisa e independiente (por ejemplo, reglamentación, certificación, arbitraje de

<sup>116</sup> ROZAS VALDÉS habla de que “la relación cooperativa, como paradigma de modelo relacional tributario, rompería este esquema para plantear la relación en términos de colaboración. A ambas partes, contribuyente y Administración, lo que les interesa es lograr un cumplimiento razonable de la normativa tributaria con el menor coste posible para ambos. Desde el momento en que los dos compartirían intereses convergentes, el objetivo sería trabajar juntos –co-operare– con tal fin”. (ROZAS VALDÉS, J. A.: Los sistemas de relaciones cooperativas: una perspectiva de derecho comparado desde el sistema tributario español. Documento n° 6. Instituto de Estudios Fiscales. Madrid. 2016, p. 29 ver también el análisis de tales modelos en pp. 32 y 33).

<sup>117</sup> GARCÍA-HERRERA BLANCO, C.: “Buen gobierno fiscal y cumplimiento cooperativo con las grandes compañías”. Quincena Fiscal n°. 1. 2017, p. 11 [consulta a través del servicio westlaw 10 de enero de 2017].

<sup>118</sup> SANZ GÓMEZ, R.: “Cumplimiento cooperativo: Um diálogo”. Revista Argumentum n°. 16. 2015, p. 418-419.

terceros)<sup>119</sup>. Se trata de una realidad en donde la confianza, reputación y buena fe de las empresas está presente, no sólo para el cumplimiento de las obligaciones legales, sino que ha de existir una actitud o dinámica que facilita el mismo y que la Comisión de la Unión Europea califica de “proactiva” en la cooperación con las autoridades fiscales<sup>120</sup>.

Ahora bien tal dinámica no supone la existencia de una transacción entre la empresa y la Administración en relación al cumplimiento de las obligaciones tributarias. De ahí que discrepemos de la Comisión cuando da a entender la posibilidad de un intercambio mutuo de información entre los Estados y las empresas. Así habla de que “[...] un intercambio eficaz de información entre plataformas, autoridades y prestadores de servicios puede ayudar a reducir costes. La creación de ventanillas únicas y el desarrollo de mecanismos de intercambio de información en línea pueden crear también nuevas posibilidades de colaboración y seguimiento del cumplimiento”. Con carácter general, y de acuerdo a la legislación española, no cabe intercambio de información tributaria con empresas, pues los datos obtenidos por la Administración tributaria tienen carácter reservado –art. 95 de la LGT– y la aplicación de los tributos es una tarea reglada –art. 6 de la LGT– donde el pacto esta ausente.

En la misma línea la reputación y seguridad de las transacciones son pilares básicos para el negocio llevado a cabo por la plataforma colaborativa. La falta de transparencia o las dudas y recelos en el cumplimiento de sus relaciones tributarias –en particular, las informativas– socava su reputación. De ahí que la opacidad o renuencia al cumplimiento puntual de sus obligaciones, además de resultar difícilmente compaginable con la economía colaborativa, podría ubicar a tales entidades como objeto específico de los Planes de Inspección, aspecto que originaría zozobra e inquietud en sus potenciales clientes y una merma reputacional.

En aras de distinguir y reforzar la reputación de aquellos que colaboren informativamente en concretos supuestos en los cuales no fuera

<sup>119</sup> Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI. (2014/C 177/01). Ponente: Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER, p. 6.

<sup>120</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 16. El dictamen del Comité Económico y Social Europeo habla de “ecosistema institucional colaborativo”. (Dictamen del Comité Económico y Social Europeo. Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI. (2014/C 177/01). Ponente: Bernardo HERNÁNDEZ BATALLER, p. 6).

fácilmente exigible –por ubicar se las plataformas en el extranjero– podría platearse crear una mención o calificación administrativa. Con ello se reforzaría tanto la reputación de la entidad cumplidora y colaboradora como se favorecerían los intereses tributarios del Estado.

Progresando en el grado de injerencia de las anteriores medidas cabría plantear dos supuestos, uno estableciendo un supuesto de representación vinculado al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes, y el otro creando una obligación de relación con la Administración tributaria mediante medios electrónicos. Son medidas que no empecen las anteriores iniciativas y ponen de relieve la filosofía proactiva que se pretende de tales plataformas.

A fin de facilitar la gestión tributaria cabría plantear la posibilidad de crear un supuesto de representación específico de acuerdo al Impuesto sobre la Renta de los no Residentes en la medida que las plataformas evidencien derechos que han de cumplirse o ejercitarse en territorio español<sup>121</sup>. La difícil concreción de tal mención, sobre el derecho que ha de cumplirse o ejercitarse en territorio español, quizás aconsejaría una medida más ágil, de menor injerencia, y más propia de contextos informáticos en los que se mueve dichas plataformas. Se trata de establecer la obligación de relación con la Administración tributaria mediante medios electrónicos previo la suscripción de acuerdo o la expresión de la voluntad al respecto. Con ello se evidenciaría la voluntad de transparencia de las entidades y supondría un canal de información para la Administración tributaria y para las entidades, en la medida que éstas podrían informar a sus clientes de las obligaciones tributarias existentes.

A este respecto hay que tener presente la amplia posibilidad que se prevé en la Ley 39/2015 para establecer la obligación de relación con

<sup>121</sup> En la actualidad existe obligación de nombrar representante en cuatro casos: a) cuando se disponga de un establecimiento permanente en España, b) cuando para determinar la base imponible sujeta a tributación en España puedan deducirse determinados gastos, c) cuando una entidad en régimen de atribución de rentas constituida en el extranjero realice una actividad económica en territorio español, y toda o parte de la misma se desarrolle, de forma continuada o habitual, mediante instalaciones o lugares de trabajo de cualquier índole, o actúe en él a través de un agente autorizado para contratar, en nombre y por cuenta de la entidad, d) cuando así se requiera por la Administración Tributaria y e) cuando se trate de residentes en países o territorios con los que no exista un efectivo intercambio de información tributaria, que sean titulares de bienes situados o de derechos que se cumplan o se ejerciten en territorio español, excluidos los valores negociados en mercados secundarios oficiales. Ver Real Decreto Legislativo 5/2004, de 5 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Impuesto sobre la Renta de no Residentes.

la Administración por medios electrónicos<sup>122</sup>. Ahora bien en el ámbito tributario y dentro de las entidades obligadas del art. 4 Real Decreto 1363/2010, de 29 de octubre, por el que se regulan supuestos de notificaciones y comunicaciones administrativas obligatorias por medios electrónicos en el ámbito de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, cabría establecer la posibilidad de que tales plataformas se adscribieran a tal régimen de comunicación. A tal efecto podría incluirse en tal norma reglamentaria la mención al acuerdo u opción expresamente manifestado para entidades sin residencia en territorio español, pero que median en operaciones que se desarrollan en el mismo.

#### 4.3. OBLIGACIÓN REGULATIVA E INFORMATIVA DE LOS ESTADOS

En el otro fiel de la balanza los Estados han de establecer tratamientos tributarios equitativos en relación a las actividades y operaciones que integran la economía colaborativa. Teniendo en cuenta la proporción de las cargas y los costes indirectos que supone el cumplimiento de obligaciones de información, especialmente cuando se trata de entidades ubicados en otros Estados.

La Comisión de la Unión Europea demanda a los Estados una tarea de información, tanto simplificando y clarificando la regulación normativa como a la hora de facilitar orientaciones respecto de su aplicación a tales plataformas. En tal línea la Comisión “[...] invita a los Estados miembros a evaluar su normativa fiscal para crear condiciones de competencia equitativas para las empresas que prestan los mismos servicios. Los Estados miembros deben proseguir también sus esfuerzos de simplificación, aumentando la transparencia y publicando orientaciones en línea sobre la aplicación de la normativa fiscal a los modelos de empresa colaborativa[...]”<sup>123</sup>. Avanzar en tareas de regulaciones equitativas, y particularmente, respetuosas con la seguridad jurídica resulta una actividad preventiva básica de los futuros incumplimientos. Especial relevancia adquiere en tal contexto la específica tarea, también

<sup>122</sup> Como ejemplo el art. 14 de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas prevé la posibilidad de que se establezca la obligación de relacionarse con las Administraciones a través de medios electrónicos incluso a las personas físicas, para determinados procedimientos y para ciertos colectivos de personas físicas que por razón de su capacidad económica, técnica, dedicación profesional u otros motivos quede acreditado que tienen acceso y disponibilidad de los medios electrónicos necesarios.

<sup>123</sup> Bruselas, 2.6.2016 COM(2016) 356 final 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, p. 16-17.

proactiva de los poderes públicos, que supone el establecimiento de avisos e informaciones para supuestos dudosos o que puede generar incertidumbre. Sin duda la claridad y seguridad normativa posee una relación directa con la necesidad más o menos frecuente y abundante de tales informaciones. Así, a mayor claridad y estabilidad en la regulación menor será la necesidad de reiterar contenido informativo por la Administración.

Tales aspectos aparecen presentes de manera genérica dentro de los principios de buena regulación que se consagran en nuestro ordenamiento, y que en el ámbito tributario presentan graves deficiencias de aplicación. A este respecto téngase presente que la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas pretende una planificación de la actividad normativa, tanto en su previsión *ex ante* como para su evaluación *ex post*<sup>124</sup>. En el art. 129 de la Ley 39/2015 se prevén los principios de buena regulación que conminan –a tenor de su dicción imperativa– a que, en el ejercicio de la iniciativa legislativa y la potestad reglamentaria, se actúe de acuerdo con los principios de necesidad, eficacia, proporcionalidad, seguridad jurídica, transparencia, y eficiencia. Dentro de los mismos destaca el principio de seguridad jurídica en virtud del cual la iniciativa normativa se ejercerá de manera coherente con el resto del ordenamiento jurídico, nacional y de la Unión Europea, para generar un marco normativo estable, predecible, integrado, claro y de certidumbre, que facilite su conocimiento y comprensión y, en consecuencia, la actuación y toma de decisiones de las personas y empresas.

En el plano de la aplicación normativa se impone a la Administración tributaria la obligación jurídica de información y asistencia tributaria de acuerdo a lo afirmado en el art. 85 de la LGT. Ahora bien tales obligaciones de información de la Administración resultan ciertamente difusas, no tan sólo en algunos aspectos de su formulación sino sobre todo por la ausencia de una consecuencia clara en caso de su incumplimiento. En dicha tarea informativa destaca el papel de los avisos y

<sup>124</sup> En su Exposición de Motivos se afirma que en aras a una mayor seguridad jurídica, y la predictibilidad del ordenamiento, se apuesta por mejorar la planificación normativa *ex ante*. Para ello, todas las Administraciones divulgarán un Plan Anual Normativo en el que se recogerán todas las propuestas con rango de ley o de reglamento que vayan a ser elevadas para su aprobación el año siguiente. Al mismo tiempo, se fortalece la evaluación *ex post*, puesto que junto con el deber de revisar de forma continua la adaptación de la normativa a los principios de buena regulación, se impone la obligación de evaluar periódicamente la aplicación de las normas en vigor, con el objeto de comprobar si han cumplido los objetivos perseguidos y si el coste y cargas derivados de ellas estaba justificado y adecuadamente valorado.

admoniciones efectuados en relación a operaciones dudosas, en particular, aquellas que integran el comercio electrónico. A este respecto dentro del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2017 se contiene una referencia que “[...] se difundirá información específica en la página web de la Agencia Tributaria para informar sobre las obligaciones de quienes realicen operaciones de comercio electrónico, tratando sobre las cuestiones que más dudas suscitan, para asegurar que los distintos agentes implicados en este negocio que no tengan una voluntad defraudatoria cumplen adecuadamente con sus obligaciones tributarias”.

Los avisos o informaciones devienen instrumento informativo a la ciudadanía que evita el desconocimiento o falta de consciencia en la obligación existente<sup>125</sup>. En ningún caso puede suponer admonición o apercibimiento de sanción. A este respecto resulta de interés diferenciar entre lo que supone una información y asesoramiento de lo que conlleva admonición o amonestación.

El diccionario de la Real Academia define admonición como amonestación, siendo ésta una reprensión ante una falta cometida. La amonestación se prevé en diversos ordenamientos administrativos como una sanción disciplinaria leve cuyo fin es de evitar que se repita un comportamiento no deseado, v.gr. art. 81 del Real Decreto 658/2001, de 22 de junio, por el que se aprueba el Estatuto General de la Abogacía Española. También a este particular vale la pena tener presente la mención del art. 7 de la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero, reguladora de la responsabilidad penal de los menores en su apartado m) que alude a “Amonestación. Esta medida consiste en la reprensión de la persona llevada a cabo por el Juez de Menores y dirigida a hacerle

<sup>125</sup> “La Agencia Tributaria avisó durante el pasado ejercicio a un total de 21.500 contribuyentes de que tiene constancia de que han alquilado un inmueble, y que su deber es incluir el dinero que hayan recibido por este concepto en su declaración. [...] afirmaron desde la Agencia Tributaria. “Hemos desarrollado herramientas informáticas para la investigación por internet y mes a mes realizamos perfiles de riesgo de posibles contribuyentes que no declaran las ganancias por otros inmuebles”, añadieron.[...] “En la medida que lo consideremos oportuno, por supuesto que vigilaremos servicios por los que se comparte coche o se ofrece servicios de chófer”, esto es, que no sólo se controlarán a los que se benefician a través de Airbnb, sino que Hacienda también está vigilando otras plataformas como Uber o Cabify.” (El Mundo 8/03/2017: “Hacienda advierte a 21.500 usuarios de plataformas como Airbnb de que deben declarar todos sus ingresos”). También en el ABC 19/05/2017 bajo su título “Aluvión de cartas de Hacienda a inquilinos por deducirse el alquiler” indica que el envío de cartas a contribuyentes de los que se sospecha que lo hacen de forma irregular. A este respecto la técnica de aviso no es novedosa, anteriormente ya se había realizado respecto de pensiones percibidas del exterior para que fueran incluidas en la declaración.



comprender la gravedad de los hechos cometidos y las consecuencias que los mismos han tenido o podrían haber tenido, instándole a no volver a cometer tales hechos en el futuro”. Como puede apreciarse se trata de una sanción cuya finalidad es evitar que se cometa otra acción más grave, o se reitere el comportamiento ilícito realizado. En tanto que sanción, precisa de la legalidad y tipicidad de su establecimiento, y de la existencia de un procedimiento sancionador que determine la culpabilidad existente. Es así que no pueden existir admoniciones si no están establecidas legalmente como tales y no resultan determinadas en procedimientos punitivos. Pues la admonición es sanción.

La advertencia posee un contenido informativo y no conlleva un juicio desaprobatorio del comportamiento del sujeto. Posee una función preventiva del incumplimiento, pero no evidencia la realización de una conducta lesiva. La advertencia, ni constata incumplimiento ni puede conllevar la emisión de un juicio de valor desaprobatorio de la conducta del sujeto. Es así que la información que procura la advertencia no puede devenir evidencia del comportamiento punible que supone una admonición.



# NUEVOS MODELOS DE COOPERATIVAS DE TRABAJADORES AUTÓNOMOS: UN ANÁLISIS DE LAS COOPERATIVAS DE IMPULSO EMPRESARIAL Y LAS COOPERATIVAS DE FACTURACIÓN<sup>126</sup>

*Macarena Hernández Bejarano*

*Profesora Contratada Doctora.*

*Universidad de Sevilla.*

## 1. EL EMPRENDIMIENTO COMO MOTOR DE GENERACIÓN DE EMPLEO

En los últimos años los avances tecnológicos, la evolución demográfica y los efectos de la crisis económica han transformado el mercado único europeo. Surgen nuevas iniciativas económicas (economía circular<sup>127</sup>, economía colaborativa, economía digital y economía social) e irrumpen con fuerza nuevos modelos de negocio, como los ciberemprendedores o emprendedores digitales<sup>128</sup> y los intermediarios digitales (plataformas en línea) que favorecen la producción descentralizada y alteran la organización tradicional del trabajo.

La fisonomía del mercado de trabajo evoluciona hacia a una mayor individualización, autonomía y flexibilidad en las relaciones de trabajo en las que empresas de reducida dimensión (pequeñas empresas y microempresas) son predominantes<sup>129</sup>.

---

<sup>126</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>127</sup> La economía circular es un concepto económico que se relaciona con la sostenibilidad y preservación de los recursos, materiales y productos para que éstos se mantengan el mayor tiempo posible en la economía reduciendo la generación de residuos. Vid. al respecto el paquete de medidas en relación con la economía circular dispuesto por la Comisión Europea en la Comunicación de 2-12-2015 “Cerrar el círculo: un plan de acción de la UE para la economía circular” COM (2015) 614, final.

<sup>128</sup> Los emprendedores digitales se identifican con aquellas personas que tienen en la red su sede comercial –comercio electrónico–, a través de la cual ofrecen nuevos servicios o productos.

<sup>129</sup> Según los datos extraídos de la Resolución del Parlamento europeo de 15-6-2017 una Agenda para la economía colaborativa [2017/2003 (INI)] las PYMES son el motor principal de la economía europea y representan el 99,8% del total de empresas del sector no financiero.

El nuevo panorama económico y social resultante recibe el apoyo institucional y financiero de la UE que vislumbra los cambios citados como una nueva oportunidad para el crecimiento económico sostenible, la generación de empleo y la reducción de la pobreza y exclusión social<sup>130</sup>. Lo dicho favorece el tránsito hacia una economía basada en la innovación social, objetivo necesario para la consecución de la Estrategia 2027.

Pero el cumplimiento de tal logro requiere que se fomente el espíritu empresarial, en especial, la creación de PYME, microempresas, empresas familiares, empresas de economía social, de todo tipo de empresas emergentes y, por supuesto, del trabajo autónomo<sup>131</sup>. Para la consecución de dicho objetivo la UE estimula a los Estados miembros con apoyos económicos vía FSE y microcréditos, como los del Programa Progres<sup>132</sup>.

Pero la UE también advierte de los efectos negativos de los modelos empresariales innovadores, que pueden deteriorar las relaciones laborales, fundamentalmente, en lo que respecta al empleo (un ejemplo de ello sería el recurso de fórmulas contractuales que precarizan las condiciones laborales de los asalariados como los contratos “de cero horas” y “según demanda”) y a la conservación de los derechos y las garantías de protección social de los trabajadores generando desigualdades sociales o limitando el acceso a los regímenes de seguridad social, lo que, a la postre, incidiría en una merma de los ingresos de los sistemas de bienestar social de los Estados miembros (sostenidos por cotizaciones sociales –de trabajadores y empresarios– e impuestos) afectando a su eficacia y, en definitiva, al modelo social europeo<sup>133</sup>.

La UE también considera que la mejora de las condiciones de vida y trabajo ha de venir de la mano, por un lado, de mercados de trabajo

<sup>130</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 25-5-2016 “La innovación como motor de nuevos modelos empresariales” (2016/C 303/04) DOUE 19-8-2015.

<sup>131</sup> La innovación social tiene en cuenta la perspectiva técnica, medioambiental y social y centra su atención en las vidas y el bienestar de las personas.

Vid. la Comunicación de la Comisión Europea de 28-10-2015 “Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas” COM (2015) 550 final.

<sup>132</sup> Según los datos incorporados en la Comunicación de la Comisión Europea de 16-12-2010 “La Plataforma Europea contra la Pobreza y la Exclusión Social: un marco europeo para la cohesión social y territorial” COM(2010) 758 final, p. 6, el fondo europeo de microfinanciación Progres tiene como finalidad otorgar entre 2010 y 2020 microcréditos por importe de unos 500 millones de euros.

<sup>133</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre “Los efectos de la digitalización sobre el sector de los servicios y el empleo en el marco de las transformaciones industriales” de 15-1-2016 (2016/C 013/24), pp. 1 y 7.

más dinámicos e inclusivos que favorezcan la creación de puestos de trabajo tengan en cuenta las nuevas formas de trabajo surgidas de la economía digital y faciliten las transiciones positivas; y, de otro, de unos sistemas de protección social financieramente sostenibles que permitan garantizar niveles mínimos de protección a todos los trabajadores, incluidos los autónomos<sup>134</sup>. En esa línea, se sitúa el esbozo del Pilar Europeo de Derechos Sociales al abordar –entre otras cuestiones-, la necesidad de aumentar la participación en el mercado de trabajo y de desarrollar unos niveles mínimos adecuados de protección social a todos los trabajadores –incluidos los autónomos–<sup>135</sup>.

No obstante, existe un importante colectivo de trabajadores autónomos o freelance en una situación de vulnerabilidad preocupante que no reciben el necesario apoyo institucional para el adecuado desarrollo de su actividad económica<sup>136</sup>. Esta situación de infraprotección proyecta una perspectiva poco atractiva del trabajo en régimen de autonomía para el grueso de la población que muestra sus reticencias al emprendimiento como alternativa al desempleo<sup>137</sup>. Una opción, la del

<sup>134</sup> Vid. Dictamen del Comité Económico y Social Europeo “La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral” 2016/C303/07 publicado en el DOUE 19-8-2016. En semejante sentido, la Resolución del Parlamento Europeo de 15-6-2017 sobre una agenda Europea para la economía colaborativa “subraya la necesidad de que, por una parte, el mercado laboral sea flexible y, por otra, de que los trabajadores gocen de seguridad económica y social, conforme a las costumbres y tradiciones de los Estados miembros”.

<sup>135</sup> Vid. Anexo al Primer esbozo preliminar de un pilar europeo de derechos sociales que acompaña a la Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones “Apertura de una consulta sobre un pilar europeo de derechos sociales” COM (2016)127 final de 8-3-2016.

<sup>136</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “La opción por el trabajo autónomo: una alternativa frente al desempleo protegida de forma adecuada”, en la obra colectiva “Trabajadores pobres y pobreza en el Trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales”, Directs. F.C. Calvo Gallego y M.R. Gómez-Álvarez Díaz, Edit. Laborum, Murcia 2017, p. 369 y 378.

<sup>137</sup> Vid. Eurobarómetro Especial “L’emploi et la politique sociale” n° 377, enero 2012, Vague EB 76.2, p. 98 y publicado en la web. [http://ec.europa.eu/public\\_opinion/archives/ebs/ebs\\_377\\_fr.pdf](http://ec.europa.eu/public_opinion/archives/ebs/ebs_377_fr.pdf). Aunque dichos datos varían según los Estados. Así, por ejemplo, supera el 25% los ciudadanos que se inclinan por emprender una actividad por cuenta propia en el Reino Unido (32%), Letonia (31%) o Italia (30%). En cambio, en otros Estados el porcentaje resulta inferior a la media. Es el caso de Malta (10%), Bulgaria (11%) e Irlanda (12%). Esta falta de espíritu emprendedor no es un fenómeno reciente, sino una tendencia que ya se venía observando en los datos del Eurobarómetro Flash correspondientes a los años 2002, 2004 y 2007, pero que la crisis económica ha acentuado. Vid. “L’Esprit d’Enterprise” Flash Eurobarómetro n° 134 EOS Gallup, Europe, Comisión Europea (noviembre 2002), pp. 4 a 7; “Entrepreneurship” Flash Eurobarómetro n° 160 (abril 2004), pp. 4-6; “Entrepreneurship survey of the EU (25 Member States), Unites States, Iceland and Norway, n° 192 (enero 2007), pp. 6 y 7.

trabajo autónomo que, en muchos casos, se convierte en una salida forzosa a la que se recurre para obtener una fuente de ingresos que aporte recursos económicos al núcleo familiar –lo que se denomina un autoempleo por necesidad más que por oportunidad–<sup>138</sup>.

Como paliativo a estos desequilibrios que existen en el mercado de trabajo y en los servicios de interés social las entidades de la economía social, que tradicionalmente han resultado útiles al empleo por sus valores, principios y características, adquieren un renovado protagonismo en el ámbito del empleo autónomo en respuesta a las nuevas necesidades sociales surgidas del contexto actual.

El trabajo que se presenta analiza dos modelos cooperativos que surgen en apoyo del trabajo autónomo y el emprendimiento. En concreto, las cooperativas de impulso empresarial y las cooperativas de facturación. El desconocimiento existente en cuanto a la naturaleza y funcionamiento interno de cada una de ellas genera confusión entre ambas llegándose a la equiparación de ambos formatos societarios –porque en ambos se permite al profesional autónomo cotizar al Régimen General por los días u horas en los que se presta el servicio–<sup>139</sup>. Nuestro estudio analiza la estructura de cada una de estas entidades, así como los aspectos más relevantes de su funcionamiento para aclarar no solo las diferencias que existen entre ambos formatos societarios sino, además, comprobar en qué medida cada una de ellas sirven de amparo al trabajador autónomo.

## **2. EL APOYO AL EMPRENDIMIENTO Y AL TRABAJO AUTÓNOMO EN EL ÁMBITO DE LA ECONOMÍA SOCIAL: EL PAPEL DE LAS COOPERATIVAS COMO FÓRMULA DE EMPRENDIMIENTO SOCIAL**

El análisis del emprendimiento y del trabajo autónomo no puede obviar su conexión con la economía social, un fenómeno que en las últimas décadas ha tenido una enorme expansión en múltiples países (tanto países desarrollados como en vías de desarrollo) por su potencial

<sup>138</sup> HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “La opción por el trabajo autónomo: ¿una alternativa frente al desempleo protegida de forma adecuada”, en la obra colectiva “Trabajadores pobres y pobreza en el Trabajo. Concepto y evolución de la pobreza en la ocupación: el impacto de las últimas reformas legales”, Directs. F.C. Calvo Gallego y M.R. Gómez-Álvarez Díaz, op.cit, p. 378.

<sup>139</sup> Vid. la equiparación de ambos tipos de cooperativas en algunos medios de comunicación como, por ejemplo, la noticia publicada el 3-8-2015 en el diario cinco días y recuperada el 25-5-2017 en el sitio web [http://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/07/31/economia/1438368433\\_182975.html](http://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/07/31/economia/1438368433_182975.html). Vid. también el sitio web <https://www.aressocialmediagroup.es/single-post/Cooperativas-para-facturar-sin-ser-aut%C3%B3nomo>

para detectar y satisfacer necesidades colectivas y resolver problemas sustantivos de las economías, a través de sus distintas manifestaciones sociales (cooperativas, mutualidades, asociaciones y fundaciones), o dicho en otros términos, para la consecución del denominado “progreso con cohesión social”<sup>140</sup>.

Las investigaciones y los estudios realizados sobre el particular reflejan los efectos positivos de este fenómeno, que no solo se traduce en mejoras en el sistema económico (al regular los desequilibrios económicos como el paro, la inestabilidad del empleo y la inempleabilidad y exclusión social), sino también en mejoras de carácter social (al proporcionar servicios directamente relacionados a las necesidades de la sociedad como: la atención a personas mayores, servicios educativos, el cuidado de la infancia o de personas discapacitadas etc.)<sup>141</sup>. Además, contribuye a la consecución de objetivos de interés general como son: el empleo, la cohesión social, la generación de tejido social y económico, el desarrollo local y el desarrollo de la democracia y la innovación social<sup>142</sup>.

Pero la economía social no es un fenómeno de reciente aparición. Sus antecedentes se remontan a las tradicionales fórmulas asociativas y de ayuda mutua que se forjaron durante el último cuarto del siglo XVIII y que se desarrollaron durante todo el siglo XIX. Lo que sucede es que en los últimos decenios resurge con un sentido renovado, es decir, como una forma de emprender distinta de la empresa pública y de la empresa privada bajo fórmulas societarias o asociativas privadas, libres y democráticas con una particular organización del trabajo y del capital para el cumplimiento de sus fines<sup>143</sup>.

En la actualidad, por economía social se entiende que es *«el conjunto de entidades no pertenecientes al sector público que con funcionamiento y gestión democráticos e igualdad de derechos y deberes de los socios, practican un régimen especial de propiedad y distribución de las ganan-*

<sup>140</sup> Vid. CHAVES ÁVILA, R.: “El análisis de la economía social en las políticas públicas. Visión de conjunto” capítulo I de la obra colectiva “La economía Social en las políticas públicas en España”, Proyecto de Investigación realizado por el Instituto Universitario en Economía Social, Cooperativismo y Emprendimiento y financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación, publicado por CIRIEC España, octubre 2007, p. 4.

<sup>141</sup> Vid. HERRERO-BLASCO, A.: “La Economía Social: su función económica y las políticas públicas de fomento”, Revista de Pensament I Anàlisi, nº 15, año 2014, pp. 82-83.

<sup>142</sup> Vid. CHAVES ÁVILA, R.: “El análisis de la economía social en las políticas públicas. Visión de conjunto” op.cit., p. 5.

<sup>143</sup> Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo”, Edit. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, p. 25.

*cias, empleando los excedentes del ejercicio para el crecimiento de la entidad y mejora de los servicios a la comunidad».* Dicho fenómeno se caracteriza por una serie de principios, que se recogen en la Carta de Principios de la Economía Social (20-6-2002) –promovida por la Conferencia Europea Permanente de Cooperativas, Mutualidades, Asociaciones y Fundaciones (CEP-CMAF)<sup>144</sup>-. Son los siguientes:

- Primacía de la persona y del objeto social sobre el capital.
- Adhesión voluntaria y abierta.
- Control democrático por sus miembros (excepto para las fundaciones, que no tienen socios).
- Conjunción de los intereses de los miembros usuarios y del interés general.
- Defensa y aplicación de los principios de solidaridad y responsabilidad.
- Autonomía de gestión e independencia respecto de los poderes públicos.
- Destino de la mayoría de los excedentes a la consecución de objetivos a favor del desarrollo sostenible.
- El interés de los servicios a los miembros y el interés general<sup>145</sup>.

A nivel de la UE, los Estados miembros han expresado su compromiso y apoyo con este sector que cuenta con dos millones de empresas en Europa y que dan empleo a más de 14,5 millones de personas, es decir, el equivalente al 6,5% del total de trabajadores en la UE-27 y el 7,4% en la UE-15<sup>146</sup>. Y, a tales efectos, se vienen desarrollando distin-

<sup>144</sup> En 2008 la denominación de esta organización fue sustituida por la de “Social Economy Europe”. En ella participan distintas organizaciones internacionales y europeas de la economía social, entre ellas la Confederación Empresarial Española de la Economía Social (CEPES). Vid. FAJARDO GARCÍA, G.: “El concepto legal de economía social y la empresa social”, GEZKI, Instituto de Derecho Cooperativo y Economía Social, Universidad del País Vasco, nº 8, año 2012, p. 68.

<sup>145</sup> Vid. CHAVES ÁVILA, R.: “El análisis de la economía social en las políticas públicas. Visión de conjunto”, op.cit., p. 4; Vid. también “La economía social en la Unión Europea” Informe elaborado por CHAVES ÁVILA, R. y MONZÓN CAMPOS, J.L., expertos del Centro Internacional de Investigación e Información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC) para el Comité Económico y Social Europeo (nº CESE/COMM/05/2005) el Centro Internacional de Investigación e información sobre la Economía Pública, Social y Cooperativa (CIRIEC) y publicado en el sitio web [http://www.ces.uc.pt/proyectos/pis/wp-content/uploads/2013/09/ND\\_Economia-Social-na-Europa\\_CIRIEC.pdf](http://www.ces.uc.pt/proyectos/pis/wp-content/uploads/2013/09/ND_Economia-Social-na-Europa_CIRIEC.pdf), pp. 11 y ss.

<sup>146</sup> Datos obtenidos del Informe GECES “El futuro de la economía social y de las empresas que operan en este sector: una llamada a la acción del GECES”, octubre 2016.

tas actuaciones en este ámbito<sup>147</sup>. Baste citar la Declaración de Madrid de 23-5-2017 “*La Economía Social, un modelo empresarial para el futuro de la Unión Europea*” en la que 11 Estados miembros (España, Luxemburgo, Portugal, Grecia, Italia, Rumanía, Eslovenia, Malta, Bulgaria, Chipre y Suecia) no solo han reafirmado su apoyo a los compromisos suscritos en fechas anteriores, sino que, además, han incidido en la necesidad de promover y favorecer a las empresas de la economía social en el mercado único mediante “*programas, proyectos y fondos y en el desarrollo innovador y sostenible de un ecosistema financiero adecuado*”.

Recientemente, la Resolución del Parlamento Europeo de 15-6-2017 constata la tendencia que existe por parte de los emprendedores europeos por crear plataformas colaborativas con fines sociales así como el creciente interés por la economía colaborativa basada en los modelos de sociedades cooperativas<sup>148</sup>.

En España, al igual que sucede en el resto de países de la UE, la atención por la economía social y por los entes que la integran (cooperativas, mutualidades, fundaciones, asociaciones que lleven a cabo actividad económica, sociedades laborales, empresas de inserción, centros especiales de empleo, cofradías de pescadores, sociedades agrarias de transformación, entidades singulares que se rijan por los principios orientadores de la economía social y cualquier otra entidad que realice una actividad económica y empresarial conforme a los citados principios y que forme parte del catálogo de entidades de economía social establecido por el Ministerio de Empleo y Seguridad Social) ha ido en aumento, en particular, desde la aprobación de la L.5/2011, de 29 de marzo de economía social (BOE 30-3-2011)<sup>149</sup>. Proyecta una fuerte expansión a nivel

<sup>147</sup> Cítese a título de ejemplo, la Estrategia de Roma “Liberar el potencial de la economía social para el crecimiento de la UE” (18-11-2014); las Conclusiones del Consejo de la UE “La promoción de la economía social como motor clave del desarrollo económico y social en Europa” (7-12-2015); la Declaración de Luxemburgo “Una hoja de ruta hacia un ecosistema más amplio para las empresas de la economía social” (4-12-2015) firmado por Luxemburgo, Francia, Italia, Eslovenia, Eslovaquia y España; la Declaración de Bratislava “La economía social como actor clave en la provisión de respuestas efectivas a los desafíos sociales actuales en la UE y el mundo” (1-12-2016) firmado por Luxemburgo, Francia, Italia, Eslovenia, Eslovaquia, España Chipre, Rumanía, República Checa y Grecia; o la Declaración de Liubliana (25-4-2017) documentos citados en la Declaración de Madrid de 23-5-2017.

<sup>148</sup> Vid. Resolución del Parlamento Europeo de 15-6-2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003(INI)).

<sup>149</sup> Atendiendo al art. 2 de la L. 5/2011, de 29 de marzo (BOE 30-3-2011): “*Se denomina economía social al conjunto de las actividades económicas y empresariales, que en el*



territorial favorecida, no solo por su reconocimiento en los Estatutos de Autonomía de algunas CC.AA. –a partir de las reformas estatutarias emprendidas a partir del año 2006 (es el caso, por ejemplo, de Castilla y León, Valencia, Cataluña o Andalucía)<sup>150</sup>–, sino también por el interés creciente de las instituciones públicas autonómicas, las cuales vienen fomentando actuaciones orientadas al desarrollo del emprendimiento, en particular, del emprendimiento social y cooperativo<sup>151</sup>.

Especialmente significativas son las fórmulas cooperativas, apoyadas por el legislador en cumplimiento del mandato constitucional (art. 129.2) que ordena a los poderes públicos el fomento de las sociedades cooperativas mediante una legislación adecuada, esto es, adaptada a las exigencias de un Estado de Autonomía y a la competencia exclusiva de las CC.AA. en esta materia. De ello resulta un régimen jurídico cooperativo plural en el que coexiste una regulación general, de ámbito nacional –la L. 27/1999, de 16 de julio de cooperativas (BOE 17-7-1999), de aplicación a aquellas cooperativas que desarrollen su actividad en el territorio de varias CC.AA. o en Ceuta y Melilla– y una regulación autonómica para cada Comunidad Autónoma.

La promoción de las empresas cooperativas también se observa en una gran variedad de medidas de origen estatal y autonómico (fomento, formación, información, ayudas de carácter financiero, subvenciones, bonificaciones a la Seguridad Social, etc.)<sup>152</sup>.

*ámbito privado llevan a cabo aquellas entidades que, de conformidad con los principios recogidos en el artículo 4, persiguen bien el interés colectivo de sus integrantes, bien el interés general económico o social, o ambos”.*

<sup>150</sup> Vid. FAJARDO GARCÍA, G.: “El fomento de la economía social en la legislación española” trabajo que forma parte del proyecto de investigación I+D DER 2009-14462-C02-02 “La economía social en las políticas públicas. Perspectiva de política económica”, recuperado 5-6-2017 de la web <https://pendientedemigracion.ucm.es/info/revesco/txt/REVESCO%20N%20107.3%20Gemma%20FAJARDO%20GARCIA.htm>, p. 6 y publicado en GEZKI nº 8, año 2012.

<sup>151</sup> Los estudios realizados en este ámbito muestran la importancia de la economía social en la dinamización y desarrollo territorial, por su compromiso con las circunstancias locales, lo cual favorece el desarrollo del emprendimiento y la generación de empleo. Aunque conviene aclarar que el autoempleo –tanto el individual como el colectivo– no sigue ni un patrón homogéneo ni se presenta de manera uniforme en todos los territorios autonómicos, ya que éste depende de factores de diverso tipo como: las características propias de cada territorio, la dotación de recursos endógenos o la participación activa de sus agentes territoriales, entre otros). Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.C. y VALIENTE PALMA, L.: “Impacto territorial del autoempleo en la economía social en España”, CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 83, año 2015, pp. 89 y ss.

<sup>152</sup> Vid. GONZÁLEZ DEL REY RODRÍGUEZ, I.: “El trabajo asociado: cooperativas y otras sociedades de trabajo”, Edit. Thomson Aranzadi, Cizur Menor (Navarra), 2008, pp. 44-45.



El formato cooperativo predominante es el de las cooperativas de trabajo asociado, modalidad societaria que se caracteriza por proporcionar a sus socios puestos de trabajo, mediante de la organización en común de la producción de bienes o servicios para terceros (art. 80 L. 27/1999, de 16 de julio, BOE 17-7-1999)<sup>153</sup>. Iniciativas de este tipo se reparten por toda la geografía española, aunque merecen una mención especial alguna de éstas que se iniciaron como pequeñas actividades locales y que con el transcurso del tiempo se han convertido en grupos cooperativos de importante actividad empresarial y referentes a nivel nacional e internacional. Ejemplo de ello son el grupo Mondragón -originario del País Vasco o el Grup Empresarial Cooperatiu Valencià en la Comunidad Valenciana<sup>154</sup>.

Pero, en los últimos años, se asiste a una renovación de los formatos cooperativos. Frente al modelo asociativo clásico de entidad cooperativa de trabajo asociado o de servicio que se venía utilizando para proteger de forma colectiva los intereses de los trabajadores autónomos, como por ejemplo en el sector del transporte o la venta ambulante o incluso en profesiones colegiadas, surgen otras figuras cooperativas que están adquiriendo un especial protagonismo entre profesionales autónomos y freelancers, por la finalidad que predicen: el apoyo al emprendimiento, la protección de los trabajadores autónomos, la mejora de su productividad y competitividad, la disminución de costes y la creación de empleos de calidad.

Aunque la mayoría de ellas tienen una base común orientada al apoyo emprendimiento y al trabajo autónomo los formatos que coexisten son variados, al igual que su regulación autonómica, por lo que no se puede hablar de un solo modelo cooperativo, sino de varios con diferentes denominaciones, socios, características, objetos sociales, etc. Por ejemplo, en la Comunidad Foral de Navarra, para impulsar el tejido empresarial, en especial de pequeñas empresas y micropymes se han creado las microcooperativas, un formato societario sencillo que responde a la clasificación tipológica de cooperativas de trabajo asociado

<sup>153</sup> Vid. un análisis de las actuaciones autonómicas en este ámbito en SÁNCHEZ PACHÓN, L.A. y PÉREZ CHINARRO, E.: "Las entidades de economía social como protagonistas de un nuevo modelo de emprendimiento y medidas legales de apoyo al emprendimiento", CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 84, 2015, pp. 35 y ss.; FAJARDO GARCÍA, G.: "El fomento de la economía social en la legislación española", op.cit., pp. 7-22.

<sup>154</sup> Vid. HERRERO-BLASCO, A.: "La economía social: su función económica y las políticas públicas de fomento", RECERCA, Revista de Pensament I Anàlisi, nº 15, año 2014, p. 83.

y de composición reducida (un mínimo de dos socios y un máximo de diez)<sup>155</sup>.

En otras autonomías –como la Comunidad Valenciana, la Comunidad de Madrid o la Comunidad del País Vasco–, con el fin de facilitar la actividad empresarial o profesional realizada por cuenta propia, se ha llevado a cabo una renovación y modernización de las clásicas cooperativas de servicios que adoptan ahora la denominación de cooperativas de servicios empresariales y/o profesionales para agrupar a toda clase de servicios empresariales o profesionales que no se atribuyen a ninguna otra modalidad de cooperativas (actividades del mar, del comercio, de transportistas, de artesanos, de profesionales liberales, de artistas, etc.)<sup>156</sup>.

Con la idea poner en marcha nuevas ideas de negocio bajo un entorno cooperativo a través del cual se desea comprobar la viabilidad del proyecto antes de crear una organización formal también han surgido varias iniciativas. Así pues, en la Comunidad Foral de Navarra, en el marco del proyecto “Red Transfronteriza de la Economía Social y Solidaria” (TESS) e impulsada por la Asociación de Empresas de Economía Social de Navarra (ANEL), funcionan desde el año 2013 las cooperativas de emprendedores<sup>157</sup>. Se trata de un formato societario perteneciente a la clase de cooperativas mixtas de servicios de iniciativa social, a través de las cuales facilitan a las personas físicas una serie de actividades como la puesta en marcha de un proyecto o idea de negocio, la búsqueda de clientes o la facturación sin la necesidad de crear su propia empresa, sino arropado bajo un formato societario que le acompaña en esta fase inicial para testear su funcionamiento en el mercado y tomar la decisión de continuar o no con la actividad empresarial<sup>158</sup>. Dicho formato se ha extendido a otras autonomías como, por ejemplo, en la Comunidad Valenciana, concretamente, en Castellón, cuyo Ayuntamiento, junto con la Federación de Valenciana de Empre-

<sup>155</sup> Vid. L.F. 2/2015, de 22 de enero, de microcooperativas de trabajo asociado, BOE 13-2-2015.

<sup>156</sup> Vid. art. 95 DL 2/2015, de 15 de mayo, del Consell, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de Cooperativas de la Comunitat Valenciana, DOCV 20-5-2015; art. 111 de la L. 4/1999, de 30 de marzo, de Cooperativas de la Comunidad de Madrid, BOE 2-6-1999; arts. 123 y 124 de la L.4/1993, de 24 de junio, de Cooperativas del País Vasco, BOE 10-2-2012.

<sup>157</sup> Para un análisis del modelo, vid. ALZOLA BERRIOZABALGOITIA, I.: “Las cooperativas de emprendedores” en la obra colectiva “Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática Jurídica y Social”, Coord. G. Fajardo García, Edit. CIRIEC, España, Valencia 2015, pp. 225-230.

<sup>158</sup> vid. ALZOLA BERRIOZABALGOITIA, I.: “Las cooperativas de emprendedores” en la obra colectiva “Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática Jurídica y Social”, op.cit., p. 226.

sas Cooperativas de Trabajo Asociado (FEVECTA) en el año 2016 han puesto en marcha una iniciativa para dar soporte al emprendimiento, fruto de la cual es la sociedad cooperativa beta.coop<sup>159</sup>.

También en Andalucía surgen otras cooperativas de apoyo al emprendimiento como son las cooperativas de impulso empresarial, que, a diferencia de las surgidas en Navarra o Castellón figuran en la clasificación recogida en la norma andaluza de cooperativas<sup>160</sup>.

Es este último modelo societario junto con las denominadas cooperativas de facturación las que centrarán el objeto de estudio en las próximas páginas y, no solo por el carácter novedoso de ambos modelos, sino también por la confusión que existe entre ellos al permitirse, en ambos, como ya hemos comentado, ejercer una actividad en régimen de autonomía pero con la posibilidad de cotizar al Régimen General de la Seguridad Social<sup>161</sup>.

### 3. LAS COOPERATIVAS DE IMPULSO EMPRESARIAL

La necesidad de encontrar fórmulas que permitan al trabajador autónomo dar cobertura a las situaciones que tienen lugar durante el desarrollo de su actividad profesional origina el nacimiento de un nuevo modelo societario. Nos referimos a las cooperativas de impulso empresarial.

Su creación responde a una iniciativa del legislador autonómico, concretamente del andaluz, pionero en el diseño y regulación de esta figura asociativa (art. 93 de la L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, BOJA 31-12-2012 y arts. 81 a 86 del D. 123/2014, de 2 de septiembre por el que se aprueba el Reglamento de la L.14/2011, de 23 de diciembre (BOJA 23-9-2014)<sup>162</sup> en la que se ha

<sup>159</sup> Vid. <http://www.beta.coop/inicio/>. Otras iniciativas diseñadas para el emprendimiento colectivo es la llevada a cabo por la Confederación Española de Cooperativas de Trabajo Asociado (COCETA), a través del cual, se facilitan una serie de herramientas de apoyo al emprendimiento (<http://www.emprende.coop/>).

<sup>160</sup> En el caso de la Comunidad Autónoma de Cataluña, la regulación autonómica de cooperativas, La L.12/2015, de 9 de junio, BOE 14-8-2015, reconoce en su D.A.3ª como un nuevo formato asociativo de apoyo al emprendimiento a las cooperativas de fomento empresarial, si bien no las regula, sino que remite al reglamento su regulación futura.

<sup>161</sup> Vid. noticia publicada el 3-8-2015 en el diario cinco días y recuperada el 25-5-2017 en el sitio web [http://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/07/31/economia/1438368433\\_182975.html](http://cincodias.elpais.com/cincodias/2015/07/31/economia/1438368433_182975.html). Vid. también el sitio web <https://www.aressocialmediagroup.es/single-post/Cooperativas-para-facturar-sin-ser-aut%C3%B3nomo>

<sup>162</sup> Este modelo cooperativo es resultado de las experiencias obtenidas dentro del Programa Es-Empleo (La Economía Social para y por el Empleo) financiado con Fondos Europeos y gestionado por CEPES-Andalucía. En dicho Programa participaron un gru-

utilizado como referentes las cooperativas de actividad y empleo existentes en Francia y Bélgica y que, al igual que ha sucedido en nuestro país, han servido de inspiración para la creación de otros modelos societarios de características similares en países como Marruecos, Suecia o Canadá (Quebec)<sup>163</sup>.

Siguiendo al legislador andaluz la Comunidad Autónoma de Cantabria también ha incorporado este formato societario en su regulación de cooperativas –la L.6/2013, de 6 de noviembre, (BOE 18-11-2013)–.

Su finalidad, tal y como se contempla en el preámbulo de la legislación andaluza de cooperativas es la de: *“canalizar las inquietudes emprendedoras de sus eventuales socios y socias en cualquiera de las formas previstas en el artículo 93, asumiendo, singularmente, el objetivo de contribuir desde el modelo cooperativo al afloramiento con carácter regular y colectivo de servicios que eventualmente se prestarían en el ámbito de la economía informal”*. Es decir, que el factor causal que motiva su constitución y que debe estar presente durante toda la vida de sociedad (de tal suerte que la imposibilidad de su cumplimiento o el apartamiento en la consecución del mismo sería causa de disolución de la cooperativa) es el de servir al socio, profesional autónomo, a dirigir u orientar su idea o proyecto empresarial de negocio<sup>164</sup>. De ahí que el propio art. 93

---

po de personas expertas que, durante el año 2011, conocieron y analizaron los modelos cooperativos de actividad y empleo que funcionan en Bélgica y Francia. Vid. SÁNCHEZ BÁRCENAS, G.: “Las cooperativas de impulso empresarial, un ejemplo concreto: smart ibérica de impulso empresarial S.COOP.AND. una herramienta eficaz para el empleo en el sector cultural y artístico” Revista Información Estadística y Cartográfica de Andalucía, nº 5 “La Economía Social y Solidaria en Andalucía: aspectos sectoriales y transversales”, Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo, año 2015, p. 216. Del mismo autor “Cooperativas de impulso empresarial: el caso concreto de Smart Ibérica de Impulso empresarial S.Coop. And.” en la obra colectiva “Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática Jurídica y Social”, Coord. G. Fajardo García, Edit. CIRIEC, España, Valencia 2015, p. 231.

<sup>163</sup> La primera cooperativa de actividad y empleo que se estableció en Francia fue Cap Services, en Lyon (1995). En Bélgica, Smart-Be, en 1998.

Actualmente, se encuentran reguladas, en Francia, en los arts. 47 y 48 de la LOI nº 2014-856 du 31 juillet 2014 relative à l'économie sociale et solidaire (que modifica los arts. 26-40 de la Loi nº 47-1775 du 10 septembre 1947 portant statut de la coopération) y en el D. nº 2015-1363 du 27 octobre relatif aux coopératives d'activité et d'emploi et aux entrepreneurs salariés. En Bélgica se regulan en el Livre VII (arts. 350-436) del Code des Sociétés de 7-5-1999.

Vid. Guía para la implementación de las Cooperativas de Actividad y Empleo (CAE)”, elaborada en el marco del Proyecto “C-op: Metodología cooperativa para el empoderamiento juvenil”, Asociaciones estratégicas de educación y formación profesional Erasmus+. Cooperación para la Innovación y el Intercambio de Buenas Prácticas, p. 4.

<sup>164</sup> En relación con la causa y objeto de las cooperativas y, en particular, de las de trabajo asociado vid. FAJARDO GARCÍA, G.: “Concepto, causa y objeto de la cooperativa

reconozca que estas cooperativas *tienen como objeto social prioritario canalizar, en el ámbito de su organización, la iniciativa emprendedora de sus socios y socias*". Y, para dar cumplimiento a lo dicho, este modelo dispone de diferentes servicios que dan apoyo y valor añadido a las actividades que realiza el trabajador autónomo<sup>165</sup>.

Conectado con este fin –principal y prioritario– se enlaza otro muy singular y de especial relevancia: contribuir al afloramiento de aquellas actividades autónomas que “eventualmente se prestarían” en el ámbito de la economía informal. Es decir, que la actividad de la cooperativa coadyuva a regularizar iniciativas empresariales que se encuentran atrapadas en las redes de la economía informal.

Con diferente redacción pero con el mismo fin (la promoción de la actividad emprendedora y el afloramiento de actividades irregulares) se justifica la creación de esta modalidad societaria en el preámbulo de la regulación cántabra de cooperativas en los siguientes términos: *“las cooperativas de impulso empresarial pretenden facilitar la innovación social desde un estricto cumplimiento de los principios cooperativos. Se trata de una eficaz herramienta de fomento del emprendimiento de sus socios, capaz de conseguir el afloramiento de servicios que de otro modo permanecerían en el ámbito de la economía informal”*. Pero, a diferencia de la regulación andaluza, la norma cántabra incide en la estricta observancia de los principios cooperativos, dato importante a considerar en lo que respecta al funcionamiento interno de la sociedad y que, a nuestro entender, más allá de la intención de servir de mero recordatorio, viene a limitar la creación de entes que pueden encontrar amparo bajo esta nueva tipología societaria pero que, en realidad, no sean auténticas cooperativas por no cumplir los principios obligatorios que la caracterizan (adhesión voluntaria y abierta a la entidad; gestión democrática; participación económica de los socios; autonomía e independencia; educación, formación e información; cooperación entre sociedades cooperativas e interés por la Comunidad). En otros términos, que el formato societario no basta, por sí solo para ser una sociedad cooperativa si la actividad que llevan a cabo no se acompaña del cumplimiento de los principios cooperativos.

---

de trabajo asociado” capt. IX de la obra colectiva “Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores” direc. Fajardo García G., coord. Senent Vidal M.J., Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2016, p. 197 en relación con p. 202.

<sup>165</sup> Vid. Expositivo IV del D. 123/2014, de 2 de septiembre, por el que se aprueba el Reglamento de la Ley 14/2011, de 23 de diciembre, de Sociedades Cooperativas Andaluzas (BOJA 23-9-2014).

Para la consecución los fines societarios las cooperativas de impulso empresarial pueden llevar a cabo un amplio abanico de actividades, a través de las cuales proporcionar a sus socios una cobertura de carácter técnico, jurídico, económico o formativo que éstos requieran para el desarrollo de su actividad emprendedora. También pueden desarrollar servicios mutualizados (de ahí su identificación como entidades paraguas).

Según el art. 93 de la L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas (BOJA 31-12-2011) la cooperativa proporcionará al socio: “...*la orientación profesional, la provisión de habilidades empresariales precisas para el desarrollo de cada una de sus actividades, la tutorización de dichas actividades en los primeros años de su ejercicio o la prestación de determinados servicios comunes a las personas socias que les proporciona un ámbito donde desempeñar regularmente su actividad profesional*”. Entre otros, “*la realización de tareas de intermediación entre éstos –los socios– y las terceras personas a las que prestan sus servicios*” (art. 81.2 D.123/2014, de 2 de septiembre, BOJA 23-9-2014).

Conforme a lo dicho, las actividades a desarrollar por las cooperativas de impulso empresarial pueden ser agruparse en dos tipos: en uno primero estarían aquellas orientadas a facilitar el tránsito hacia el emprendimiento coadyuvando al trabajador autónomo en su proyecto empresarial. En concreto, la regulación andaluza reconoce que la sociedad cooperativa puede desempeñar las siguientes actividades:

- a. La orientación profesional, es decir, la entidad puede guiar al socio a valorar las posibilidades éxito en su idea de negocio.
- b. La formación en habilidades empresariales precisas para el desarrollo de la actividad empresarial, servicio que las cooperativas pueden desarrollar de la forma que consideren más adecuada pues la ley no establece formato alguno. Así pues, la cooperativa podrá facilitar formación al socio de manera individual o grupal con otros socios y utilizar para ello distintos formatos (como por ejemplo, talleres, seminarios o reuniones temáticas en las que se imparta formación específica en aquellos ámbitos que sean de necesario conocimiento para el desarrollo de la actividad autónoma –marketing, gestión empresarial, contabilidad, etc.–).
- c. El apoyo técnico tutorizado en los primeros años de la puesta en marcha de la idea de negocio. Esta actividad permite servir de guía al socio en aquellos aspectos que sean precisos para la continuidad de su negocio, como por ejemplo podría ser la apertura

de la actividad emprendedora a otros mercados, la incorporación del socio a redes empresariales, potenciar sus relaciones con los clientes, etc.

- d. El asesoramiento jurídico y económico y la gestión administrativa, fiscal, laboral y contable de la actividad.
- e. La prestación de una serie de servicios mutualizados que permitan la asunción colectiva de los riesgos y beneficios, como por ejemplo, la suscripción de pólizas colectivas de responsabilidad civil, la constitución de un fondo específico para garantizar el cobro de los créditos adeudados por los clientes, la cobertura colectiva en prevención, el uso de espacios comunes o incluso la compra colectiva de equipamientos.

Para el desarrollo de las citadas actividades serán los estatutos los que deben de concretar no solo las que la entidad vaya a realizar (que podrán ser todas las citadas o solo algunas), sino también su carácter temporal (por estar vinculada a una fase inicial o de lanzamiento del proyecto empresarial) o estable (de acompañamiento duradero al socio).

En el segundo grupo se encuadrarían aquellas otras actividades que sirven de intermediación entre los socios y las terceras personas a las que éstos prestan sus servicios (los clientes). Sin embargo, el reglamento andaluz no concreta cuáles serían dichas tareas de intermediación, ni tampoco como se desarrollarían éstas, dejando, por lo tanto, abierta la actividad a cualquier posibilidad que resulte admisible. Lo que sí se indica es que serán en los estatutos societarios donde se recoja las actividades que va a desarrollar por la cooperativa, que podrá ser de un tipo u otro o desarrollar actividades pertenecientes a ambos grupos.

Expresamente el reglamento contempla dos actividades fundamentales para el trabajador autónomo que, en cualquier caso, han de ser realizadas por la propia entidad cooperativa. Se tratan de la relación económica con los clientes y la facturación (art. 84.3 D. 123/2014, de 2 de septiembre, BOJA 23-9-2014). En consecuencia, la documentación económica que recibe el cliente (el presupuesto por los servicios que vaya a realizar el socio o la factura) habrá de ir a nombre de la entidad cooperativa. También será la cooperativa la que intervenga en la gestión de cobro en los supuestos de impago por parte del cliente.

En el caso de la Comunidad de Cantabria, el art. 130 de la L. 6/2013, de 6 de noviembre, (BOE 18-11-2013) de cooperativas de la citada autonomía utiliza una redacción más escueta y establece que la actividad



cooperativizada consistirá en la orientación profesional, la provisión de habilidades empresariales y la prestación de servicios comunes. En dicho precepto también se establece que las cooperativas de impulso empresarial, *“podrán tener por objeto la intermediación laboral, a través de la normalización y regulación de actividades informales”*. Pero, a falta de un desarrollo reglamentario que nos permita tener un mayor conocimiento del funcionamiento de este modelo cooperativo en este ámbito, cabría plantearse dos cosas: por un lado, si los servicios de facturación estarían incluidos en la actividad de la cooperativa como sucede en la norma andaluza. Por otro, si la intermediación laboral a la que se refiere el precepto resulta de los términos fijados en el art. 31 del RDL 3/2015, de 23 de octubre, por el que se regula el Texto Refundido de la Ley de Empleo (BOE 24-10-2015) es decir, la actividad de la cooperativa también se encargaría de poner en contacto la oferta y demanda de empleo (en este caso el socio con el cliente) regularizando de este modo la actividad económica que ello generase, o si de lo que se trata es de una intermediación administrativa en aspectos laborales (por ejemplo, altas y bajas en la Seguridad social, cotización, cálculo y emisión de facturas, etc.), o de ambas cosas.

### 3.1. CLASIFICACIÓN DE LAS COOPERATIVAS DE IMPULSO EMPRESARIAL COMO COOPERATIVAS DE TRABAJO

Un aspecto que particulariza la regulación andaluza de cooperativas es la denominación con la que el legislador andaluz identifica a las clásicas cooperativas de trabajo asociado. La novedad que introduce consiste en la supresión del término “asociado”, por lo que este modelo pasa a denominarse “cooperativa de trabajo”. Dicho cambio se justifica en el Preámbulo de la norma (L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, BOJA 31-12-2012) en que *“en las cooperativas de trabajo, el trabajo es siempre y por definición asociado, resultando, pues, superfluo como calificativo e implícito en el nombre”*.

Igualmente destacable en la citada Ley es la existencia de dos modalidades de cooperativas de trabajo:

- a) Las de régimen general, que son aquellas que *“agrupan con la cualidad de socios y socias a personas físicas que, mediante su trabajo en común, realizan cualquier actividad económica de producción de bienes o servicios para terceros”* (art. 84).
- b) Y las de régimen especial, que se sujetan a una regulación diferenciada de la establecida para el resto de cooperativas de trabajo –que se contiene, fundamentalmente, en el D. 123/2014, de



2 de septiembre (BOJA 23-9-2014)– salvo aquello que no se encuentre expresamente previsto, para lo que servirá de aplicación el régimen general citado<sup>166</sup>.

Dentro de esta modalidad y debido a las peculiaridades que presentan en cuanto a su fin social y a la forma en la que sus socios desarrollan sus actividades se encuentran las cooperativas de impulso empresarial.

Pero, en nuestra opinión, la clasificación de las cooperativas de impulso empresarial como cooperativas de trabajo no resulta la más idónea para esta modalidad societaria si nos atenemos al concepto clásico de las cooperativas de trabajo, cuya nota singular o predominante es, tal y como el propio legislador andaluz indica en el art. 84 de la L.14/2011, de 23 de diciembre, (BOJA 31-12-2011) el trabajo en común de sus socios (producción de bienes o servicios) para terceros. Un trabajo en común que se encuentra ausente en este modelo cooperativo que, fundamentalmente, consiste en servir de apoyo a los emprendimientos individuales. Aunque con esta actividad se consiga o bien crear nuevos empleos, o bien rescatarlos de la economía informal, entendemos que con esta clasificación se ha llevado a cabo una extensión del modelo cooperativo de trabajo –asociado– para amparar a esta nueva fórmula que permite generar y regularizar empleos autónomos, aunque no exista una organización colectiva del trabajo, ni una puesta en común de la actividad de sus socios –de trabajo– ni tampoco de sus medios de producción, más allá de los servicios comunes que se prestan por la propia entidad.

Precisamente ese doble objetivo de crear empleo y prestar servicios a profesionales autónomos lleva a algunos a considerar a las cooperativas de impulso empresarial como un híbrido o una figura intermedia entre las cooperativas de trabajo y las de servicios<sup>167</sup>. Otros entienden que, por su actividad económica plural, tiene un mejor encaje dentro del modelo de cooperativas integrales<sup>168</sup>. Hay quienes opinan que

<sup>166</sup> En el Expositivo IV del D. 123/2014, de 2 de septiembre (BOJA 23-9-2014 se advierte que para la completa configuración de esta modalidad societaria se precisa de cambios en la normativa estatal que afectan a determinadas materias conexas. Sin embargo, en la norma no se especifica cuáles son estas materias conexas que precisan de cambios. No obstante, entendemos que una de ellas podría estar referida al encuadramiento del socio usuario en la Seguridad Social y a su cotización.

<sup>167</sup> Vid. SÁNCHEZ BÁRCENAS, G.: “Las cooperativas de impulso empresarial, un ejemplo concreto: smart ibérica de impulso empresarial S.COOP.AND. una herramienta eficaz para el empleo en el sector cultural y artístico” op.cit., p. 216.

<sup>168</sup> vid. LOZANO LOZANO, A.: “Cooperativas de trabajadores autónomos-cooperativas de impulso empresarial” en la obra colectiva “Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores”, op.cit., p. 722.

cuando el trabajo asociado organizado de manera colectiva se presta o ejecuta de manera individual lo que se está es ante una cooperativa de servicios, pues *“En estas el trabajador autónomo tendrá libertad para la fijación de las condiciones de la prestación laboral (horario, funciones, lugar de trabajo, autodirección y disciplina etc.) y la cooperativa solo se limitaría a aportar ciertos servicios”*<sup>169</sup>. Y de ahí que se afirme: *“Por eso el trabajo en cooperativa de trabajo asociado solo lo es cuando adopta caracteres de dependencia porque así lo califican las partes en función de las características del trabajo prestado”*<sup>170</sup>.

A nuestro modo de ver, las cooperativas de impulso empresarial, por las singularidades que presenta en cuanto a sus fines sociales, objeto y miembros que la integran deberían de gozar de entidad propia y, por ello, consideramos que la calificación que más se ajusta a su fin y objeto social es la que ha realizado el legislador cántabro que las desvincula de las cooperativas de trabajo y las clasifica como un modelo de cooperativas especiales diferenciándolas de las cooperativas de trabajo y de las cooperativas de servicio<sup>171</sup>. Aunque lo cierto es que si se desvinculan del modelo de cooperativa de trabajo perderían –a menos que también se les reconociera– las ventajas fiscales y sociales que, en la actualidad, existe para las cooperativas de trabajo asociado.

### 3.2. EXIGENCIAS FORMALES Y ECONÓMICAS

Siguiendo la regulación andaluza de cooperativas (puesto que no hay desarrollo reglamentario en la regulación cántabra), para la constitución de esta fórmula societaria se exige el cumplimiento de una serie de requisitos específicos propios, unos de carácter formal y otros de carácter económico, que se contienen en los arts. 81, 82, 84 y 85 del D.123/2014, de 2 de septiembre (BOJA 23-9-2014).

Para dar cumplimiento a las exigencias formales establecidas para este formato cooperativo se exige que la entidad:

– Quede identificada en su denominación, debiendo constar en la misma la expresión “de impulso empresarial”. Y para el caso de que la actividad desarrollada por la cooperativa fuese de interés social en su denominación también deberá constar la expresión “de impulso empresarial e interés social”.

<sup>169</sup> Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: “Cooperativas y Seguridad Social”, op. cit., p. 30.

<sup>170</sup> Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: “Cooperativas y Seguridad Social”, op. cit., p. 30.

<sup>171</sup> En semejante sentido vid. LOZANO LOZANO, A.: “Cooperativas de trabajadores autónomos-cooperativas de impulso empresarial” en la obra colectiva “Cooperativas de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores”, op.cit., p. 722.

– Incluya en sus estatutos sociales, entre otros aspectos:

a) El objeto social especificando las actividades a realizar y el carácter temporal o duradero de las mismas según se trate de prestaciones de servicios relacionadas con el inicio o lanzamiento de una actividad profesional o de servicios permanentes y necesarios para el desarrollo de la actividad emprendedora.

b) La vinculación continuada o, en su caso, intermitente de los socios usuarios.

c) El sistema de votación y mayorías exigidas para la adopción de acuerdos.

d) Las causas de exclusión de la sociedad.

– Establezca un reglamento de régimen interior que regule, entre otros aspectos, el estatuto económico de corresponda a cada tipo de socio, los trabajos a realizar por los socios de estructura, los supuestos en los que es posible compatibilizar la condición de socio de estructura y socio usuario, la determinación del período de duración del acompañamiento en la actividad emprendedora o las características específicas que deberá contener el convenio de acompañamiento que se suscriba con el socio usuario.

d. Se disponga de una carta de servicios a disposición de los usuarios con información actualizada de los servicios a prestar por la cooperativa, así como de los derechos y obligaciones que asisten a sus socios.

Como exigencias de carácter económico se contemplan:

– La constitución de una garantía mínima 60.000 € –disponible en efectivo, valores públicos, fianza o aval bancario– actualizada anualmente hasta alcanzar, al menos, el 10% de los anticipos societarios percibidos por los socios en el ejercicio económico anterior.

– La constitución de un fondo específico –no repartible entre los socios salvo causa de disolución social– dotado con una cuantía mínima del 1% de los ingresos que se deriven de la actividad cooperativizada para garantizar el cobro de los anticipos societarios y el cumplimiento de las obligaciones derivadas de la prestación de servicios.

– La facturación a nombre de la cooperativa de los servicios que los socios presten a sus clientes.

– El sometimiento de la actividad anual de la cooperativa a una auditoría externa en los términos contemplados en la Ley de Auditoría de Cuentas y sus normas de desarrollo.

### 3.3. TIPOS DE SOCIOS

Un aspecto particular de este formato societario son sus socios. Tanto la regulación andaluza como la cántabra reconocen que en estas cooperativas pueden coexistir dos tipos de socios: los socios de estructura y los socios usuarios.

a.- Los socios de estructura son los encargados de prestar los servicios que conforman la actividad cooperativizada –orientación, formación, asesoramiento, etc.– y que sirven a los socios usuarios. Pueden serlo tanto personas físicas como jurídicas<sup>172</sup>.

La existencia de este tipo de socio, es decir, de personas que trabajen para la cooperativa es un aspecto que diferencia a las cooperativas de impulso empresarial del resto de cooperativas de trabajo, pues, como se sabe las cooperativas de trabajo no admiten a este tipo de socios de trabajo<sup>173</sup>.

b.- Los socios usuarios son los destinatarios de los servicios que presta la cooperativa, es decir, los profesionales autónomos que inician o desarrollan una actividad –a tiempo completo o parcial– y que son los beneficiarios de dichas prestaciones. De ahí que su condición de socio sea únicamente la de personas físicas<sup>174</sup>.

Además de los tipos de socios citados, pueden formar parte de las cooperativas de impulso empresarial, cuando así lo dispongan en sus estatutos y conforme a lo que en ellos se establezcan, otras categorías de socios.

En concreto, se permite la existencia de:

a) socios inactivos, es decir, de socios de estructura o usuarios cuando dejen de realizar la actividad social o utilizar sus servicios pero continúen vinculados a la entidad (art. 16 L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, BOE 20-1-2012)

b) socios temporales, en los supuestos en que la entidad esté o vaya a realizar un encargo o contrato de duración determinada igual o superior a seis meses<sup>175</sup>.

<sup>172</sup> Vid. art. 93.2 de la L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas (BOE 20-1-2012) y art. 130.2 de la L. 6/2013, de 6 de noviembre, de cooperativas de Cantabria (BOE 27-11-2013)

<sup>173</sup> Vid. art. 15 L. 14/2011, de 23 de diciembre y art. BOE 20-1-2012) y art. 19 D. 123/2014 de 2 de septiembre (BOJA 23-9-2014).

<sup>174</sup> En la regulación andaluza la condición de socios de estructura o usuarios pueden coincidir en una misma persona, prevaleciendo en este caso, la condición de persona física (art. 82 del D. 123/2014, de 2 de septiembre, BOE 23-9-2014).

<sup>175</sup> Vid. art. 91 L. 14/2011, de 23 de diciembre (BOE 20-1-2012) y art. 79 D. 123/2014, de 2 de septiembre (BOA 23-9-2014).

c) socios colaboradores, es decir, aquellos –personas físicas o jurídicas– que sin realizar la actividad de la cooperativa contribuyan a la consecución del objeto social (art. 17 L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, BOE 20-1-2012)

d) socios inversores, estos son, personas físicas o jurídicas que efectúen aportaciones al capital social sin realizar la actividad cooperativizada (art. 25 L. 14/2011, de 23 de diciembre, de sociedades cooperativas andaluzas, BOE 20-1-2012 y art. 27 D. 123/2014, de 2 de septiembre, BOJA 23-9-2014).

La ausencia de desarrollo reglamentario de la regulación cántabra no permite conocer otros aspectos relativos al funcionamiento interno de las cooperativas de impulso empresarial en relación con sus socios y que sí están presentes en el reglamento andaluz, como por ejemplo, el porcentaje de votos que corresponde a cada tipo de socio, estatuto económico que corresponde a cada tipo de socio, vinculación con la entidad o causas de exclusión.

Por ello nos centramos en esta última, es decir, en la regulación andaluza para destacar algunos aspectos de interés como es la vinculación del socio con la entidad, relación que en la regulación andaluza se le ha dotado de un amplio margen de flexibilidad. Por un lado, porque no se establece un período de permanencia mínima ni para el socio de estructura ni para el usuario, cuestión que se deja a la regulación estatutaria de cada entidad<sup>176</sup>. Asimismo, tampoco se exige que la vinculación del socio usuario sea estable, permitiéndose su vinculación intermitente, bien cuando la actividad se realice de forma esporádica u ocasional o cuando su volumen de facturación no alcance el margen mínimo que la sociedad establezca para permanecer en la misma –no alcanzar durante tres meses consecutivos o cinco meses en cómputo anual un volumen de facturación igual o superior al salario mínimo interprofesional–<sup>177</sup>.

Otras cuestiones como las relativas a los requisitos de acceso a este tipo de entidades, los derechos y obligaciones de los socios, o el régimen disciplinario se dejan a la regulación estatutaria que en cada entidad se establezca.

<sup>176</sup> Lo que sí se establece es que las cooperativas podrán establecer como causa de exclusión no haber alcanzado durante tres meses consecutivos o cinco meses en cómputo anual un volumen de actividad que no alcance el SMI (art. 83 D. 123./2014, de 2 de septiembre, BOJA 23-9-2014).

<sup>177</sup> Vid. art. 82.1 y 83 del D. 123/2014, de 2 de septiembre, (BOJA 23-9-2014).

Por regla general, la admisión a la sociedad como socio usuario tiene lugar tras la solicitud de inscripción, superación de un doble período de prueba (período de prueba laboral –conforme a lo dispuesto para un trabajador por cuenta ajena– más un período de prueba societario, a fin de que el órgano de administración pueda determinar si el aspirante a socio reúne las condiciones societarias exigidas) y del desembolso de una cuota de entrada<sup>178</sup>.

### 3.3.1. Encuadramiento de los socios en la Seguridad Social

El encuadramiento de los socios en la Seguridad Social en las cooperativas de impulso empresarial quizás sea el aspecto más polémico de este formato societario.

La norma andaluza, en el art. 92 (de la L.14/2011, de 23 de diciembre de sociedades cooperativas andaluzas, BOE 20-1-2012) dispone para los socios usuarios de las cooperativas de impulso empresarial la opción del doble encuadramiento que el sistema de la Seguridad Social permite a los socios de las cooperativas de trabajo y que se recoge en el art. 14.1 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, (BOE 31-10-2015) –TRLGSS–. Recuérdese que en este precepto el sistema de la Seguridad Social otorga a las sociedades cooperativas de trabajo asociado la posibilidad de decidir en qué régimen de la Seguridad Social encuadran a sus socios, esto es, bien en el Régimen General, como asimilados a trabajadores por cuenta ajena, o bien en el Régimen Especial que corresponda –RETA–, como trabajadores por cuenta propia; opción que deberá quedar contemplada en los estatutos sociales y que podrá ser modificada mediante el correspondiente cambio en los estatutos, siempre y cuando haya transcurrido un plazo de cinco años desde que se ejerció la opción anterior (art. 8.2 RD 84/1996, de 26 de enero, BOE 27-2-1996)<sup>179</sup>.

Pero el ejercicio de esta posibilidad se plantea problemática para un modelo societario que, en puridad, no se lleva a cabo una prestación de trabajo asociado, sino prestaciones de servicios, es decir, los socios efectúan su actividad en régimen de autonomía, sin sumisión a una organización común, ni a directrices ni control societario. Cuando la

<sup>178</sup> Vid. arts. 18, 55, 58 y 85 L.14/2011, de 23 de diciembre, (BOE 20-1-2012) y arts. 20, 71 D. 123/2014, de 2 de septiembre (BOJA 23-9-2014).

<sup>179</sup> Según López Gandía este plazo ha de entenderse como mínimo para solicitar el cambio de opción, sin que ello implique que si no se ejerce en dicho plazo deba de esperarse otros cinco años para ejercitar de nuevo la opción. Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: “Las cooperativas de trabajo asociado y la aplicación del Derecho del Trabajo, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia 2006, p. 97. Del mismo autor “Cooperativas y Seguridad Social”, edit. Bomarzo, Albacete, 1ª edic. 2017, p. 17.

vinculación del socio con la entidad los es para recibir el apoyo de ésta en actividades y servicios mutualizados no existe como tal el trabajo asociado sino solo una prestación de servicios.

Dado que no existen fórmulas híbridas en nuestro ordenamiento –más allá del trabajo autónomo económicamente independiente– como sucede en Francia con la figura del empresario-asalariado (figura propia de las cooperativas de actividad y empleo) nos encontramos ante socios que son trabajadores autónomos y que, como tal, les corresponde su encuadramiento y cotización al RETA, eso sí, siempre y cuando la actividad que se realice sea habitual y de ella se obtenga rendimientos superiores al SMI pues, de lo contrario, no se exige el alta en el RETA – aunque ello conlleve la ausencia de protección social para el trabajador–.

Los últimos datos consultados por el Registro de Cooperativas de la Junta de Andalucía (septiembre 2017) nos indican que, a dicha fecha, son diez las cooperativas de impulso empresarial que figuran inscritas, la última de ellas constituida en junio 2017 (Trabajos y reparaciones por manitas S.Coop.And.)<sup>180</sup>. Para un mejor conocimiento del funcionamiento de las cooperativas de impulso empresarial se procede al estudio de una de ellas. En concreto, de la primera que se ha constituido en territorio español: Smart-Ib.

#### **4. UN ESTUDIO DE CASO: SMART-IBÉRICA DE IMPULSO EMPRESARIAL, SOCIEDAD COOPERATIVA ANDALUZA (SMART-IB)**

SMART-Ib, es la primera entidad asociativa que se ha acogido en España al modelo cooperativo de impulso empresarial. Se constituyó en Málaga, el 14-5-2013, adoptando la filosofía de la cooperativa belga de actividad y empleo SMART-BE (Société Muetuelle pour artist) de la que no solo es su referente, sino que también forma parte de SMART-Ib como socio de estructura<sup>181</sup>.

En la actualidad, Smart-Ib cuenta con 3.600 socios y se integra en el grupo cooperativo Smart que engloba a otras cooperativas como son: Aura ETT SCA, Actúa Servicios SCA, A2A Formación SCA, Coopabora SCA, SPM y Smart Gestión SCA. También forma parte de SMART-EU,

<sup>180</sup> Vid. los datos en la web de la Consejería de Economía, Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía en la web siguiente: <http://www.juntadeandalucia.es/economiainnovacionyciencia/ConsultaSociedades/rscl/consultaSociedades.DO?jsessionid=E5B75D450816DFEC387324F8044894F>

<sup>181</sup> Smart-Be se constituyó en Bélgica desde 1998 y, actualmente, su modelo de gestión cooperativa tiene presencia, además de España, en otros países como Francia, Italia, Alemania, Suecia, Hungría, Austria y Países Bajos.



un proyecto europeo promovido por la sociedad cooperativa de actividad y empleo SMART-Be, que tiene como objeto la creación de una estructura cooperativa a nivel europeo que facilite la movilidad de todos los socios que la integran –profesionales de la cultura–<sup>182</sup>.

En sus estatutos SMART-Ib se define como una entidad de la economía social, democrática, solidaria y sin ánimo de lucro que se fundamenta en la ética profesional y en la aplicación de un modelo de gestión que conlleve a la máxima calidad y excelencia de sus servicios con criterios de sostenibilidad y economía social.

Se trata, pues, de un proyecto empresarial que se construye con dimensión colaborativa y de servicios mutualizados sirviendo de estructura paraguas a los profesionales autónomos al conciliar iniciativas individuales con un enfoque colectivo, cooperativo y mutualista<sup>183</sup>.

Pese a su clasificación como cooperativas de impulso empresarial en sus estatutos (art. 2.2) sí queda reconocida su función de empresa de servicios que ejercita su actividad principal en el territorio autonómico de la comunidad andaluza, sin que ello le impida desarrollar otras actividades instrumentales fuera del territorio autonómico como, actualmente, así sucede en otras ciudades como Barcelona, Madrid, Zaragoza y Mallorca, en las cuales la entidad tiene establecida diversas oficinas<sup>184</sup>.

El fin que promueven, según se desprende del texto de sus estatutos, es el de ayudar a canalizar la actividad de sus socios, crear y consolidar el mayor número de empleos, con la mayor calidad y estabilidad posible en el seno del sector cultural<sup>185</sup>. Y para ello, la sociedad dispone de un equipo de asesores y expertos que acompañan al socio en toda su actividad profesional, tanto la realizada de modo individual como la que realice a través de proyectos compartidos con otros profesionales del sector.

<sup>182</sup> Vid. [www.smart-eu.org](http://www.smart-eu.org)

<sup>183</sup> Vid. art. 2.4 de sus Estatutos sociales. Para obtener una mayor información sobre el grupo Smart belga vid. asimismo el documento de trabajo de SMART In Progress “Une Enterprise partagée et participative, est-ce bien réaliste?, Recommandation n° 27 des workshops, Bruselas 22-10-2015 al 14-4-2016. Documento disponible en la web del grupo SMART-BE [http://blog.smartbe.be/IMG/pdf/smart\\_in\\_progress\\_recommandations\\_fr\\_sans\\_bords-2.pdf](http://blog.smartbe.be/IMG/pdf/smart_in_progress_recommandations_fr_sans_bords-2.pdf)

<sup>184</sup> Vid. <http://www.smart-ib.org/contact-office/>

<sup>185</sup> Vid. SÁNCHEZ BÁRCENAS, G.: “Las cooperativas de impulso empresarial, un ejemplo concreto: smart ibérica de impulso empresarial S.COOP.AND. una herramienta eficaz para el empleo en el sector cultural y artístico”, op.cit., p. 217. Del mismo autor vid. también “Cooperativas de impulso empresarial: el caso concreto de Smart Ibérica de impulso empresarial S.Coop.And.” en la obra colectiva “Empresas gestionadas por sus trabajadores. Problemática jurídica y social”, op.cit., pp. 232-233.



Atendiendo a lo dispuesto en el art. 2.4 de sus estatutos:

*El objeto social de esta Sociedad Cooperativa es:*

*Orientación, formación, tutoría y prestación de servicios mutualizados a los artistas, artesanos, creativos y trabajadores intermitentes del sector cultural y la prestación de servicios artísticos, creativos y culturales a la sociedad en general, tanto a entidades públicas como privadas. La actividad que proporciona a sus socias y socios usuarios, podrá adaptar un carácter temporal, ligada al lanzamiento de determinados proyectos, o un carácter estable, unida al acompañamiento duradero de la actividad emprendedora. También podrá realizar tareas de intermediación entre sus socios y socias usuarios de la citada actividad y las terceras personas a las que, a su vez, aquellos presten sus servicios. Asimismo podrán llevarse a cabo otras actividades afines y coherentes con las señaladas anteriormente, en el que implicarán los socios su personal trabajo a tiempo total, parcial, con carácter estacional o con carácter intermitente.*

*Actividades Principales:*

- a) Reforzar la autonomía de los artistas y creativos.*
- b) Favorecer el nacimiento de nuevas actividades creativas.*
- c) Ofrecer un marco legal al sector artístico.*
- d) Poner a disposición de sus miembros herramientas administrativas, financieras y jurídicas para el ejercicio de sus actividades profesionales, a modo de estructura PARAGUAS conciliando iniciativas Individuales con un enfoque COLECTIVO, COOPERATIVO Y MUTUALISTA.*
- e) Ofrecer servicios de gestión, producción y promoción y apoyo de la actividad artística, creativa y cultural.*
- f) Ofrecer servicios de intermediación que faciliten las relaciones laborales entre oferta y demanda, dentro del mercado laboral, sin llegar a formar parte de la relación que se pudiera derivar de dicha actuación.*
- g) Cualquier otro servicio que no sea de intermediación y que tenga por finalidad ayudar en la búsqueda de empleo, la Inserción laboral ...*
- h) Ofrecer servicios en la compra venta de obras de arte, derechos de propiedad Intelectual.*

Los socios también disponen de una herramienta informática, a través de la cual pueden acceder a una variada gama de servicios mutualizados que proporcionan la siguiente cobertura<sup>186</sup>:

<sup>186</sup> Datos proporcionados por Smart-Ib y obtenidos de la web corporativa.

- Formación inicial sobre la entidad cooperativa (filosofía, funcionamiento, procedimiento, vinculación societaria, etc.).
- Cursos on line gratuitos sobre prevención de riesgos laborales y sobre otras materias diversas de acceso exclusivo para los socios.
- Asesoramiento laboral, legal, jurídico y contable.
- Facturación y contratos.
- Financiación a través del Fondo de Garantía de la cooperativa.
- Gestión del presupuesto de proyectos en grupo.
- Seguro de responsabilidad civil.
- Prevención en riesgos laborales.
- Plataforma de venta online.
- Equipo de expertos en gestión cultural, materias fiscales, jurídicas y laborales.
- Asesoramiento en propiedad intelectual, derechos de autor, comercio electrónico y nuevas tecnologías.

Por lo tanto, es la sociedad la que, a través de los citados servicios se encarga de tutorizar al socio, de su asesoramiento y defensa jurídica, así como de toda la tramitación administrativa, laboral, fiscal y contable necesaria para que pueda desarrollar su actividad. También facilita las relaciones comerciales del socio con el cliente, mediante la elaboración de presupuestos, redacción de contratos (a través de modelos tipo) y la facturación por la prestación de servicios que efectúe el socio.

En términos del responsable del Área Jurídica: *“SmartIB viene a dar respuesta a todo un sector que a menudo se ve forzado a trabajar en economía no declarada (economía sumergida), sin garantías ni prestaciones sociales, dándoles un contexto común para la lucha de sus derechos y para el desarrollo de sus carreras profesionales”*<sup>187</sup>.

Dichos socios (los socios usuarios) son, exclusivamente personas físicas cuya profesión está orientada a la realización de actividades relacionadas con el mundo del arte, la cultura y la informática. Aunque en su web se citan algunas: *“artistas plásticos y visuales, fotógrafos, videógrafos, diseñadores gráficos, textiles y web, ilustradores, artistas escénicos y circenses, actores, escenógrafos, músicos y compositores,*

<sup>187</sup> Vid. SÁNCHEZ BÁRCENAS, G.: “Las cooperativas de impulso empresarial, un ejemplo concreto: smart ibérica de impulso empresarial S.COOP.AND. una herramienta eficaz para el empleo en el sector cultural y artístico”, op.cit., p. 217.

*escritores, guionistas, artesanos, gestores culturales, productores audiovisuales, comisarios y críticos de arte, representantes de artistas, técnicos de sonido e iluminación, informáticos, programadores, intérpretes del patrimonio, distribuidores de cine y teatro, traductores, formadores, comerciales y a todas aquellas profesiones que se desarrollan en el marco creativo*<sup>188</sup>, según los datos proporcionados por la entidad se computan un total de 73 actividades, las cuales pueden desarrollarse a tiempo completo o a tiempo parcial y con carácter estable o intermitente<sup>189</sup>.

Para su incorporación a la cooperativa el aspirante a socio usuario –profesional autónomo– deberá<sup>190</sup>:

- Solicitar su admisión a la entidad mediante su solicitud de inscripción.
- Superar un período de prueba laboral de tres meses<sup>191</sup>.
- Además del período de prueba anterior será necesario superar también un período de prueba societario simultáneo o posterior al laboral cuya duración máxima será de 12 meses y durante el cual la entidad podrá comprobar si el aspirante a socio reúne las condiciones societarias exigidas para formar parte de la cooperativa.
- Posteriormente, hacer efectiva una cuota única de entrada obligatoria de 150 € –que puede abonar a plazos, es decir, el 50% en la solicitud y el resto abonable a plazos hasta un máximo de tres años– y que es reembolsable en caso de baja en la entidad.

Una vez que el profesional de adhiere a la entidad como socio usuario su vinculación con la misma (como mínimo de un año) será societaria convirtiéndose en copropietario de la misma<sup>192</sup>.

Recibirá una guía informativa detallada de indicaciones que el socio habrá seguir para que la cooperativa pueda gestionar su actividad (en relación con su alta en la sociedad, firma de contrato con clientes, facturación, gastos, etc.)<sup>193</sup> que será de, al menos, un día al año y tres

<sup>188</sup> Información obtenida del sitio oficial de SMART-IB <http://www.smart-ib.org/que-hace-smartib/>

<sup>189</sup> Vid. art. 10 de los Estatutos sociales.

<sup>190</sup> Vid. arts. 7, 8, 9, 43 de los Estatutos sociales.

<sup>191</sup> El período de prueba societario podrá ampliarse hasta 18 meses cuando se trate de realizar determinadas actividades que se fijen previamente en Asamblea General. Vid. art. 7 de los Estatutos sociales.

<sup>192</sup> Vid. art. 17 de los Estatutos sociales.

<sup>193</sup> Vid. la guía para socios en <https://supportsmartib.files.wordpress.com/2015/03/normas-socios-smartib1.pdf>

horas de trabajo<sup>194</sup>. Dispondrá de un asesor personal, que estará en contacto directo con el socio y que será el encargado de administrar su actividad.

La relación del socio, a efectos de Seguridad Social, se sujeta al derecho de opción reconocido a las cooperativas de trabajo asociado. Sin embargo, en su norma estatutaria, el precepto que se encarga de establecer este derecho de opción, en concreto el art. 60, presenta una redacción ambigua que, a priori, impide conocer cuál ha sido la opción seleccionada, pues no se lleva a cabo ninguna opción sino que al respecto establece que: *“A los efectos de la Seguridad Social, esta cooperativa opta para sus socios por el Régimen General o alguno de los Regímenes Especiales de la Seguridad Social, según proceda, de acuerdo con su actividad, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 92.2.a) de la LSCA”*. Pero, en la práctica, todos los socios cotizan al Régimen General sin que, hasta el momento, se haya hecho uso de la otra opción (cotización al RETA)<sup>195</sup>. En consecuencia, los socios usuarios cotizan al régimen general y pagan sus impuestos cuando trabajan y solo por los días efectivamente trabajados<sup>196</sup>.

El día 5 de cada mes el socio recibe de la sociedad la liquidación periódica por los servicios que haya prestado y facturado, con independencia de que el cliente haya procedido a su abono.

Dicha liquidación se calcula descontando del importe facturado los pagos de impuestos, de Seguridad Social, así como el porcentaje que retiene la entidad societaria para sufragar los costes de los servicios mutualizados<sup>197</sup>.

En consecuencia, la contribución económica del socio, además de la cuota inicial de entrada obligatoria de 150 €, consistirá en una aportación del 7,5% del importe total de cada factura que realice, que servirá para sufragar los costes de los servicios mutualizados (5,5%) y para

<sup>194</sup> Vid. art. 21 de los Estatutos sociales.

<sup>195</sup> Vid. art. 60 de los Estatutos sociales y art. 92 L.14/2011, de 2 de septiembre, de sociedades cooperativas andaluzas (BOJA 23-9-2012).

<sup>196</sup> Vid. SÁNCHEZ BÁRCENAS, G.: “Las cooperativas de impulso empresarial, un ejemplo concreto: smart ibérica de impulso empresarial S.COOP.AND. una herramienta eficaz para el empleo en el sector cultural y artístico”, op.cit., p. 217.

<sup>197</sup> Precisamente, este fondo de garantía sirve a la sociedad para poder adelantar hasta tres meses el abono de la nómina del socio por la prestación de sus servicios en el caso de que el cliente no haya procedido al pago. Además del fondo de garantía la sociedad cuenta con un fondo de reserva obligatorio destinado a la consolidación y desarrollo de la cooperativa y un fondo de formación y sostenibilidad. Vid. arts. 50 a 52 de los Estatutos sociales.

dotar el fondo de garantía (2%). Precisamente, este fondo de garantía sirve a la sociedad para poder adelantar hasta tres meses el abono de la nómina del socio por la prestación de sus servicios en el caso de que el cliente no haya procedido al pago.

Los beneficios que se produzcan en cada ejercicio, o bien se reinvierten en la propia estructura o se emplean en lo que sus socios democráticamente decidan<sup>198</sup>.

Un aspecto a destacar de la entidad, y así se refleja en los estatutos, es la transparencia económica que en los estatutos reconoce que ha de existir en su gestión. Por ello, los socios tienen reconocido el acceso, de forma periódica, a los datos económicos de la cooperativa.

Además de los socios de estructura y de los socios usuarios Smart-Ib pueden integrar a otros tipos de socios:

- Socios temporales: para la realización societaria de una tarea o proyecto de duración determinada de duración igual o superior a seis meses y como máximo durante seis años.
- Socios inactivos: los que teniendo una antigüedad mínima en la entidad de 5 años dejen su actividad y sean autorizados por la entidad para mantener su vinculación.
- Socios colaboradores: personas físicas o jurídicas que sin realizar la actividad cooperativizada contribuyan a la consecución del fin social).
- Socios inversores: aquellos que participan invirtiendo en el capital social –por una duración mínima de 7 años– sin realizar actividad societaria<sup>199</sup>.

## 5. LAS COOPERATIVAS DE FACTURACIÓN

De forma paralela a las cooperativas de impulso empresarial proliferan en el mercado otros modelos cooperativos que también asocian a trabajadores autónomos. Se tratan de las cooperativas de facturación, un modelo asociativo que surgió en una etapa previa a la crisis económica de 2008 pero ha sido durante ella cuando ha alcanzado su mayor expansión.

<sup>198</sup> Vid. <http://www.smart-ib.org/sobre-smartib/>

<sup>199</sup> Vid. arts. 10 a 14 de los Estatutos sociales. Respecto a las causas de baja voluntaria justificada baja obligatoria y supuestos de exclusión vid. arts. 17 a 19 de los Estatutos sociales.

A diferencia de las cooperativas de impulso empresarial, estas cooperativas no tienen reflejo ni en la clasificación general de cooperativas dispuesta en la L. 27/1999, de 16 de julio, ni en ninguna de las regulaciones autonómicas de cooperativas, sino que se tratan de cooperativas que, para su funcionamiento, adoptan el formato societario mayoritariamente utilizado en nuestro país para dar satisfacción a los intereses de los trabajadores autónomos como son las cooperativas de trabajo asociado.

La razón que justifica su creación es, precisamente la citada, es decir la de satisfacer las necesidades y aspiraciones económicas y sociales de sus socios, trabajadores autónomos. Pero este tipo de cooperativas no se dirigen al trabajador autónomo, en general, ya que no todos los que realizan su actividad en régimen de autonomía pueden ser socio de estas cooperativas, sino que su ámbito subjetivo queda limitado a determinados profesionales autónomos o freelance que, o bien se inicien en una actividad por cuenta propia o bien realicen actividades esporádicas o intermitentes –actividades que pueden o no compatibilizar con otros trabajos por cuenta ajena–. Algunas de estas entidades justifican su creación ante *“la dificultad de poder hacer frente a los altos costes y a los trámites burocráticos que supone ser un empresario autónomo”*<sup>200</sup>.

Otras reconocen en su web que: *“la idea de la cooperativa surge de la iniciativa de profesionales de la consultoría para cubrir las necesidades de los trabajadores por cuenta propia en materia fiscal y jurídica”*<sup>201</sup>.

Incluso hay algunas que con un mensaje mucho más directo se identifican como *“una plataforma para freelancers que permite facturar sin ser autónomo”*<sup>202</sup>.

Su objetivo es facilitar al profesional autónomo el desarrollo de su actividad en régimen de autonomía sin tener que facturar a su nombre, sin que deba de preocuparse por realizar toda la tramitación administrativa y fiscal que conlleva el ejercicio autónomo de una actividad, y sin que tenga que soportar los costes de seguridad social como trabajador por cuenta propia. Este es su principal reclamo y así se publicita en sus sitios webs –la simplificación de los trámites administrativos y fiscales y el ahorro de costes que supone al trabajador autónomo no tener que soportar la retención fiscal que corresponde a un profesional por cuenta propia (15%) y, fundamentalmente, no tener que abonar la cuota de se-

<sup>200</sup> <http://www.training-freelancecoop.es/cooperativa/>

<sup>201</sup> <http://www.freelance.es/somos.htm>

<sup>202</sup> <https://factoo.es/index.php>

guridad social de autónomos, sino cotizar solo por los días trabajados en el Régimen General como asimilado a trabajador por cuenta ajena<sup>203</sup>.

Por tales motivos, algunas de ellas advierten que no resultan adecuadas para aquellos profesionales que generen costes de producción altos (alquiler, materias primas, consumo de suministros, etc.), al no poderse los deducir como gasto de la actividad, ni para aquellos que generen unos ingresos que superen un determinado límite que, en unos casos se sitúa en superar el límite del SMI vigente y en otros se establece como cifra límite los 15.000€ anuales<sup>204</sup>.

Actualmente en el mercado funcionan una gama variada de estas empresas. Las hay desde las que acogen a profesionales en general, como por ejemplo, Training and Freelance Coop<sup>205</sup> o Factoo.es<sup>206</sup> o SmartCooper<sup>207</sup> como aquellas otras que limitan su acceso a determinadas profesiones. Es el caso de Cooperativa Online (que acoge a profesionales del Marketing y publicidad, imagen y sonido, comercio electrónico, periodistas, traductores, fotógrafos, profesionales de comunicación, publicistas, relaciones públicas, diseñadores, decoradores, artesanos, artistas, dobladores, programadores, informáticos, maquetistas, creativos gráficos, profesores, ingenieros y cualquier otro profesional relacionado con ellas)<sup>208</sup>, Freelance SCM<sup>209</sup> (que acoge profesionales relacionados con actividades del mundo audiovisual, la comunicación, el periodismo, la fotografía y el diseño), Tecnicoo<sup>210</sup> (acoge a especialistas en arquitectura, ingeniería en distintas especialidades –de caminos, químicos, agrícolas y forestales–, informática, delineantes y topógrafos).

<sup>203</sup> En alguna de estas entidades informa en su plataforma online que está recomendada para freelancers con ingresos no superiores a los 15.000€. Es el caso, por ejemplo de Freelance SCM. Vid. el sitio web oficial en <http://www.freelance.es/index.htm>

<sup>204</sup> En algunas cooperativas como Freelance SCM en el contrato de adhesión que la entidad firma con el socio se establece como facturación límite la cantidad de 15.000€ anuales.

<sup>205</sup> Vid. el sitio oficial en la web <http://www.training-freelancecoop.es/>

<sup>206</sup> Vid. <https://factoo.es/>

Factoo.es es una cooperativa de trabajo asociado que forma parte del Grupo Factoo que comprende a Tecnicoo, que es un cooperativa de trabajo asociado para técnicos y Autónomoo.es que es una Asesoría on line de bajo coste para autónomos.

<sup>207</sup> <http://www.smartcooper.com/>

<sup>208</sup> Vid. el sitio oficial en la web <https://www.cooperativaonline.com/>

<sup>209</sup> Vid. <http://www.freelance.es/site/listByCategory/disenio>

<sup>210</sup> Tecnicoo es una cooperativa de trabajo asociado para técnicos que pertenece al grupo Factoo.es. Vid. el sitio web en <https://www.tecnicoo.es/>



La fórmula empleada presenta características similares en todas ellas. Consiste en crear una plataforma online, a través de la cual el profesional puede solicitar su admisión a la sociedad. Para ello deberá rellenar un formulario de adhesión, incluyendo sus datos personales y bancarios y, en la mayoría de los casos, abonar una cuota de inscripción que oscila entre 30 y 100 €<sup>211</sup>. Hay algunas que, además de la cuota inicial exigen una cuota mensual abonable solo en los meses en los que existe facturación (Training & Freelance Coop. establece una cuota mensual de 2€ y Freelance SCM 6€).

Una vez que el profesional ha sido dado de alta en la sociedad se le permite el acceso al software de la plataforma desde la cual puede acceder a una serie de servicios online.

Todas ellas presentan como servicios comunes la gestión administrativa, fiscal, laboral y contable de la actividad autónoma incluyendo el asesoramiento jurídico on line o telefónico y la facturación. Esta última se lleva a cabo a nombre de la sociedad, es decir, es la entidad la que factura los servicios que, previamente han sido prestados por el socio –profesional autónomo– a sus clientes.

La cooperativa es la que, por regla general, se encarga de recibir el importe de la factura y descontar de ella el pago de impuestos, la cotización del trabajador más una comisión (entre un 4% y un 8%) para el sostenimiento de los gastos de la cooperativa por los servicios colectivos que presta. Abonada la factura y descontados los citados gastos el socio recibe en su cuenta la liquidación resultante en un breve espacio de tiempo (dos o tres días siguientes) en concepto de anticipo societario. De este modo, la percepción económica que recibe el socio no gravita sobre los excedentes económicos de la cooperativa (art. 80 L.27/1999, de 16 de julio, General de Cooperativas, BOE17-7-1999), sino sobre el importe facturado por el socio.

En algunas, se establecen descuentos sobre los gastos citados si se aportan nuevos socios, de manera que, mientras éstos se mantengan las bonificaciones en los gastos del socio podrán dar lugar a su com-

<sup>211</sup> En algunas de estas entidades esta cuota comprende una cuota de alta o de inscripción no reembolsable y una cuota participativa que se devuelve cuando el socio curse su baja en la sociedad (el caso, por ejemplo de training-freelancecoop.es o Freelance SCM). En el caso de Factoo.es la cuota de acceso es de 30€ cuya devolución se sujeta a ciertas condiciones (que haya realizado 10 facturas o haber acumulado 1500€ de facturación). De lo contrario, la devolución será parcial, es decir, se devolverá 10€.

Existen algunas, como por ejemplo Articat, que carece de cuota. Vid. el sitio oficial en <http://www.articat.cat/>



pleta eliminación –incluido el coste de la cotización a la Seguridad Social–<sup>212</sup>.

En caso de que se produzca una situación de impago por parte del cliente al cual el socio ha prestado sus servicios, estas fórmulas societarias suelen prever la realización de gestiones para reclamar el importe adeudado y que, según los casos, puede o no implicar para el socio un coste adicional.

Además de los servicios citados y, según la cooperativa, los socios pueden disponer de otros servicios adicionales, con o sin coste adicional para el que haga uso de ellos, y que fundamentalmente consisten en actividades específicas de asesoría (como por ejemplo, realizar la declaración de la renta) o de aseguramiento, como por ejemplo, seguros de responsabilidad civil o seguros laborales de reparación<sup>213</sup>. En menor medida hay algunas que ofrecen otros servicios adicionales de prevención de riesgos o bolsa de empleo<sup>214</sup>.

La relación del socio con la entidad es societaria, pero su pertenencia o vinculación a la sociedad no implica la exigencia para el socio de estar en alta en la Seguridad Social, pues ésta solo tiene lugar cuando el socio factura, es decir, cuando realiza una prestación de servicios.

Al constituirse la entidad como una cooperativa de trabajo asociado, se beneficia de la opción de la sociedad por encuadrar a sus socios en el Régimen General de la Seguridad Social (art. 14 RDL 8/2015, de 30 de octubre, BOE 31-10-2015) condicionando así el esfuerzo contributivo y el nivel de protección de sus socios<sup>215</sup>. De esta forma el socio, profesional autónomo, cuando efectúe la prestación –autónoma– de

<sup>212</sup> Es el caso de SmartCooper en cuya web se informa de lo siguiente: “Por cada nuevo socio que recomiendes se te bonifica en 20€ indefinidamente tu contribución a la cooperativa, tu cotización a la Seguridad Social e incluso tu aportación al Capital Social, hasta el 100% de bonificación en todos estos conceptos. Así, si has introducido a 10 nuevos socios, tu bonificación total/mensual de manera indefinida, mientras se mantengan socios, en todos los conceptos señalados sería de 200€”. Vid. [http://www.smartcooper.com/?page\\_id=15](http://www.smartcooper.com/?page_id=15)

<sup>213</sup> En el caso, por ejemplo, de Factoo.es dispone de cinco tipos de planes que el autónomo elige según su conveniencia. Según cuál sea el plan elegido la entidad retendrá una comisión sobre el neto facturado que oscila de un 3% (para estudiantes) a un 8% (que incorpora un servicio de reparaciones).

<sup>214</sup> Vid. Un ejemplo del listado de gestiones a realizar por la cooperativa y su coste en <https://factoo.es/ayuda-gestiones-factoo.php>

<sup>215</sup> Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Protección social de los socios trabajadores en las cooperativas de trabajo asociado”, capítulo XXIV de la obra colectiva “Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores”, Direct. G. Fajardo García, Coord. M.J. Senent Vidal, Edit. Tirant lo Blanch Valencia 2016, p. 538.

sus servicios a terceros clientes actúa amparado por la sociedad cooperativa como un asimilado a trabajador por cuenta ajena recibiendo la protección que comprende el Régimen General de la Seguridad Social siendo la entidad societaria la responsable en dar efectivo cumplimiento a las obligaciones con la Seguridad Social (art. 10.4 RD 84/1996, de 26 de enero, BOE 27-2-1986).

La dinámica a seguir es la siguiente: cada vez que el socio vaya a prestar un servicio debe comunicar, previamente, a la sociedad su duración en horas y días y el importe estimado a facturar para que la cooperativa, en función de tales datos, proceda a formalizar su alta en el Régimen General –como asimilado a trabajador por cuenta ajena– por el tiempo indicado por el socio (en su defecto, el tiempo cotizado se calcula en función del importe a facturar)<sup>216</sup>. Suele ser habitual en estas entidades que se establezcan un plazo de preaviso de, al menos, 24 horas de antelación (aunque hay algunas que la cotización se determina a posteriori en función del importe de la factura) También un importe mínimo a facturar (50 €-200 €).

Una vez que la sociedad recibe del cliente el importe de la facturación por los servicios que el socio, previamente, ha realizado procede a liquidarle dicho rendimiento (en concepto de anticipo societario) previo descuento del abono de impuestos, de la comisión de la entidad, de la cuota societaria –en alguna de ellas– y, como sujeto responsable de la obligación de cotizar, también se descuenta el importe que corresponda a los seguros sociales.

En este aspecto –y de ahí la confusión–, funcionan de forma semejante a las cooperativas de impulso empresarial, de manera que el socio cotiza en el Régimen General por los días u horas en los que se haya prestado el servicio y el importe que resulte es el que la sociedad procede a descontar de la facturación.

Las hay incluso que permiten cotizar con posterioridad a la realización de la prestación de servicios, en función de la cuantía a facturar, una situación irregular que deja al socio al descubierto durante la prestación de sus servicios efectuando una cotización no ajustada a la realidad sino en función al volumen facturado.

Finalizada la prestación de servicios la cooperativa dará de baja en la Seguridad Social al socio aunque el socio continuará vinculado a la sociedad pero sin realizar actividad.

<sup>216</sup> En el caso, por ejemplo, de Factoo.es el socio debe avisar con una antelación mínima de 24 horas el comienzo de su actividad indicando la duración de la misma. Vid. en <https://factoo.es/faqs.php>

La ventaja principal que ofrecen este tipo de entidades es de carácter económico, es decir, el ahorro en el importe de la cotización (al cotizar en el Régimen General y no en el RETA y solo por los días en que se presta el servicio) y la aplicación de un porcentaje menor en la retención impositiva (IRPF) del trabajador. A ella se añaden otras accesorias que permiten al trabajador autónomo realizar su actividad amparado en una estructura asociativa que le va a proporcionar unos servicios que le eximen de tener que soportar la tramitación burocrática y las exigencias administrativas, laborales, fiscales y contables que implica el ejercicio individual de la actividad por cuenta propia. En su conjunto, todos estos aspectos constituyen un importante reclamo para muchos profesionales autónomos, a juzgar por su creciente volumen de socios.

Pero existen ciertos aspectos de este modelo societario que resultan, cuanto menos discutibles. Uno de ellos es el modelo societario utilizado para su configuración, esto es, el de cooperativas de trabajo asociado, un formato societario que, como ya hemos hecho referencia tiene como finalidad proporcionar puestos de trabajo a sus socios sirviéndose para ello de la prestación de servicios que en común y de forma organizada efectúen sus socios (actividad cooperativizada); y por ello se trata de un modelo social concebido para socios, personas físicas, puesto que la actividad cooperativizada (necesaria para la consecución del fin social) es una prestación de trabajo personal (los socios se obligan a aportar a la sociedad su esfuerzo personal y directo)<sup>217</sup>. De ahí no solo su calificación como cooperativa de trabajo asociado, sino también el peculiar régimen jurídico de protección que se establece para sus socios (a los cuales se les reconoce un tratamiento similar al de un trabajador por cuenta ajena en cuanto a la percepción de anticipos societarios mensuales, seguridad y salud laboral, condiciones de trabajo, etc. –arts. 80-85 L.27/1999, de 16 de julio, BOE 17-7-1999).

Atendiendo a lo ya dicho de las cooperativas de trabajo asociado en relación con las cooperativas de impulso empresarial y ahora conectado con la actividad que realizan las cooperativas de facturación para autónomos podemos afirmar que las cooperativas de facturación no tienen encaje con el modelo de cooperativa de trabajo asociado, puesto que ni proporcionan puestos de trabajo a sus socios, ni existe una

<sup>217</sup> Vid. FAJARDO GARCÍA, G.: “Concepto, causa y objeto de la cooperativa de trabajo asociado” en la obra colectiva “Cooperativa de trabajo asociado y estatuto jurídico de sus socios trabajadores”, Direcc. G. Fajardo García, Coord. M.J. Senent Vidal, edit. Tiran lo Blanch, empresas, Valencia 2016, p. 200 en relación con p. 195.

puesta en común de la actividad que cada socio realiza de forma autónoma y sin intervención alguna de la cooperativa, sino una prestación de servicios a los socios, trabajadores autónomos, en cuanto al cumplimiento de las exigencias formales, administrativas, contables, fiscales y de Seguridad Social a un coste inferior (de reconocerse esto último las cooperativas de facturación perderían su principal atractivo: el que un trabajador, materialmente autónomo, cotice bajo el paraguas societario como un trabajador por cuenta ajena)<sup>218</sup>.

Un segundo aspecto que merece cierta reflexión es el propio funcionamiento cooperativo interno de la entidad y la vinculación de sus miembros con ella. El vacío informativo que presentan alguna de estas entidades en sus sitios webs induce a cuestionarnos cuál es la verdadera naturaleza de estos entes, es decir, si lo que está funcionando en el mercado son realmente entes de estructura cooperativa con respeto a los principios cooperativos y con gestión democrática que permita la participación activa del socio en actividades colectivas propias de una entidad cooperativa, como por ejemplo, participación en asambleas, en cargos sociales, en la votación y toma de decisiones para el funcionamiento y consecución del objeto social de la entidad, formación etc o si, por el contrario, el modelo de economía social se está utilizando, en algunos casos, de forma aparente cuando de lo que, en realidad, se trata es de una plataforma de intermediación y de prestación de determinados servicios al profesional autónomo para que éste pueda desarrollar su actividad no siendo su posición frente a la entidad la de un socio cooperativista, sino la de mero cliente de la entidad.

Otro aspecto a destacar es el relativo al cumplimiento de la obligación de cotizar por parte de sus socios.

Según la información disponible en sus webs, en algunas de ellas incluso se reconocen bonificaciones para los socios en el abono de sus cuotas a la Seguridad Social si aporta nuevos socios a la entidad<sup>219</sup>. Esta deducción en el importe de la obligación de cotizar que ha de asumir el socio resulta un incumplimiento a la obligación legal de cotizar a la Seguridad Social que pesa sobre el propio trabajador, y que resultan contrarias al art. 22.4 del RD 2064/1995 de 22 de diciembre, por el que se aprueba el Reglamento general sobre cotización y liquidación

<sup>218</sup> En semejante sentido vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: "Cooperativas y Seguridad Social", op.cit.,p. 33.

<sup>219</sup> Vid. [http://www.smartcooper.com/?page\\_id=15](http://www.smartcooper.com/?page_id=15)

de otros derechos a la Seguridad Social (BOE 25-1-1996) en donde se dispone que *“La aportación del trabajador en la cotización respecto del mismo por contingencias comunes será de su exclusivo cargo, siendo nulo todo pacto en contrario”*.

## 6. REFLEXIÓN FINAL

No cabe duda que el desarrollo de las nuevas tecnologías, el crecimiento imparable de los empleos en plataforma y el adelgazamiento de la oferta de trabajos por cuenta ajena están generando un nuevas formas de trabajo flexibles que se desarrollan en régimen de autonomía cuyas actividades, en muchas ocasiones, resultan intermitentes o esporádicas y cuya cobertura social recae en exclusiva sobre el propio trabajador. También que el autoempleo, en cualquiera de sus formatos, es decir, tanto el individual como el colectivo pueden servir para dar respuesta –aunque no se trate siempre de una respuesta duradera– a las nuevas situaciones surgidas tras la recesión económica<sup>220</sup>.

Pero la falta de acomodo de nuestro sistema de Seguridad Social a estas nuevas realidades y el apoyo institucional centrado, fundamentalmente, en una primera fase o etapa del inicio de la actividad autónoma provoca en este colectivo de trabajadores autónomos situaciones preocupantes de desprotección para aquellos que, o bien no puedan hacer frente siquiera a la cotización por la base mínima al RETA –porque hayan agotado o no puedan acceder a las bonificaciones establecidas– y queden atrapados en las redes de la economía sumergida o bien para aquellos otros cuyos rendimientos no superan el umbral del SMI y no cotizan al RETA.

El nivel de desprotección resultante encuentra en la economía social, en concreto, en las fórmulas cooperativas una alternativa posible a la protección de estas actividades. Pero lo dicho no es novedoso, pues esta opción viene siendo utilizada en determinados sectores o actividades (el caso de los transportistas, la venta ambulante o determinadas profesiones colegidas) para proteger los intereses de los trabajadores que la desarrollan en régimen de autonomía. La novedad surge con los nuevos modelos cooperativos que se están utilizando.

Uno de los comentados en páginas precedentes, son las cooperativas de impulso empresarial nacidas para poner freno a dos importantes

<sup>220</sup> Vid. PÉREZ GONZÁLEZ, M.C. y VALIENTE PALMA, L.: “Impacto territorial del autoempleo en la economía social en España” CIRIEC, Revista de Economía Pública, Social y Cooperativa, nº 83, año 2015, p. 86.

problemas. Por un lado, para disminuir los niveles de desempleo mediante el fomento del autoempleo cooperativo. Y, por otro, reducir las actividades autónomas atrapadas en las bolsas de economía sumergida<sup>221</sup>, ya que:

- a. Facilita y potencia la iniciativa emprendedora al permitir desarrollar la actividad autónoma sin la necesidad de crear una estructura empresarial, pues es la cooperativa la que proporciona al autónomo una estructura mutualizada que le ampara y con la que puede hacer frente a dicha actividad con unos costes reducidos.
- b. Permite dar una respuesta administrativa, legal y social al socio en su actividad profesional.
- c. Sirve de amparo a cualquier trabajador autónomo y no solo al precario con bajo nivel de rentas.

Sin embargo, hay que objetar que se carece de una información precisa de las actividades que, en la práctica, vienen realizando realmente las entidades que funcionan bajo este formato societario. Ya se ha comentado que el fin principal de este modelo cooperativo es el de canalizar las iniciativas emprendedoras y, a tal fin, la entidad dispone de una variedad de servicios que coadyuvan a la obtención de dicho objetivo. Pero lo que desconocemos es si, verdaderamente, se están llevando a cabo esas actividades previas necesarias para impulsar el emprendimiento o, por el contrario, las entidades societarias están solo desarrollando aquellas que le son instrumentales y propias de una fase posterior, es decir, cuando el negocio ya está en marcha.

Como ya hicimos referencia una de las cuestiones problemáticas de este formato societario es la referida a la cotización del socio usuario, profesionales que, amparados en esta fórmula societaria, realizan su actividad en régimen de autonomía y pueden cotizar al Régimen General de la Seguridad Social como asimilados a trabajadores por cuenta ajena.

<sup>221</sup> Su nacimiento responde a las experiencias adquiridas durante el año 2011 por un grupo de expertos en el marco del Programa Es-Empleo (La Economía Social para y por el Empleo) y en el que participaron personal de la administración de la Junta de Andalucía, que conocieron de primera mano las cooperativas de actividad y empleo que estaban en funcionamiento en Francia y Bélgica. Vid. SÁNCHEZ BÁRCENAS, G.: "Las cooperativas de impulso empresarial, un ejemplo concreto: Smart ibérica de impulso empresarial S.COOP.AND. una herramienta eficaz para el empleo en el sector cultural y artístico" Revista de Información Estadística y Cartográfica de Andalucía (IECA), nº 5, Consejería de Innovación, Ciencia y Empleo de la Junta de Andalucía, año 2015, p. 216.

Tal y como se expuso en el apartado 3.3.1 de este trabajo esta posibilidad encuentra su acomodo legal en la clasificación realizada por el legislador andaluz que las considera como cooperativas de trabajo asociado de carácter especial. Y es, precisamente, por esa clasificación como cooperativas de trabajo por la que se hace uso de la opción dispuesta en el art. 14 del RDL 8/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley General de la Seguridad Social (BOE 31-10-2015) que, como se sabe, reconoce a las cooperativas de trabajo asociado la posibilidad de optar por encuadrar a sus socios bien en el Régimen General o bien en el RETA (o REMAR) y, de esta forma, poder cotizar conforme a las reglas de un trabajador por cuenta ajena o de un trabajador por cuenta propia.

Pero esta opción cuando se está ante una actividad autónoma choca frontalmente con la propia regulación de la Seguridad Social pues, en estos casos, la opción por el Régimen General de la Seguridad Social no resulta posible.

El funcionamiento cooperativo no puede justificar una alteración en el cumplimiento correcto de las obligaciones dimanantes. Ni siquiera por sus efectos positivos que posibilitan el salto de estas actividades hacia la “economía formal”. Hoy por hoy el ejercicio de esta opción supone no solo un cumplimiento incorrecto de la obligación de cotizar sino, además, reconocer un trato diferencial más favorable respecto del resto de trabajadores autónomos que desarrollan su actividad de forma individual y no pueden derivar su cotización hacia el Régimen General, sino que están obligados por ley a abonar una cuota mensual al RETA de mayor importe de la que resulta una cotización por días u horas al Régimen General.

Es cierto que los costes de la actividad constituyen uno de los principales problemas a los que se enfrenta los autónomos. También lo es que nuestro sistema de Seguridad Social precisa de cambios que atienda las nuevas realidades que se derivan de los avances tecnológicos para que se garantice la protección de los trabajadores<sup>222</sup>. Uno de estos cambios que se esperan es la cotización del trabajador autónomo a tiempo parcial, un supuesto previsto en el Estatuto del Trabajo Autónomo (L.20/2007, de 11 de julio, BOE 12-7-2007), actualmente, en suspenso. La inaplicación de la norma y la inexistencia de un desarrollo reglamentario que regule la cotización en estas situaciones

<sup>222</sup> Necesidad que se pone de manifiesto en la Resolución del Parlamento Europeo de 15-6-2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003(INI)).



surte efectos negativos para los socios de cooperativas a tiempo parcial impidiendo la necesaria adaptación de las normas de Seguridad Social a las peculiaridades que se derivan de la actividad cooperativa a tiempo parcial, tal y como se recoge en el art. 14.4 del citado RDL 8/2015, de 30 de octubre (BOE 31-10-2015)<sup>223</sup>. Otro cambio posible y que ahora proponemos podría ser la inclusión del colectivo de trabajadores autónomos con actividades esporádicas o intermitentes (inclusive para los trabajos en plataformas on line) en un nuevo sistema especial creado al efecto e incluido dentro del RETA. Dicho sistema debería de funcionar estrechamente vinculado a los días de prestación de servicios y a la cuantía de la facturación del trabajador, de manera que la comunicación a la TGSS por los días en alta por la prestación de servicios efectuados y la liquidación de la correspondiente cuota se practicasen a posteriori, por ejemplo, con carácter trimestral, de forma semejante a la liquidaciones tributarias e incluso podrían coincidir en el tiempo con éstas últimas para facilitar los trámites al propio trabajador. De esta forma el trabajador autónomo podría, trimestralmente, declarar los días en alta y efectuar sus cotizaciones en función de los días trabajados y de los importes facturados por los servicios prestados.

Pero no hay que olvidar que los cambios futuros que se introduzcan del sistema de la Seguridad Social por sí solos no bastan si no se acompañan también de instrumentos eficaces de control que eviten prácticas fraudulentas e ilegales que puedan ampararse en las nuevas tendencias que emergen del mercado laboral colaborativo<sup>224</sup>. Baste citar aquí el recurso, una vez más, al abuso de las fórmulas cooperativas que

<sup>223</sup> El trabajo autónomo a tiempo parcial fue reconocido en la D.F. 10ª de la L. 27/2001, de 1 de agosto (BOE 2-8-2011) que modificó la redacción de varios preceptos del Estatuto del Trabajo Autónomo (L. 20/2007, de 11 de julio, BOE 12-7-2007) en el sentido de incorporar el trabajo autónomo a tiempo parcial. Sin embargo, las sucesivas leyes anuales de presupuestos del Estado han demorado su aplicación, incluida la L. 3/2017, de 27 de junio, de Presupuestos Generales del Estado para el 2017 (BOE 28-6-2017) en cuya D.F. 10ª vuelve a aplazar la aplicación de los preceptos referidos al trabajo a tiempo parcial hasta el 1-1-2019. Asimismo modifica el art. 25.4 de la L. 20/2007, de 11 de julio en los siguientes términos “4. *Considerando los principios de contributividad, solidaridad y sostenibilidad financiera, la ley podrá establecer un sistema de cotización a tiempo parcial para los trabajadores autónomo, para determinadas actividades o colectivos y durante determinados periodos de su vida laboral*”.

<sup>224</sup> Una advertencia puesta de manifiesto por el Parlamento Europeo en la Resolución de 15-6-2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa (2017/2003(INI)), en donde se insta a los Estados miembros y a la Comisión a que “presten una atención particular al trabajo no declarado y al trabajo autónomo ficticio en este sector, y a que inscriban la cuestión de la economía de las plataformas en el programa de la plataforma europea para la lucha contra el trabajo no declarado”, p. 12.



son utilizadas para encubrir situaciones irregulares, como ya sucedió hace unos años con las falsas cooperativas de trabajo asociado de autónomos dedicados a la venta ambulante –en las que la cooperativa era un mero artificio cuyo objetivo era el encuadre de sus socios en el Régimen General– y cuya situación originó una regulación especial<sup>225</sup>. En la actualidad, se ha vuelto a recurrir al falseo de fórmulas de cooperativas de trabajo asociado que se utilizan –se dice– para prestar apoyo al trabajador autónomo cuando, en realidad, de lo que se trata son de entidades de una más que dudosa o poco clara finalidad cooperativa (alguna de éstas, actualmente, en proceso de descalificación)<sup>226</sup>.

---

<sup>225</sup> Vid. LÓPEZ GANDÍA, J.: “Cooperativas y Seguridad Social”, op.cit., p. 37.

<sup>226</sup> El pasado mes de agosto el Ministerio de Empleo y Seguridad Social, a la vista del informe remitido por la Unidad Especialidad en el Área de Seguridad Social de la Inspección Provincial de Trabajo de Valencia, descalifica la entidad societaria Factoo en base al art. 116 de la L. 27/1999, de 16 de julio, de cooperativa (BOE 17-7-1999), pues pese a estar constituida dicha entidad como cooperativa de trabajo asociado, en la práctica, “no realiza actividad cooperativa alguna”. Vid el texto del comunicado en la web del Ministerio, en el enlace <http://prensa.empleo.gob.es/WebPrensa/noticias/laboral/detalle/3111>



# EL JURISTA DEL TRABAJO FRENTE A LA ECONOMÍA COLABORATIVA<sup>227</sup>

*Miguel Rodríguez-Piñero Royo*

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

## 1. DERECHO, CAMBIO Y TECNOLOGÍA

En el mundo del Derecho la evolución, que es un elemento intrínseco al sistema jurídico, se produce a través de distintos procesos. El más común, al margen de los procesos disruptivos promovidos por los cambios radicales en el sistema político, supone un procedimiento continuo de regulación y de inadecuación sobrevenida de las reglas jurídicas, que da lugar a la aprobación de nuevas normas para proporcionar una respuesta adecuada a las nuevas realidades sociales. La obsolescencia del Derecho vigente, su incapacidad en un momento determinado para dar respuesta a los problemas sociales a los que aspira a regular, provoca en una primera fase la utilización de los mecanismos de adaptación del propio ordenamiento, básicamente la interpretación adaptativa por los operadores jurídicos. Sólo después, por lo general, se elaboran y aprueban nuevas normas para sustituir a otras que han demostrado no poder solucionar los problemas planteados. La dinámica regulación-obsolescencia-nueva regulación supone un proceso de actualización, y se produce especialmente en aquellos sectores más afectados por los cambios en la realidad regulada. Cambios que pueden ser de todo tipo: económicos, sociales y, especialmente, tecnológicos. Así es como evoluciona el Derecho. Las transformaciones en la realidad que regula se convierten en un desafío para el sistema jurídico, del que se espera una nueva regulación que proporcione respuestas adecuadas a las diferentes necesidades generadas, ordenando adecuadamente esta realidad.

El sector del ordenamiento jurídico del que me ocupo, el Derecho del Trabajo, es especialmente proclive a este tipo de procesos. Éste está

---

<sup>227</sup> Grupo de Investigación PAI SEJ-322; Este trabajo es resultado científico del proyecto de investigación DER 2015-63701-C3-3-R, "Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico".

llamado a regular un tipo de relación jurídica, la de trabajo asalariado, que resulta particularmente sensible a los cambios en la realidad en que se desarrolla. Los contextos económicos, sociales y tecnológicos determinan el contenido de la relación de trabajo, que cambia de manera continua reaccionando a las transformaciones en éstos. Las innovaciones tecnológicas cambian la manera en que se trabaja y el modo en que el trabajo se utiliza<sup>228</sup>. Al hacerlo, fuerzan a modificar su regulación como única manera de mantener su eficacia ordenadora.

A la vez, el Derecho laboral se ha construido considerando este factor, y se ha dotado de unos mecanismos de adaptación especialmente eficaces, muchos de los cuales son propios y exclusivos de esta rama del sistema legal. La instrumentalización de la legislación laboral para los objetivos de las políticas económicas, laborales y de empleo hace que ésta sea objeto de reformas continuas, generándose una dinámica de renovación que facilita su adaptación cuando resulta necesario. Por otro lado, la negociación colectiva, pensada originalmente como un mecanismo de adaptación sectorial y coyuntural, ha recibido también la función de servir de vanguardia del cambio normativo, proporcionando las primeras respuestas del ordenamiento laboral. Se incorpora, así, una función prelegislativa a las tradicionales de esta institución, que resulta cada vez más evidente a medida que los gobiernos trasladan a los interlocutores sociales la responsabilidad de actualizar las respuestas jurídicas a los problemas nuevos, con la excusa de su flexibilidad y especial legitimidad. Función que es también, en muchas ocasiones, pedagógica, al presentarse las primeras soluciones convencionales como modelos a seguir para el conjunto del sistema de relaciones laborales.

Estos mecanismos están siendo puestos a prueba con el desarrollo de la economía colaborativa y del trabajo en plataformas. El objetivo de este trabajo es analizar el alcance y las particularidades de este desafío, y apuntar cómo podrá producirse la adaptación del Derecho del Trabajo a una realidad cuya presencia en nuestras economías es ya indudable<sup>229</sup>.

<sup>228</sup> Un estudio reciente y completo, con atención al impacto de la economía digital, en CALVO GALLEGO, F.J.: “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”, *Creatividad y Sociedad*, nº 26, 2016.

<sup>229</sup> Los miembros del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R ha publicado un portal sobre esta materia, en el que se reproducen sus resultados científicos y se incluye numerosa información sobre el impacto de la economía colaborativa. Este portal se denomina “Trabajo, Persona, Derecho y Mercado”, y se localiza en la siguiente dirección electrónica: <http://grupo.us.es/iwpr/>

## 2. EL IMPACTO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA EN EL SISTEMA JURÍDICO

Analizado desde este punto de vista, el de los procedimientos de cambio y adaptación del Derecho del Trabajo, el fenómeno de la economía colaborativa, al que dedicamos esta monografía, presenta a la vez elementos conocidos y otros originales. El hecho de que una serie de innovaciones tecnológicas generen tensiones en las respuestas legales y convencionales tradicionales, hagan surgir dudas sobre su idoneidad, y lleven a plantear su modificación, lo hemos conocido ya. Todavía estamos digiriendo el impacto del penúltimo fenómeno en este sentido, el de la generalización de las tecnologías de la infocomunicación en los entornos de trabajo y en las relaciones laborales; la respuesta ha sido una combinación de construcciones jurisprudenciales y de respuestas convencionales que, si bien no ha ofrecido una solución completamente satisfactoria, al menos sí ha tratado algunos de los problemas más recurrentes. También es corriente el debate producido sobre la suficiencia de la regulación existente, o la necesidad de generar otra nueva, o incluso sobre la conveniencia de que esta regulación exista.

Algunos aspectos del impacto de la economía colaborativa y del trabajo en plataformas sí resultan originales. Es nueva, a mi juicio, la velocidad con que se ha desarrollado todo el proceso, ya que han pasado pocos años desde que se comenzó a constatar su existencia. Todavía debatimos sobre el alcance y la naturaleza del fenómeno, sobre sus oportunidades y peligros, cuando a la vez nos estamos planteando las reformas necesarias para adaptar el ordenamiento laboral a sus particularidades. Esto explica en parte las serias dificultades que estamos encontrando, debidas a que nos falta definir, delimitar y comprender adecuadamente a que nos estamos acercando. No es éste el ritmo normal con que reaccionamos ante este tipo de cambios. Cabría plantearse qué explica esta novedad, el porqué de esta pronta reacción; y podríamos encontrar distintas respuestas para ello.

Es también peculiar la complejidad de la realidad con que tiene que tratar el ordenamiento jurídico, mayor que en ocasiones anteriores. Aunque ninguno de los procesos de cambio anteriores ha sido sencillo, éste resulta especialmente difícil, al interactuar factores económicos, tecnológicos, organizativos... Se trata de una realidad en gran medida desconocida, por definir en muchos de sus aspectos. El nivel de desconcierto del jurista es por ello todavía elevado.

Se trata, además, de una nueva realidad que requiere respuestas del conjunto del ordenamiento jurídico, y no sólo del Derecho del Trabajo.

Más bien éste ocupa un lugar secundario entre los sectores afectados, tras el Derecho de contratos y el Fiscal; los problemas laborales, centrados sobre todo en la calificación de los servicios prestados a través de plataformas, no son considerados los más acuciantes. En todo caso, la necesidad de coordinar procesos de cambio normativo en varias ramas del Derecho es evidente, y esto es a la vez una novedad y un factor de complejidad. Aunque los cambios tecnológicos tienden a plantear déficits regulatorios en distintos ámbitos (Derecho administrativo, fiscal, de contratos), la economía colaborativa supera esto llegando a plantear la necesidad de replantearse la práctica totalidad del Derecho de las actividades económicas.

Es original también el hecho de encontrarnos ante una confluencia de distintos procesos de cambio, a los que tratar de una manera unitaria y bajo una denominación común no deja de ser una decisión convencional. Hablar de economía colaborativa no sólo es impreciso desde un punto de vista terminológico: lo es también conceptualmente, porque no estamos ante una única realidad.

Nos encontramos, también, ante un fenómeno que destaca por su universalidad. De nuevo es algo que se puede predicar de otros procesos de transformación anteriores. Los cambios tecnológicos se extienden de manera más o menos rápida por todo el mundo, y con éstos los problemas jurídicos que requieren adaptación. Ahora, sin embargo, este carácter universal presenta algunas particularidades, algo comprensible teniendo en cuenta que la economía colaborativa se produce en una economía altamente integrada, en una fase avanzada de la globalización. Es precisamente la globalización la que en gran medida explica su desarrollo y extensión. La economía colaborativa es universal tanto desde un punto de vista geográfico (se produce en la mayor parte del mundo) como sectorial (afecta un número creciente de actividades). Es un factor distintivo, propio de esta realidad del siglo XXI, que en este caso nos encontramos ante unos mismos sujetos que operan a nivel global, desarrollando la misma actividad, y es esta presencia la que explica su universalidad. Los mismos protagonistas de la extensión de la economía colaborativa están presentes en todas partes, y plantean unos mismos desafíos a reguladores, administración e interlocutores sociales.

Esto da lugar a que en un período muy corto de tiempo hayamos podido comprobar cómo distintos ordenamientos jurídicos han reaccionado ante unas mismas prácticas, dando respuestas no siempre homogéneas. Los pronunciamientos judiciales sobre Uber en diversas

jurisdicciones resultan desde este punto de vista, del mayor interés convirtiéndose en un caso de laboratorio sobre la dinámica del Derecho del Trabajo del siglo XXI.

El desarrollo de la economía colaborativa ha generado una gran atención en todos los ámbitos, y ha generado incluso una alarma social en ciertos sectores, aquellos en los que estas prácticas se han extendido más y en los que antes se ha constatado su impacto. Uber fue pionero en este sentido; Airbnb le siguió poco después. Posteriormente otras plataformas como Cabify o Deliveroo han ido también demandando su cuota de preocupación. Es éste un fenómeno que está presente en los debates académicos y en el discurso político, en la prensa y en las agendas de los interlocutores sociales. Hay preocupación por sus consecuencias, entre los afectados directamente por cada una de estas plataformas, y en los sectores sociales más amplios que pueden verse también implicados por su impacto sobre los primeros.

Seguramente la mayor particularidad que presenta la absorción por el ordenamiento jurídico de los cambios a los que va a dar lugar al desarrollo de la economía colaborativa es su alcance, que puede ser mayor que el de procesos similares anteriores. Se acepta de manera general que nuestras sociedades y nuestras economías se encuentran en un momento de cambio disruptivo, como consecuencia de avances tecnológicos de todo tipo; este modelo económico sería una manifestación de éste. Las transformaciones que se prevén serán estructurales, mucho más profundas de las experimentadas en procesos anteriores, lo que hace dudar de la capacidad del ordenamiento jurídico de adaptarse a través de sus canales tradicionales.

Entre otras cosas, se pone en cuestión la eficacia de algunas instituciones fundamentales de nuestro modelo socioeconómico. Desde nuestra perspectiva, lo que verdaderamente preocupa es algo que hoy ya se vislumbra, el cambio del papel de trabajo en las sociedades desarrolladas<sup>230</sup>. Ante un escenario tecnológico en el que la actividad productiva de los humanos puede llegar a ser redundante en sectores y actividades enteras, las consecuencias sociales y económicas se adivinan devastadoras. En sociedades incapaces de ofrecer ocupación a grandes sectores de su población habrá que replantearse temas tan esenciales como el acceso a las rentas, los ingresos del Estado, el sistema educativo o las políticas de empleo. Como señala un informe elaborado por el

<sup>230</sup> Véanse las recientes reflexiones al respecto de MOLINA NAVARRETE, C.: “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los “mitos finalistas” en la era digital del “neomercado””, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° 408, 2017.

Parlamento Europeo en este año de 2017, debemos diseñar un nuevo contrato social actualizado al nuevo contexto, ya que el anterior se basaba en un modelo de trabajo que está dejando de ser el predominante, no estando ya disponible en volúmenes adecuados<sup>231</sup>. Hacen falta, por ello, “*nuevos sistemas de beneficios que disocien las ventajas laborales del empleo a tiempo completo*”.

Es la tecnología la que genera este efecto, que parece imparable. Las respuestas potenciales a tamaños desafíos están todavía en fase de debate y diseño, sin que se haya llegado aún a un grado de consenso sobre en qué direcciones deberán producirse éstas. Hay mucha incertidumbre y mucha inquietud. Ante las dimensiones de esta transformación el jurista se dispone a tratar al menos alguna manifestación concreta de ésta, como es la economía colaborativa y el trabajo en plataformas. La dinámica de innovación que se puede generar en el sistema jurídico al hacerlo podrá servir para ir construyendo una respuesta completa al desafío global para la humanidad que supone la tecnología.

### 3. PROBLEMAS DE DELIMITACIÓN

El primer problema que tiene el jurista cuando se plantea ofrecer una regulación adecuada a la economía colaborativa es que este fenómeno no está bien definido y delimitado. Algo lógico teniendo en cuenta el momento de eclosión y extensión de ésta en el que nos encontramos<sup>232</sup>.

Las primeras dudas son terminológicas, puesto que no termina de haber acuerdo sobre cómo denominarlo. Las denominaciones en circulación son numerosas, cada una de las cuales tiene su propia carga conceptual y valorativa; por lo general, también se fijan en algunas de las múltiples facetas del fenómeno.

Parece claro a estas alturas que la denominación que más se utiliza es la de “economía colaborativa”. También es, seguramente, la que más resistencias genera, no tanto en cuanto a la expresión en sí misma, sino a su utilización para referirse a esta realidad. Porque quienes se oponen a nombrarla así lo hacen por considerar que la expresión debe utilizarse para otra muy distinta. En efecto, antes de la economía colaborativa que hoy conocemos hubo un movimiento a favor de modelos

<sup>231</sup> PARLAMENTO EUROPEO, “*The Collaborative Economy: Socioeconomic, Regulatory and Labor Issues*”, Bruselas, 2017.

<sup>232</sup> Dentro del portal del proyecto de investigación Der 2015-63701-C3-3-R se ha publicado una recopilación de textos sobre economía colaborativa, de distinto origen y contenido, conformando una biblioteca sobre este tema. Puede encontrarse en la dirección <http://grupo.us.es/iwpr/biblioteca/economia-colaborativa-y-derecho-social/>



de intercambio y de mercado diferentes a los convencionales; a las manifestaciones de esta tendencia se las conoció en su momento como “consumo colaborativo” primero, y como “economía del compartir” o “colaborativa” después. Décadas después, ya entrado el siglo XXI, algunos autores comenzaron a utilizar esta misma expresión para referirse al trabajo prestado a través de las primeras plataformas de intercambio de bienes y servicios, beneficiándose no sólo del nombre sino de las connotaciones positivas que éste tenía en ese momento. Es por esto que algunos hablan de “la mal llamada economía colaborativa” para referirse a las plataformas on-line, distinguiéndola de la auténtica<sup>233</sup>.

Es indudable que la economía colaborativa “ficticia” o *latu sensu* comparte algunos elementos con la economía colaborativa real o en sentido estricto. La idea general es la misma, que los particulares, no productores, pueden aprovechar sus recursos y capacidades a través de canales alternativos de distribución, que hacen económicamente viable su prestación de servicios o su aprovechamiento de bienes. La confusión de prestadores y consumidores genera un nuevo personaje, el “prosumer”, que combina ambas condiciones. Es evidente también lo mucho que diferencia a ambas, que es mucho: en última instancia, mientras que la economía colaborativa original se plantea como una alternativa al sistema económico actual, la que se ha generalizado en la práctica pretende tan sólo introducir algunos canales originales de transacción dentro de ésta.

En los debates y estudios sobre esta realidad se han ido acuñando otras expresiones que han tenido mayor o menor difusión, como “trabajo 4.0”, “economía de contenedor”, “on-demand economy”, “capitalismo distribuido”, “human cloud”, “sharing capitalism”, “crowdworking”, “economía del compartir”, “crowdsourcing laboral”...<sup>234</sup> No me voy a detener más que en una de éstas, por las razones que expondré.

De Estados Unidos ha venido la expresión “gig-economy”, que contiene algún elemento de lenguaje coloquial que la hace difícil de traducir

<sup>233</sup> Esta expresión la he tomado de NAVARRO, V., en su entrada de blog “Ejemplos nefastos de la mal llamada Economía Cooperativa” publicado en el Diario Público el 21 de diciembre de 2015. Para este autor, “este tipo de economía mal llamada cooperativa es el resultado de la enorme desregulación de la actividad económica. Se salta, así, tanto las conquistas sociales como la protección al consumidor que la sociedad ha ido conquistando, con la excusa de que se abaratan los servicios y se estimula la actividad económica”.

<sup>234</sup> Para una completa e interesante clasificación de los distintos supuestos y denominaciones véase DE STEFANO, V.: “*The rise of the just-in-time workforce: on demand work, crowdwork and labour protection in the gig-economy*”, OIT, Ginebra, 2016.

al castellano si no es usando el mismo tipo de lenguaje<sup>235</sup>. Se habla, así, de “economía de la chapuza”, pero esto tiene en castellano unas connotaciones negativas que faltan en el nombre en inglés, lo que hace que en nuestro país se utilice generalmente en su versión original. Las limitaciones de esta denominación son evidentes: literalmente interpretada se ceñiría a un segmento de la economía colaborativa, aquél dedicado sólo a la prestación de servicios (no de bienes, o de su uso); y sólo a los de escasa entidad y valor añadido, prestados a particulares. Hablar de “chapuzas” cuando estamos ante un sector de la economía que afecta a todo tipo de prestaciones limita, por ello, su validez. Por esto se ha propuesto otra traducción, la de “trabajos esporádicos”, que resulta más adecuada a mi juicio<sup>236</sup>.

Esta limitación es, a la vez, una ventaja, porque nos demuestra una de las particularidades del fenómeno que nos ocupa: cómo unos esquemas de realización de servicios que originalmente tenían sentido para actividades de escasa dimensión y complejidad se han extendido a todo tipo de tareas, incluyendo otras de alta especialización, así como partes de procesos productivos complejos. Ahora están sirviendo para adquirir también la especialización requerida en organizaciones productivas que hacen un uso puntual o reducido de éstas, que no justifica que se produzcan internamente. También se tiende a que se reduzca de manera artificial la dimensión del servicio, como consecuencia una división forzada por razones de estrategia productiva; al resultado se le llama “microtask”.

Como se ha visto se ha generalizado la expresión de “economía colaborativa”, a pesar de todas las reservas indicadas. Se acepta el nombre a la vez que se reconoce su inadecuación, quizás por resultar menos defectuoso que el resto de los utilizados, quizás para beneficiarse de las connotaciones positivas que todavía tiene. Si se es consciente de estas limitaciones, no es mala denominación. El verdadero problema a mi

<sup>235</sup> “Gig” es una expresión antigua en el mundo del espectáculo, con la que se nombraban las actuaciones que los músicos de jazz hacían en clubes de manera ocasional. De ella vino el verbo “gigging”, que algunos han traducido en España por “hacer bolos”, utilizando una expresión común en el ramo musical (hay quienes la usan también en el universitario, para cuando viajan para impartir conferencias). De este mundo pasó al lenguaje usual. Como se ve, la expresión se centra en el carácter ocasional y limitado de una prestación de servicios; no implica en modo alguno una baja calidad de éstos, como sí hace la expresión castellana con la que se suele traducir en los debates sobre economía colaborativa, “chapuza”.

<sup>236</sup> La expresión la he encontrado en el interesante artículo de PLASENCIA, A.: “La invasión del trabajo esporádico, el último terremoto político venido de EEUU”, publicado en el diario “El Mundo”, sección “innovadores”, el 18 de noviembre de 2015.

juicio es otro, que la generalización de este nombre genera la impresión de que se está ante un único proceso, una única realidad generada hace pocos años y hoy en plena fase de expansión. Cuando la realidad es que son varias las transformaciones que se están produciendo en un mismo momento, en estas primeras décadas del siglo XXI.

Estamos viviendo una combinación de cambios en distintos ámbitos de la economía y la sociedad, cuyos efectos convergen en una misma dirección y que quizás por ello se entienden de manera unitaria. De éstos se presta una especial atención a la innovación tecnológica, como el factor fundamental que explica por sí mismo lo que está pasando. Se acaba por pensar que estamos ante la asimilación de los efectos de una serie de cambios tecnológicos (internet de las cosas, internet 4.0, big data), cuando éstos, siendo relevantes, no han sido en modo alguno la causa exclusiva de cuanto estamos viviendo.

A éstos se han sumado unas transformaciones en el consumo, la producción y las estrategias organizativas que en muchos casos se apoyan en los soportes técnicos disponibles, algo que se ha visto incrementado por la generalización de estos soportes por el abaratamiento del acceso a las redes y a los aparatos que lo hacen posible. No es sólo la tecnología, cuyos efectos no están predeterminados ni son unidireccionales; es cómo ésta se utiliza e interactúa con otros procesos de cambio autónomos. Todos éstos acaban por interactuar entre sí, reforzándose pero sin perder su propia identidad, de tal modo que no todos coinciden en unas mismas actividades.

Intentaré identificar algunos de estos procesos, sin la ambición de ser exhaustivo ni en su enumeración ni en su explicación.

Para empezar creo que es fundamental partir de la generalización de formas de colaboración entre ciudadanos al margen del mercado tradicional, una realidad del siglo XXI facilitada por la tecnología pero en modo alguno consecuencia exclusiva de ésta. Una serie de razones (insatisfacción con el funcionamiento de los mercados tradicionales, incapacidad económica de muchas familias para mantener los niveles habituales de consumo, el fomento del consumo de proximidad, la voluntad de aprovechar los propios conocimientos y capacidades) han llevado a sectores importantes de la población a plantearse alternativas con las que obtener los bienes y servicios necesarios, y para obtener rendimientos por los propios. Un cúmulo de circunstancias ha coincidido en apuntar hacia otras formas de producir y consumir, en la línea de la economía colaborativa real o en sentido estricto, en cuan-

to alternativa al sistema económico capitalista tradicional<sup>237</sup>. La crisis financiera mundial ha potenciado estas visiones, al colocar a muchos ciudadanos en situaciones de necesidad, y al demostrar el comportamiento perverso de los operadores tradicionales en muchos sectores económicos.

De estas visiones rupturistas de la economía y del consumo se ha extendido la idea de que es posible satisfacer necesidades y lograr ingresos a través de pequeños intercambios, informales y de cuantía reducida. Esta idea, facilitada por las plataformas tecnológicas, está en la base del desarrollo de la economía colaborativa. Pero es independiente de estos nuevos canales de interconexión, y de hecho antes de generalizarse éstos los movimientos colaborativos estaban ya presentes en nuestras sociedades. Lo que ha ocurrido es que al generalizarse han perdido en una mayoría de los casos muchos de sus elementos críticos o alternativos, para verse reducido a nuevas formas de ofrecer bienes y servicios a potenciales consumidores.

Se ha generalizado también la idea de “economía a demanda”, traducción de la expresión inglesa “on-demand economy”, con la que se denomina la tendencia de las empresas a limitar la obtención de recursos de todo tipo a medida en que éstos van siendo necesarios, y estrictamente en la medida en que lo sean<sup>238</sup>. No es algo nuevo ni mucho menos, pero sí lo es el grado al que se ha llegado en esta concepción de la producción, que forma ya parte del código genético de las organizaciones. Éstas buscan todas las maneras de reducir sus dimensiones, manteniendo la capacidad productiva, para lo que buscan todo tipo de mecanismos de colaboración externa y de adaptación interna.

El problema se produce cuando esta idea se extiende al ámbito del trabajo, y se limita al máximo la presencia de empleados en las organizaciones, bien mediante la búsqueda de alternativas a la contratación laboral, bien mediante la reducción del volumen de contratación a los niveles mínimos disponibles. Una especie de “just-in-time” en el ámbito de los recursos humanos, que exige el redimensionamiento continuo de las plantillas y una reducción progresiva pero constante de éstas.

<sup>237</sup> Las consideraciones medioambientales han estado en la base de estos movimientos desde un primer momento, porque estas formas de intercambio suponen un ahorro de recursos naturales. De ahí su conexión con otras ideas, como las de economía circular, economía de proximidad, etc...

<sup>238</sup> En algunos ámbitos se utiliza la expresión “on-demand economy” como sinónimo de “sharing economy”. No es éste el uso que le doy en este trabajo, porque considero que existen dos fenómenos íntimamente relacionados, pero autónomos.

Tampoco es nada nuevo, aunque sí ha cambiado su intensidad. La adaptación de las plantillas se percibía en el Derecho del Trabajo clásico como una necesidad empresarial legítima, para lo que se le dotaban instrumentos de flexibilidad interna y externa, a la vez que se le reconocían amplias posibilidades de acudir a la cooperación interempresarial y al trabajo autónomo. Esta adaptación se planteaba como una reacción al cambio, señalando el legislador laboral aquellos supuestos legítimos en los que se podía contratar temporalmente, despedir por causas objetivas o modificar las condiciones de trabajo. Hoy el planteamiento es diferente, y se parte de identificar en cada momento qué recursos van a ser necesarios para responder a la cartera de clientes de la empresa, buscando el mínimo volumen imprescindible para ello.

Con esta visión interactúan otras estrategias empresariales, algunas antiguas como la tendencia a la externalización productiva, otras más recientes como el trabajo en proyectos o la división de tareas (“microtasks”), llevando todas a un mismo resultado: empresas sin apenas capacidad productiva, pero con la posibilidad de construirla según le resulte necesario.

¿Cómo ha afectado esto al desarrollo de la economía colaborativa? La idea de que hay que limitar al máximo los recursos productivos disponibles promueve que éstos deban ser completados por otros externos; también con otros internos, pero con una presencia irregular o discontinua en la organización. El resultado es que hay que acudir directamente al mercado para obtenerlos, y las plataformas lo facilitan.

Es necesario entender la relación entre esta tendencia y la tecnología disponible. Cuando las empresas intentan obtener de proveedores externos los servicios que requieren, de manera inmediata y discontinua, las plataformas les proporcionan un acceso rápido y efectivo al mercado de servicios profesionales. Y ello porque se han diseñado para responder a estas demandas, diferentes de las habituales hasta ahora. Sin estos canales seguramente el grado de externalización sería menor, pero la tendencia a contratar con empresas y profesionales ajenos a la organización se mantendría. Es claro que hay plataformas porque las empresas demandan servicios; seguramente es igualmente cierto que la disponibilidad de éstas impulsa esta demanda, al facilitar su satisfacción de una manera rápida y económica.

Desde hace tiempo se viene produciendo un fenómeno que ha interactuado con los otros señalados y cuyo ritmo se ha visto potenciada por los últimos desarrollos tecnológicos: el crecimiento del trabajo autónomo. Este crecimiento tiene múltiples facetas, y la más eviden-

te es la mayor presencia de esta forma de empleo en las economías desarrolladas. Hay otros aspectos dentro de esta tendencia, como la extensión del trabajo autónomo a todo tipo de actividades, incluyendo las prestadas tradicionalmente por asalariados; el uso sistemático de éste por las empresas; el apoyo público a formas de autoempleo como elemento fundamental de las políticas de ocupación; la mayor visibilidad pública de los autónomos, con más sensibilidad hacia su posición y sus necesidades... El grado de penetración en el mercado de trabajo está llegando a unos niveles tales que en algunos países se utiliza la expresión “revolución free-lance” para describir la situación en las primeras décadas del siglo XXI<sup>239</sup>.

Es evidente que hay un cambio de tendencia, en favor de esta forma de trabajar. A ello están contribuyendo otros factores, como la expansión del trabajo a demanda antes identificada; la incapacidad del mercado de trabajo de generar suficiente volumen de empleo asalariado; y los mismos desarrollos tecnológicos que han facilitado su prestación en muchas actividades, reduciendo el coste de disponer de una organización productiva propia. Hay también sin duda un elemento cultural, de mayor valoración de esta alternativa de prestación de servicios profesionales, a la que se presenta no sólo como alternativa válida al empleo subordinado sino incluso como preferente o mejor. Se ocultan sus inconvenientes para poner énfasis en algunos aspectos como la iniciativa, la libertad, la ausencia de jerarquías... Se acuñan nuevas expresiones, como la de “emprendedor”, “innovador”, “start-up”, a las que se dota de connotaciones positivas tanto frente a la tradicional de “trabajador por cuenta propia”, como frente a sus alternativas, el empleo por cuenta ajena<sup>240</sup>.

Es claro que en la economía contemporánea el modelo de prestación de servicios está dejando de ser el trabajador asalariado para serlo el autónomo. Quizás no en términos estadísticos todavía, pero sí en otros aspectos como su valoración en el imaginario social. Las políticas pú-

<sup>239</sup> La expresión, muy utilizada en los Estados Unidos, se inspira claramente en la de “Revolución Industrial”. Su utilización indica que nos encontramos con algo más que un nuevo equilibrio en el mercado de trabajo, sino ante una transformación del mismo calado que la producida con la industrialización generalizada en los siglos XVIII y XIX.

<sup>240</sup> En un país como España, donde la expresión “autónomo” ha sido tradicionalmente relacionada con una mala situación económica y social, y con la ausencia de algunos derechos comunes en el trabajo asalariado, es notable como en los últimos años se ha intentado alterar esta percepción, vinculando la palabra con elementos positivos. A pesar de ello también se han buscado sinónimos un poco eufemísticos, como “emprendedor”; ello a pesar de que en ciertas regiones del país el “emprendimiento” recuerde demasiado todavía a la Semana Santa.

blicas se centran cada vez más en este colectivo, tanto para corregir carencias e injusticias históricas como para presentarlo como salida profesional preferente para desempleados y personas que ingresen en el mercado de trabajo. Incluso se proyecta sobre el trabajo asalariado, para el que se quieren importar algunas de sus notas definatorias. La subordinación típica de ésta se pone en cuestión, promoviendo la iniciativa y el autocontrol de los asalariados. En este sentido se ha acuñado la expresión “intraempresario”, para referirse al trabajador asalariado empleado por una empresa pero que actúa con gran autonomía y responsabilidad por los resultados.

Las consecuencias de esta tendencia son enormes en todos los ámbitos. Es cierto que esta tendencia es anterior a la aparición de la economía colaborativa, y que ya se producía antes de que se dispusiera de los canales digitales que la han potenciado en los últimos años. Lo que ha ocurrido es que su coincidencia en el tiempo con estos soportes tecnológicos que hacen posible la economía colaborativa ha tenido un efecto multiplicador, produciendo una generalización del trabajo en plataformas. A la vez, los valores que se pretenden promover del trabajo autónomo se asumen y hacen propios por la economía colaborativa. Ésta se presenta como el medio natural para la actuación de emprendedores libres de ataduras, con iniciativa y ganas de realizar sus proyectos.

La realidad es que el trabajo en plataformas es en una mayoría de los casos trabajo autónomo; se basa en los acuerdos entre consumidores y prestadores de los servicios, al margen de cualquier relación laboral entre éstos, y entre los trabajadores y las plataformas. Su actividad multiplica el trabajo por cuenta propia, que se extiende a nuevos sectores y actividades, y sus efectos sobre el empleo se ciñen a esta forma de trabajar.

#### **4. LOS DESAFÍOS PARA EL REGULADOR**

Un fenómeno de esta naturaleza y alcance plantea, entre otros desafíos, un claro problema de regulación. Aunque en un primer momento aparecieron como espacios de intercambio autogestionados, al extenderse en la economía, afectando a un número importante de empresas y personas; y al ocupar en muchas ocasiones parcelas del mercado anteriormente cubiertas por formas tradicionales de empresa pronto se planteó la cuestión de su ordenación.



Este asunto incorpora en realidad una pluralidad de cuestiones que el regulador debe resolver. Antes incluso de saber si el Estado debe elaborar un marco específico para estos operadores, hay que determinar si están o no efectivamente reguladas, si se les aplica o no la regulación ya existente para las actividades económicas que desarrollan: legislación del transporte, turística, laboral y fiscal, etc. Porque en sus orígenes esto distaba de estar claro, al presentarse estos servicios como actividades no empresariales, ocasionales y puramente privadas, sin relevancia económica. O incluso se planteaba que la ausencia de reglas estatales formaba parte de este fenómeno, resultando intrínseco al mismo.

Para muchos la economía colaborativa es una especie de “utopía desregulada”, una “economía autogestionada” el secreto de cuyo éxito es precisamente este carácter. Se acude a veces a las ideas que basaban el consumo colaborativo y la “economía auténticamente colaborativa” para justificar y legitimar la ausencia de toda heterorregulación de estas actividades, presentando la intervención estatal como un atentado a las libertades económicas de los sujetos que optan por estos modelos económicos. A la vez se enfatiza su carácter original y rompedor, justificando que la legislación no pudiera contemplarlo, y por lo tanto regularlo. Estaríamos ante una laguna jurídica, que se solucionaría mediante la voluntad de las partes que contratan en estos entornos digitales.

No sólo esto: todo intento regulador resultaría contraproducente al ahogar la iniciativa particular que está detrás de este sector, impidiéndole cumplir sus expectativas en cuanto al crecimiento económico y el empleo.

Desde otras perspectivas se defiende la ausencia de regulación, a partir de visiones sobre el libre acceso a las actividades económicas. Son las posiciones más proclives a la libre competencia las que promueven el abstencionismo legislativo respecto de la economía colaborativa, cuya aparición se celebra como una reacción natural del mercado a un nuevo entorno tecnológico.

Es curioso comprobar cómo las plataformas suelen ser menos estrictas en estos debates que muchos de quienes las defienden. Mientras que éstos adoptan en general un enfoque muy liberal, promoviendo mercados poco o nada regulados y anunciando la muerte del sector por exceso de legislación, aquéllas adoptan enfoques más pragmáticos frente a la regulación, reconociendo su existencia y manifestando su voluntad de cumplirla. Esto tiene su explicación: una vez introduci-



das en un mercado, la oposición de los operadores tradicionales es que incumplen la legislación que regula la actividad de que se trate. Frente a ello, las plataformas defienden que no lo hacen, y que por el contrario se adaptan exquisitamente a ésta<sup>241</sup>. Es más, demuestran estar dispuestas a negociar con las administraciones el cumplimiento de sus obligaciones; y llegan a exigir la aprobación de una legislación específica para su actividad.

Este debate ha sido en gran medida superado, a medida que el sector ha ido adquiriendo mayores dimensiones y visibilidad. Hoy se acepta que las regulaciones generales les son también de aplicación, y la discusión se ha trasladado por tanto a otro plano, si deben o no adaptarse éstas para acomodarlas a sus particularidades; o si es necesario elaborar otras *ad hoc*.

Así lo reconoció en su momento la Comisión Europea, cuyo documento de referencia sobre este fenómeno se llamó precisamente “*A European agenda for the collaborative economy*”<sup>242</sup>. Esta idea de una “agenda reguladora” se ha extendido en los debates, y desde diversas instancias se han elaborado plataformas identificando aquellas materias necesitadas de atención por el legislador, determinando el mapa de lo que debe ser el “Derecho digital” en esta materia concreta. Una vez señaladas las materias a tratar, en ocasiones se ofrecen también soluciones más concretas, indicando cómo deben ser tratadas.

Aunque hay variaciones en cuanto al elenco de cuestiones que se consideran de atención legislativa preferente, podemos encontrar un alto nivel de coincidencia en muchos de los documentos elaborados con esta finalidad; fiscalidad, régimen de responsabilidad, protección de consumidores, cumplimiento de regulaciones sectoriales, protección social de los prestadores de servicios, naturaleza jurídica del vínculo entre prestadores, usuarios y plataformas, control del mercado, determinación de la legislación aplicable... Menos homogéneas son, lógicamente, las soluciones concretas que se plantean, que dependen de la postura de cada entidad respecto de la economía colaborativa.

---

<sup>241</sup> Los recientes conflictos en España respecto de Cabify adoptan este modelo: frente a las acusaciones de competencia desleal del sector del taxi, esta empresa alega que cumple por completo la regulación de su actividad, el transporte de pasajeros con conductor. En este caso concreto la legislación no sólo no es percibida como un obstáculo para su actividad, sino que se presenta por el contrario como la base que la legitima y la garantiza.

<sup>242</sup> COMISIÓN EUROPEA, “*A European agenda for the collaborative economy*”, (COM(2016) 356).

Volviendo a la Comunicación de la Comisión de 2016, en su agenda reguladora se contemplan las siguientes “cuestiones clave”:

- ¿Qué tipo de requisitos de acceso al mercado pueden fijarse?
- ¿Quién es responsable en caso de que surjan problemas?
- ¿Cómo protege a los usuarios la legislación de la UE?
- ¿Cuándo existe una relación de empleo?
- ¿Qué fiscalidad se aplica?

Por las mismas fechas en que la Comisión Europa publicó su Comunicación en España la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) hizo públicas las conclusiones preliminares de una consulta pública acerca de la economía colaborativa<sup>243</sup>. El punto de partida es la afirmación de que *“la economía colaborativa constituye un fenómeno innovador de alcance global y transversal, que está generando importantes cambios estructurales en el funcionamiento de los mercados”*. A partir de ahí, y tras realizar un estudio del fenómeno desde su perspectiva particular (la de la defensa de la competencia), se realizan una serie de recomendaciones sobre el marco normativo del que debemos proveernos para ordenar adecuadamente este sector económico<sup>244</sup>:

- Regulación económica eficiente por la administración.
- Colaboración de la CNMC con los órganos judiciales.
- La administración debe incorporar a las estadísticas oficiales la economía colaborativa.
- Portabilidad de las reputaciones entre plataformas.
- Recomendación a las asociaciones de consumidores y usuarios.
- Mayor libertad de acceso al mercado de viviendas de uso turístico.

<sup>243</sup> “Conclusiones preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa”, accesible en la siguiente dirección electrónica: <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTllqyWvobVqreR-iAzsz1mhxy2y0/edit?pref=2&pli=1#>

<sup>244</sup> Estas conclusiones deben valorarse en su justa medida, porque están condicionadas por dos factores: en primer lugar, el centrarse particularmente en dos aspectos de esta realidad, las plataformas de transporte de viajeros y de alquiler de viviendas turísticas; en segundo lugar, el adoptar como punto de partida una valoración muy positiva de estas actividades económicas, centrándose sobre todo en su potencial impacto económico. Hay que resaltar también que no han sido bien recibidas por todos los sectores implicados, provocando serias críticas en la hostelería y el transporte terrestre.

- Mayor libertad en la actividad de las viviendas turísticas.
- Seguimiento estadístico a la vivienda turística.
- Mayor libertad de acceso al mercado de taxi y VTC.
- Mayores libertades en el ejercicio de la actividad de taxi y VTC.
- Eliminación de las tarifas reguladas en el sector del taxi.
- Limitar la participación de las organizaciones el sector antes de tomar decisiones administrativas.
- Mayor libertad de acceso al mercado de transporte regular de viajeros en autobús.
- Creación de una mesa de seguimiento de la economía colaborativa.

La OCDE, en su documento “*New forms of work in the digital economy*” de 2016<sup>245</sup> identifica también una serie de “policy issues” a discutir en el tratamiento de estas formas de empleo:

- Estatus jurídico del proveedor.
- Multiactividad (“multi-jobbing”).
- Competencia entre proveedores y reputación on-line.
- Principios fundamentales y derechos de los trabajadores.
- Tareas y capacidades de los proveedores.
- Papel de las plataformas como reguladores y ejecutores.
- Privacidad.
- Evaluación de los marcos regulatorios.
- Necesidades de medición.

Al margen de los contenidos concretos que deba tener esta regulación, subsisten los debates sobre aspectos generales de este tratamiento legal de la economía colaborativa. Entre otras cosas, se discute cuál debe ser la actitud del legislador frente a ésta, si debe limitar a regular su funcionamiento o si por el contrario debe promoverla para facilitar su desarrollo. Tampoco hay consenso sobre si el objetivo debe ser el de adaptar la regulación de los distintos sectores y aspectos del trabajo

<sup>245</sup> OECD, “*New forms of work in the digital economy*”. Se trata de un informe técnico presentado para el encuentro ministerial de la OCED sobre economía digital, celebrado en junio de 2016 en Cancún (México). Accesible en [http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/new-forms-of-work-in-the-digital-economy\\_5jlwnklt820x-en](http://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/new-forms-of-work-in-the-digital-economy_5jlwnklt820x-en).

colaborativo actualmente en vigor<sup>246</sup>, o si en cambio debe elaborarse una normativa distinta, y propia, para estos operadores.

Uno de los objetivos fundamentales que se predica es el de la seguridad jurídica, asumiendo que la aparición de este formato de intercambios económicos genera inseguridad por su carácter rupturista frente a un Derecho diseñado para otro tipo de operaciones. Al presentarse esta cuestión como una de regulación de mercados, y siendo la seguridad jurídica un elemento indispensable para el funcionamiento de éstos, es lógico que esta cuestión se haya colocado en un primer plano. Hay cierto consenso en que la situación actual plantea diversos problemas desde este punto de vista. Éste es el enfoque seguido, entre otros documentos, por la Comunicación de la Comisión ya citada, que se fija como uno de sus objetivos “*helping (...) to adress concerns over the uncertainty about rights and obligations of those taking part in the collaborative economy*”<sup>247</sup>.

Ahora bien, el argumento de la inseguridad jurídica se utiliza en este debate en dos sentidos diferentes que debemos distinguir. Por un lado, desde la perspectiva de los sujetos que intercambien bienes y servicios a través de estos canales digitales; el objetivo entonces es evitar que puedan ver afectados por incumplimientos contractuales, o por el no reconocimiento de sus derechos. Pero, y por otro lado, también se habla de seguridad jurídica desde la perspectiva de las propias plataformas, entendiéndose por ésta la posibilidad de que puedan desarrollar su actividad sin que se planteen dudas sobre su legalidad, y sin que se impongan restricciones a sus operaciones. Lo que los operadores demandan es un marco normativo que les permita implementar sus respectivos modelos de negocio con certeza sobre su legalidad y con un régimen jurídico claro para las distintas relaciones jurídicas que puedan establecer. Desde este punto de vista la seguridad jurídica tiene también un componente de liberalización y desregulación, de garantía de acceso al mercado y de protección de la libre competencia.

## 5. EL PAPEL DEL JURISTA DEL TRABAJO

El jurista del trabajo comparte estos planteamientos respecto de la economía colaborativa, pero su postura tiene también otros componentes propios que le señalan y diferencian. Es claro a estas alturas

<sup>246</sup> Ésta es, por ejemplo, la postura de la Comisión Europea, que en su ya citada Comunicación indica que “*the collaborative economy raises issues with regard to the application of existing legal frameworks*”; op.cit., p. 2.

<sup>247</sup> Comisión Europea, *ibidem*.

que va a ser el mercado de trabajo uno de los más afectados por las plataformas colaborativas<sup>248</sup>. Algunos efectos se adivinan positivos, como la creación de empleo o su capacidad para activar profesionalmente a determinados colectivos. Otros, sin embargo, se anuncian como nocivos, entre los que destaca la generalización de un trabajo autónomo de escasa cuantía y calidad, el deterioro de las condiciones de trabajo, la insuficiencia de rentas, la desprotección social, la falta de desarrollo profesional...<sup>249</sup>.

Otra expresión acuñada en los Estados Unidos, cuyo origen no está en el trabajo en plataformas pero que también se ha extendido a éste<sup>250</sup>, expresa muy bien los riesgos de precarización que supone para los trabajadores: VUCA, que es un acrónimo de los sustantivos en inglés “volatility”, “uncertainty”, “complexity” y “ambiguity”, siendo éstos cuatro sustantivos características que se predicen de los empleos generados en este sector.

No es de extrañar que haya sido desde el Derecho del Trabajo que se hayan planteado las posiciones más críticas contra el trabajo en plataformas. Éste tiene una vocación protectora que hoy se extiende al conjunto de los trabajadores, y no sólo a los asalariados. Para lograrlo esta rama del ordenamiento jurídico ha interactuado con el mercado y con el sistema de relaciones laborales para garantizar que aquellos que trabajan lo hacen en condiciones adecuadas, con pleno ejercicio de sus derechos y obteniendo unos salarios suficientes para llevar una vida digna.

Sin embargo, las soluciones que el Derecho del Trabajo ha generado han sido siempre vulnerables a determinadas prácticas que minan su eficacia ordenadora del mercado: la exclusión de la laboralidad, mediante el recurso sistemático al trabajo autónomo, que excluye en bloque la aplicación de todo este aparato de protección; la atipicidad en los contratos de trabajo, que empeora el estatus jurídico de los asalariados; la externalización, cuyo efecto es generar una relación jurídica con otro empleador; la flexibilidad en el desarrollo de la relación laboral...

<sup>248</sup> Véanse al respecto las reflexiones de TODOLI, A., “*El trabajo en la era de la economía colaborativa*”, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, *passim*.

<sup>249</sup> Un estudio muy completo sobre estas consecuencias puede encontrarse en VALENDUC, G. & VENDRAMIN, P.: “*Work in the digital economy: sorting the old from the new*”, European Trade Union Institute Working Paper 2016.03; Bruselas, 2016.

<sup>250</sup> Esta expresión se acuña en las fuerzas armadas estadounidenses para referirse al campo de batalla del siglo XXI, caracterizado por estas notas. Inmediatamente fue utilizada en el mundo empresarial y, dentro de éste, en los recursos humanos.

La economía colaborativa puede convertirse en el próximo factor de precarización de las relaciones laborales, impidiendo a la legislación laboral cumplir su función histórica en un Estado social<sup>251</sup>. La principal amenaza es que surjan bolsas de trabajadores excluidos de su regulación, con condiciones económicas y laborales deficientes. Insertos en un mercado muy particular, el trabajador digital puede convertirse en un empleado VUCAN con mucha facilidad, víctima de una serie de precariedades en su trabajo, su vida profesional, su situación económica y sus expectativas personales<sup>252</sup>.

No es sólo esto: también se ha advertido de la posibilidad de que se produzca un efecto de sustitución de empleos tradicionales, con condiciones válidas, por otros generados por las plataformas que colocan a los trabajadores en situaciones mucho peores.

Lo cierto es que la preocupación por este impacto es evidente. Se ha planteado si su generalización supone “*market efficiency and equitable opportunities or unfair precarisation*”<sup>253</sup>. Hay quien ha hablado de “angustias de uberización”, para describir las preocupaciones generadas entre la comunidad iuslaboralista<sup>254</sup>; son varios los que lo consideran “un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”<sup>255</sup>.

Los estudios sobre sus consecuencias laborales se multiplican<sup>256</sup>; y también las propuestas para desarrollar una regulación adecuada de estas actividades. Las instituciones europeas han jugado, a nivel institucional, un papel muy relevante en estos debates<sup>257</sup>. Debates a los que

<sup>251</sup> En extenso 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*, n°3/2015.

<sup>252</sup> Un estudio del trabajo en plataformas desde la perspectiva de estos efectos en GINÈS I FABRELLAS, A. & GÁLVEZ, S.: “Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital”, *InDret*, Vol. 1, 2016. También DAGNINO, E.: “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on-demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n° 3, 2015.

<sup>253</sup> CODAGNONE, ABADIE & BIAGI, “*The future of work in the Sharing Economy*”, JCR Science for Policy Report, Sevilla, 2016.

<sup>254</sup> AUVERGNON, P.: “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho Laboral”, *Revista de Derecho Social y Empresa*, n° 6, 2016, p. 1.

<sup>255</sup> Entre otros muchos, CAVAS MARTÍNEZ, F.: “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social CEF*, n° 406, 2017, p. 23.

<sup>256</sup> En el ámbito europeo puede verse el Informe del Policy Department A del Parlamento Europeo sobre “*The situation of workers in the collaborative economy*”, European Parliament, PE.597.316.

<sup>257</sup> Ya se ha señalado la fundamental Comunicación de la Comisión sobre “*A European agenda for the collaborative economy*”, que ha tenido el efecto de dirigir en gran medida

han contribuido también varios autores, a nivel individual, en todo el mundo<sup>258</sup>. Los partidos políticos y las organizaciones sindicales también han realizado sus aportaciones, y puede decirse en general que nos encontramos ante una realidad bien estudiada, documentada y debatida, frente a la que los actores más relevantes se han posicionado ya<sup>259</sup>.

El Derecho del Trabajo tiene su propia agenda reguladora respecto del trabajo en plataformas, unos temas que considera imprescindibles a partir de sus propias prioridades. Disponemos de numerosas aportaciones en este sentido<sup>260</sup>. Tomando de nuevo como referencia a los documentos de la Comisión Europea, ésta ha tenido ocasión de promover un estudio en el que se hacen propuestas concretas para los legisladores. Estas propuestas promueven crear una Estructura de Apoyo Justa y Digna (“Fair and Dignified Support Infrastructure, FDSI), basada en una serie de “pilares” que permitiría un desarrollo adecuado de las plataformas:

- Establecimiento de un salario mínimo, junto con un máximo número de horas de trabajo al día; la aceptación de uno y otro no debería poder ser utilizado por las plataformas para desactivar o extinguir los contratos de los trabajadores.
- Introducción de alguna forma mínima de protección social y de aseguramiento de la salud.

---

los debates posteriores; en este trabajo las cuestiones laborales se tratan, con un apartado específico, pero sus objetivos son generales. Desde una perspectiva estrictamente laboral destaca el trabajo publicado por el Policy Department A del Parlamento Europeo en febrero de 2017 sobre *“The collaborative Economy: Socioeconomic, Regulatory and Policy Issues”*, ip/a/imcon/2016/12. Este trabajo recoge los argumentos presentados durante un taller de trabajo del IMCO Committee, y fue redactado por el profesor ARUN SUNDARARAJAN.

<sup>258</sup> En España destaca el completo trabajo de HERNÁNDEZ BEJARANO, M.: “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad Social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 192, 2016, en el que identifica los principales policy issues para para una regulación ordenada de este sector.

<sup>259</sup> Un buen resumen de estas posiciones en España, con aportación de sus propias posiciones, en GoVup y ADIGITAL, *“Trabajo en plataformas digitales. Análisis y propuestas de regulación”*, Madrid, 2017. ADIGITAL es la Asociación Española de la Economía Digital; y GoVup, un *policy lab* centrado en la regulación y gobernanza eficiente.

<sup>260</sup> Me permito remitirme a dos trabajos míos en los que he estudiado esta cuestión, realizando mis propias sugerencias para una regulación de la economía colaborativa. Así, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Creatividad y Sociedad*, nº 26, 2016; y “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº 137, 2017.



- Estudio de alguna forma de aseguramiento por daños a terceros, así como algunas formas de medidas de protección de la salud y seguridad.
- Regulación de tipo y frecuencia de las diversas formas de control tecnológico y de la utilización de los datos del trabajador para asegurar la protección de su intimidad.
- Debe asegurarse que la clasificación algorítmica automática y las calificaciones reputacionales no producen, al maximizarse los volúmenes de las plataformas, discriminación por razón de género, origen étnico, raza y edad.

Por mi parte, me permitiré apuntar someramente algunos de los temas que deben ser, a mi juicio, objeto de atención preferente en una posible ordenación legal de la economía colaborativa.

### 5.1. LA CALIFICACIÓN DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS

El trabajo en plataformas se presta en un contexto normativo basado todavía en una dicotomía laboral/no laboral que determina la aplicación o exclusión en bloque del Derecho del Trabajo. Como se ha dicho antes, el trabajo en plataforma se basa en un paradigma de trabajador autónomo, al que se llama free-lance, carente de todo tipo de vinculación laboral ni con ésta ni con sus clientes. Otra cosa es que lo sea realmente, o por el contrario oculte prestaciones de trabajo asalariado. Una de las principales críticas que se hacen a la economía colaborativa desde el punto de vista que nos ocupa es que está forzando una calificación de actividad por cuenta propia a situaciones en las que lo que hay es trabajo por cuenta ajena, provocando una huida del Derecho del Trabajo en detrimento de los prestadores de servicios. El primer factor de precarización que se asocia a este modelo de economía sería éste.

No obstante, este aspecto se ha constatado principalmente en relación con un número reducido de plataformas, de primera generación, que han concentrado los debates sobre el tipo de trabajo que generan: Uber, principalmente, que es un caso muy particular que no debe servirnos de pauta para enjuiciar lo que ocurre en otras plataformas. Y ello porque opera con un modelo que podemos calificar como, “extremo”, poco comparable con otras plataformas, por el grado de intervención y de control que retiene sobre los conductores; un grado que no es el común en este sector de la economía<sup>261</sup>. Otras plataformas sí

<sup>261</sup> Por el contrario, un estudio de los distintos tipos de trabajos en plataformas nos indica que muchas de éstas se separan del modelo implantado por esta empresa de



son en realidad intermediarios tecnológicos, actuando como canales avanzados de intercambio de información entre oferta y demanda de servicios. La verdadera relación jurídica puede establecerse entre el trabajador y el destinatario de los servicios, a través de los cauces de contrato de servicios, operando la plataforma sólo en el momento de la contratación, como mediador o agente. Uber es, en este sentido, un mal ejemplo. Debemos considerar por ello que las dudas sobre la laboralidad de la relación entre esta empresa y sus conductores pueden no resultar extensibles a otros negocios del sector.

No es una cuestión técnica ni neutral: las propias plataformas pretenden excluir la condición de empleador intentando dirigir la relación jurídica que les une con las personas que prestan los servicios que proveen hacia otros modelos. Se presentan como meros intermediarios, que quedan fuera del nexo entre las partes reales del contrato, trabajador y cliente; “intermediarios tecnológicos”, más precisamente, para indicar que se limitan a suministrar el soporte técnico necesario para este intercambio. Esto es un elemento fundamental para el modelo de negocio de una mayoría de éstas, que no resultaría sostenible si asumieran la condición de parte empleadora en contratos de trabajo con estas personas. En las condiciones contractuales de algunas de estas plataformas se establece con claridad esta naturaleza; muchas de éstas llegan a imponer una terminología propia e inventada para evitar el uso de cualquier denominación que pudiera sonar a trabajo asalariado, y así recurren a expresiones como “turks”<sup>262</sup>, “raiders”<sup>263</sup>, conductores, “slashers”, “coworkers”, colaboradores, proveedores, prosumers...

Es claro que esta exclusión de la laboralidad es lo que más ha preocupado a los laboristas, que afrontamos desde hace décadas fenómenos de huida del Derecho del Trabajo a través de la figura del falso autónomo. Está fuera de discusión que algunos trabajadores digitales son

---

transporte. En pocos casos vamos a encontrar un nivel de control sobre los trabajadores, predeterminación de los servicios y precios e imagen exterior como las que Uber imponía a sus conductores.

<sup>262</sup> Así se hace en una de las plataformas más importantes para la prestación de servicios profesionales, Amazon Mechanical Turk. Lo de “turk” (turco) viene del nombre del servicio, que se inspira en el legendario “turco mecánico”, un robot ajedrecista y más o menos antropomórfico que recorrió Europa en el siglo XVIII. Un excelente y completo estudio de los aspectos jurídico-laborales de esta plataforma en GINÈS I FABRELLAS, A.: “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, 2016.

<sup>263</sup> Este es el caso de Deliveroo, plataforma a través de la cual se contrata el transporte a domicilio de comidas de restaurantes; los que realizan el transporte, en bicicleta o motocicleta, reciben este nombre, “riders” (jinetes), inspirados en los clásicos jinetes del Pony Express norteamericano del siglo XIX.

verdaderos asalariados; también lo está que las particularidades de la forma de realizarse esta actividad complican la tarea, de por sí difícil, de determinar la presencia o ausencia de los criterios de laboralidad. Hasta ahora han sido los jueces laborales en diversas jurisdicciones los que han venido ocupándose de esta tarea. Ante las dificultades encontradas, se está promoviendo también que se produzca alguna intervención del legislador laboral que contribuya a aclarar la cuestión, declarando formalmente el carácter de trabajador asalariado de los prestadores de servicios a través de estas plataformas.

No es común que el legislador adopte decisiones sobre integración de colectivos concretos dentro del ámbito laboral. La delimitación del trabajo asalariado no se hace con un método tipológico, enumerando los colectivos que reciben esta naturaleza, sino a través de la identificación de unos criterios definitorios, aplicados por los tribunales mediante indicios. Con todo no es descabellado ni inaudito que se identifiquen a grupos de trabajadores para aclarar o imponer su carácter laboral, y de hecho tenemos algunos precedentes en España<sup>264</sup>. Lo que no está claro todavía es que, dificultades técnicas aparte, esta opción resulte conveniente. La laboralización generalizada e indiscriminada del trabajo en plataformas no es una respuesta adecuada, ante la gran variedad de supuestos que podemos encontrarnos, para algunos de los cuales ésta resultaría del todo improcedente.

## 5.2. LAS PRESTACIONES DE SERVICIOS NO LABORALES

Con independencia de que se afine la cuestión de la delimitación de la laboralidad del trabajo en plataformas, debe quedar claro que éste va a ser en una mayoría de los casos uno no asalariado. Pues bien, también resulta patente a estas alturas la inadecuación de los mecanismos de regulación y de protección del trabajo autónomo para estos trabajadores, por lo que hay que adaptar el esquema del trabajo por cuenta propia, pensado para una determinada realidad social y profesional, para que siga siendo de utilidad a este otro colectivo, muy diferente y sobre todo muy diverso. Son muchos los aspectos necesitados de mejora: la ordenación del intercambio de prestaciones; el régimen de responsabilidades entre las partes; el papel del intermediario tecnológico; el modelo de protección social, etc...

<sup>264</sup> Como muestra de inclusión expresa por el legislador podemos indicar el caso de los altos directivos y los empleados de servicio doméstico, a partir de la primera versión del Estatuto de los Trabajadores de 1980. Como muestra de exclusión, los transportistas autónomos en 1994.

Sobre todo habrá que repensar estos contratos asumiendo lo que verdaderamente son el siglo XXI: no tanto el soporte de intercambios reales entre profesionales y clientes en igualdad de condiciones, sino el vehículo a través del cual personas físicas acuden al mercado para obtener una retribución que les sirva de soporte vital, en situaciones de profunda desigualdad económica las más de las veces.

En el trabajo en plataformas las modalidades contractuales no laborales deben ser capaces de ofrecer un marco regulador en el que las obligaciones del cliente y de la propia plataforma se adapten para contribuir a la tutela del prestador, que puede encontrarse en una situación de debilidad económica. Hay que buscar mecanismos para asegurarle alguna forma de estabilidad, de continuidad en el ingreso, de seguridad jurídica en las obligaciones mutuas, de responsabilidad, y de calidad en las condiciones de prestación del trabajo en general. Todo ello sin llegar a la laboralización indiscriminada de estas prestaciones, que no siempre resultará posible o adecuada, como se ha dicho. En este sentido se ha sugerido la utilidad de diseñar nuevos tipos contractuales intermedios entre el asalariado tradicional y el autónomo común, en la línea de la tendencia generalizada en el siglo XXI de superar la dicotomía tradicional sobre la que se ha construido la regulación de los servicios profesionales<sup>265</sup>.

Otras propuestas plantean crear nuevas categorías capaces de englobar a unos trabajadores con características tan poco usuales, como la de “independent worker” que se ha elaborado en la doctrina ius-laboralista norteamericana<sup>266</sup>; o utilizar la tipología de modalidades contractuales laborales y paralaborales<sup>267</sup>, incluyendo las figuras de las relaciones laborales especiales o el trabajo parasubordinado<sup>268</sup>.

<sup>265</sup> Por ejemplo, GARCÍA QUIÑONES, J.C.: “Desarrollo tecnológico y nuevas maneras de trabajar: ¿Hacia una reconfiguración en los contornos del derecho del trabajo?”; y TODOLÍ SIGNES, A.: “El trabajador en la “Uber economy”: Ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”; ambos trabajos son comunicaciones presentadas al XXVI Congreso de la AEDTSS; Córdoba, 2016.

<sup>266</sup> Esta es la propuesta de HARRIS, S.D. & KRUEGER, A.B.: “A Proposal for Modernizing Labor Laws for Twenty-First-Century Work: The “Independent Worker”, The Hamilton Project, 2015; críticos con esta propuesta son EISENBREY & MISHEL “Uber business model does not justify a new ‘independent worker’ category”, 2017, accesible en <http://www.epi.org/publication/uber-business-model-does-not-justify-a-new-independent-worker-category/>

<sup>267</sup> TODOLÍ SIGNES, A.: “¿La figura del TRADE resuelve los problemas laborales de la uber economy?”, *Argumentos en Derecho Laboral*, 2016, accesible en <https://adrian-todoli.com/2016/06/15/la-figura-del-trade-resuelve-los-problemas-laborales-de-la-uber-economy/>.

<sup>268</sup> Aunque la experiencia europea nos demuestra que las categorías intermedias entre una y otra forma de empleo no han alcanzado todavía un nivel suficiente de operativi-

No se trata tan sólo de avanzar en la ordenación equilibrada y sostenible de los contratos de servicios no laborales, que se prestan en un entorno colaborativo. Debemos avanzar también en el diseño de un marco normativo adecuado la economía colaborativa real, aquella en la que lo primordial es la colaboración auténtica entre ciudadanos, al margen del mercado. El Derecho del Trabajo tiene figuras en las que cabrían, en principio, estos intercambios: las prestaciones de servicios a título de amistad, benevolencia y buena vecindad, de un lado; y los trabajos familiares, por otro, si bien estos últimos están muy limitados por las exigencias de cercanía en el grado de parentesco que exige el legislador. Los trabajos benévolos son seguramente los más cercanos a los de la economía colaborativa real<sup>269</sup>; responden, sin embargo, a una lógica diferente, al faltar el carácter sinalagmático que encontramos en el consumo colaborativo. Su carácter de actividad excluida del Derecho del Trabajo, además, les impide tener una regulación que pueda servir de pauta para ordenar la actividad de colaboración entre particulares.

La alternativa, considerar que en la economía del compartir existe trabajo asalariado, pero retribuido mediante la prestación de otros servicios de valor equivalente, resulta igualmente insatisfactoria. No se trata tan sólo de retribución en especie, sino que también hay una ausencia de dependencia que impide esta calificación. Incluso si se aceptara ésta, las dificultades que genera la aplicación de la legislación laboral, fiscal y de Seguridad Social son también evidentes.

En general se ha planteado la dificultad que supone para el ordenamiento jurídico en su conjunto este tipo de prácticas, de claro contenido económico pero que escapan a la lógica del mercado. Los espacios para intercambios prestados por otros títulos jurídicos son limitados, claramente insuficientes para dar respuesta a un fenómeno de este volumen. Más claras son las limitaciones cuando se les pretende utilizar

---

dad como para dar respuesta a este fenómeno, y en muchos casos no se ha pasado de diseñar una forma de trabajo autónomo algo más protegido. Cuando no han servido para dar carta de naturaleza a situaciones claramente fraudulentas, justificando que no se reconozca la verdadera naturaleza de los servicios.

<sup>269</sup> Sobre esta materia existen trabajos clásicos en nuestra doctrina, como los de ALONSO OLEA, M.: "Trabajos familiares y amistosos, benévolos y de buena vecindad", *Revista española de derecho del trabajo*, n° 100, 2000, p. 83; y de VALDÉS DAL-RÉ, F.: "El trabajo prestado a título de amistad, benevolencia y buena vecindad", *Relaciones Laborales*, n° 2, 2012. Un estudio jurisprudencial en RODRÍGUEZ CARDO, I.A.: "Los trabajos amistosos, benévolos y de buena vecindad como prestación de servicios no laboral: un repaso a la doctrina judicial reciente", *Actualidad Laboral*, n° 22, 2007, p. 2672.

para legitimar un modelo de economía presuntamente colaborativa, a través de plataformas y mediando retribución, desregulado y al margen de las normas laborales<sup>270</sup>.

### 5.3. LA CALIDAD DEL EMPLEO

La otra gran preocupación que provoca el trabajo digital es el de la calidad del empleo que genera. Con independencia de su condición, si por cuenta propia o ajena, existen a estas alturas muchas evidencias que las condiciones en las que se prestan estos servicios suponen en una mayoría de los casos un empeoramiento respecto de las que reciben los trabajadores convencionales<sup>271</sup>.

Esta pérdida de calidad se percibe en todas las dimensiones de ésta. Al realizarse por lo general servicios de escasa entidad y duración, los ingresos que se obtienen pueden ser escasos e irregulares, insuficientes para cumplir su función de asegurar los ingresos suficientes para la economía doméstica. En esto la economía colaborativa se asemeja a otro de los grandes problemas de nuestro mercado laboral, la pobreza en el trabajo, que se ha aguzado tras las reformas laborales de la crisis financiera mundial. El Estado del Bienestar está viendo erosionada una de sus bases, la integración social mediante el trabajo, por la pérdida de calidad de los empleos, que ya no bastan para producir este efecto integrador.

La irregularidad de los ingresos se acompaña de la inestabilidad de los empleos que se genera, que se agotan con la prestación del servicio contratado sin generar más compromiso para la plataforma que el aceptar la disponibilidad de la persona para otro encargo. Esto tiene consecuencias en cadena: falta de carrera profesional, mayor incidencia de los riesgos profesionales, ausencia de formación a cargo de la empresa...

Dentro de esta faceta presenta una especial gravedad la cuestión del tiempo de trabajo, uno de los campos de protección más avanzada del Derecho del Trabajo tradicional. El tipo de demanda que reciben estos proveedores no encaja en los módulos horarios tradicionales, y generalmente exige una inmediatez que haga imposible respetar los límites

<sup>270</sup> Ha anunciado esta carencia, entre otros autores, SALVADOR CODERCH, P.: "Relaciones de complacencia en el entorno digital", *Revista jurídica de Catalunya*, vol. 114, N° 4, 2015, p. 953.

<sup>271</sup> Un estudio completo de los costes para los trabajadores y para la sociedad en ROGERS, B.: "The Social Costs of Uber", *The University of Chicago Law Review*, n° 82, 2005, p. 85.

estándares de horario y jornada. Este no es un problema exclusivo del trabajo en plataformas, ni siquiera del empleo en sectores intensivos en tecnología<sup>272</sup>. Tiene que ver más bien con otros factores como la situación del mercado de trabajo, las exigencias de flexibilidad, las presiones competitivas o la internacionalización de las empresas. En el que nos ocupa se produce con especial virulencia, potenciado por el tipo de servicios y el canal de contratación. El frecuente carácter transnacional que tienen estos servicios puede incrementar este efecto, al coincidir los períodos de actividad del cliente con los de descanso del trabajador, que se ve obligado a renunciar a ellos.

Más aún, lo irregular de los servicios que se contratan y su escasa cuantía presiona a los trabajadores digitales a estar disponibles más tiempo, y ocuparse en un mayor número de encargos para poder incrementar sus ingresos; cuando no es la misma plataforma la que obliga a aceptar todos estos encargos so pena de quedar excluido del elenco de proveedores. El resultado es un alto nivel de autoexplotación, que se incrementa el nivel de precarización que muchas plataformas suponen.

#### 5.4. LA REPRESENTACIÓN Y TUTELA COLECTIVA DE LOS TRABAJADORES DIGITALES

Los trabajadores digitales encuentran serias dificultades para desarrollar una autotutela de sus intereses. Su dispersión, discontinuidad y diversidad hacen complicada la identificación de sus intereses colectivos, su organización para defenderlos, constitución de mecanismos de representación y el ejercicio de medidas de presión. A pesar de ello, en esta fase temprana del desarrollo de la economía colaborativa ya se han producido algunas experiencias de defensa organizada de sus intereses por trabajadores digitales, como ha ocurrido con los conductores de Uber en algunas ciudades norteamericanas, o con los reparadores de Deliveroo en España, que han llegado a crear un sindicato y a convocar una huelga para exigir una mejora de sus condiciones

<sup>272</sup> El reciente debate sobre el llamado “derecho a la desconexión”, intensificado tras las reformas legales en Francia y las experiencias negociales en países como Alemania o España, es buena muestra de la actualidad de este problema. Las instituciones tradicionales de ordenación del tiempo de trabajo se han visto superadas por las exigencias de las empresas y de sus clientes, imponiendo jornadas excesivas y afectando a la vida laboral y personal de las personas que trabajan. Contamos ya con alguna publicación científica de calidad al respecto. Véanse en este sentido los trabajos de ALEMÁN PÁEZ, F.: “El derecho de desconexión digital: una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la “Loi Travail N° 2016-1088”, *Trabajo y derecho*, n.º. 30, 2017, p. 12; y de VALLECILLO GÁMEZ, M. R.: “El derecho a la desconexión: ¿“Novedad digital” o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Revista de trabajo y seguridad social CEF*, n.º. 408, 2017, p. 167.

retributivas, con éxito. No es ésta, sin embargo, la regla general, y lo cierto es que estas prácticas son excepcionales, moviéndose los empleados de plataformas en una situación en la que deben defender de manera individual sus intereses. Lo que se traduce en la aceptación de las condiciones establecidas de manera universal por la empresa que gestiona el soporte tecnológico y, todo lo más, alguna negociación con el consumidor final de sus servicios.

La ausencia de una acción colectiva vigorosa y generalizada es especialmente perniciosa porque ésta podría ser una alternativa de protección para la mejora de su estatus ante las limitaciones del marco jurídico vigente<sup>273</sup>. El papel protagonista que podría tener la negociación colectiva para establecer marcos reguladores adecuados para cada situación se ve también comprometido, dejando el espacio para el legislador o la autorregulación de las propias plataformas.

Hay problemas organizativos pero también jurídicos para hacerlo posible, ya que en una mayoría de los ordenamientos no existe la posibilidad de una regulación colectiva de las profesiones fuera del ámbito del trabajo asalariado. Tampoco la acción colectiva es contemplada, cuando no se considera, en el caso de los trabajadores autónomos y los microempresarios, que supone una vulneración del Derecho de la Competencia.

## 5.5. LA PROTECCIÓN SOCIAL

El Derecho Social afronta también el desafío de asegurar el acceso de las personas que trabajan en plataformas a la protección social<sup>274</sup>. En general se considera que los trabajadores de la economía colaborativa están en una situación desfavorable desde el punto de vista de los sistemas de seguridad social, especialmente aquellos basados en esquemas profesionales o en la provisión de protección por parte de empresas empleadoras. Sean asalariados o autónomos, la forma en que se relacionan con el mercado, con sus clientes y con la administración no es la estándar y tradicional, lo que genera riesgos evidentes de desprotección.

Esta desprotección puede operar a diversos niveles. De manera inmediata, pueden quedar al margen del sistema público, bien porque sus servicios quedan en el espacio de la economía informal, bien porque, aun prestándose de manera legal, no alcanzan las dimensiones consi-

<sup>273</sup> OECD, op.cit., p. 30.

<sup>274</sup> En extenso HERNÁNDEZ BEJARANO, M., *ibidem*.



deradas como relevantes para activar la cobertura del sistema. Así se ha denunciado en España, donde la definición de trabajador autónomo a efectos de la inclusión en su régimen especial exige un elemento, la habitualidad, que puede no ser fácil de encontrar en los trabajadores en plataforma.

Al margen del acceso al sistema hay algunas prestaciones de la seguridad social pública que pueden plantear especiales complicaciones. En el largo plazo, los trabajadores digitales pueden encontrar muchos obstáculos para acceder a prestaciones de jubilación aceptables, dadas las particularidades de sus carreras profesionales, que se reflejan en sus carreras de seguro.

Los sistemas de seguridad social de carácter profesional presentan importantes carencias para garantizar las rentas de los trabajadores digitales. Su principal instrumento para ello, la protección por desempleo, se pensó para situaciones ocasionales de desocupación, entre períodos de empleo largos; la falta de empleo podía ser también larga, pero sería siempre una situación extraordinaria. La prestación se hace depender de la involuntariedad del paro, tanto desde el punto de vista del ingreso en éste (y para esto se construye la figura de la situación legal de desempleo) como de la permanencia en él (compromiso de actividad y aceptación de ofertas adecuadas). Y su objetivo es compensar la pérdida de rentas generada por la falta de salarios.

En la economía colaborativa la insuficiencia de rentas no va a venir tanto de la falta de empleo, sino de la incapacidad de éstos de producir un nivel adecuado de ingresos. Esta carencia de medios puede ser crónica o recurrente. Por ello la activación de la protección no puede basarse, como ahora, en una situación prefijada de pérdida de ocupación, sino que deberán tenerse en cuenta diversas circunstancias de la persona y de su núcleo familiar. De la misma manera, la condición de activo y la disposición a trabajar del beneficiario de las prestaciones por desempleo no puede verse ya al modo tradicional, a partir del cumplimiento de un compromiso de actividad de acuerdo con un modelo de contractualización de esta protección; antes bien, será el hecho de trabajar, paradójicamente, lo que demostrará esta condición. Trabajar, claro está, sin llegar a unos niveles considerados suficientes de ingreso, como consecuencia de las condiciones del mercado o las circunstancias personales y familiares<sup>275</sup>.

<sup>275</sup> De alguna manera el modelo debe orientarse hacia el reconocimiento generalizado del desempleo parcial; o mediante la exigencia de un volumen mínimo de empleo para poder generar las prestaciones, al modo del tan denostado desempleo agrario.



No es de extrañar que en los debates sobre las transformaciones que la presente revolución tecnológica van a producir en el mercado de trabajo, incluyendo las plataformas pero también la robótica, la IA, el internet de las cosas, el big-data, etc., se esté tratando también esta cuestión. Una de las conclusiones a las que se está llegando es que, ante la imposibilidad de generar empleos de calidad para un volumen suficiente de población, deberán introducirse sistemas de renta universal para todos los ciudadanos.

Otros cambios en el mercado de trabajo, como la tendencia de éste a operar como mercado transicional, con entradas y salidas continuas del desempleo, o la existencia de bolsas de desempleo crónico, ya habían puesto en tensión la capacidad protectora del sistema. La economía colaborativa sigue esta línea, por lo que parece claro que los sistemas de protección social pública, el soporte fundamental del Estado del bienestar, deberán ser objeto de profundas transformaciones no sólo para asegurar su sostenibilidad, sino sobre todo para poder mantener su eficacia como garantes de integración social y dignidad para la población.

## 5.6. OTRAS CUESTIONES

La economía colaborativa está produciendo que algunas cuestiones consideradas poco relevantes para el Derecho del Trabajo pasen a tener una gran importancia, colocándose en primera línea de la agenda reguladora de éste, por existir nuevos problemas para los trabajadores digitales. Para terminar esta enumeración de asuntos candentes me limitaré a indicar algunos de éstos.

Para el Derecho del Trabajo la existencia de una pluralidad de empresarios es muy relevante cuando nos encontramos ante una única relación de trabajo; así ocurre con los supuestos de colaboración interempresarial como la subcontratación o la cesión de mano de obra. No lo es, sin embargo, cuando son varias las relaciones que existen, como en los casos de pluriempleo; ni cuando la pluralidad es sucesiva, al producirse la salida del empleo y el acceso a otro nuevo<sup>276</sup>. Esto es así porque se ha partido siempre de una libertad completa del trabajador en cuanto a su permanencia en el contrato de trabajo, con muy pocas excepciones, estando esta libertad en el código genético del Derecho laboral desde su protohistoria. A esto ha contribuido, se-

<sup>276</sup> Esta falta de atención contrasta, por ejemplo, con el detalle y rigor con que se ha regulado siempre la transmisión de empresas, supuesto cercano en el que cambia la persona del empleador aunque se mantenga la relación de trabajo.

guramente, que no se han identificado situaciones de riesgo para los trabajadores en estos casos, más allá de los posibles excesos de jornada en el caso de trabajar para varios empleadores simultáneamente. Las figuras tradicionalmente vinculadas a estas situaciones denotan este carácter secundario: la cláusula de no competencia postcontractual, la prohibición de la competencia desleal, la cláusula de permanencia...

En la economía colaborativa esto va a cambiar, porque en el modelo de trabajo que se generaliza van a ser constantes las rotaciones y el trabajo para varias plataformas, posiblemente competidoras entre sí<sup>277</sup>. El prototipo de trabajador es el que va de una a otra con regularidad (“slasher”), o el que desempeña distintos tipos de servicios simultáneamente (“multijobbing”)<sup>278</sup>. A partir de aquí, ¿puede exigirse la inscripción exclusiva en una éstas? ¿Puede imponerse la permanencia y/o la disponibilidad para aceptar los encargos? ¿Tienen sentido estas limitaciones cuando la plataforma no garantiza un nivel mínimo de actividad como para asegurar unos ingresos suficientes? Hasta el momento han sido las mismas empresas las que han impuesto sus soluciones a éstas y otras cuestiones. La intervención legislativa es, por ello, imprescindible<sup>279</sup>.

El pluriempleo como regla obligará a considerar también otros aspectos: la prioridad en caso de concurrencia de encargos; la aplicación de los límites de jornada cuando se trabaja para varias plataformas; la identificación del sujeto responsable en caso de accidente de trabajo; la imputación de los gastos surgidos con la prestación de servicios; la cotización a la seguridad social; la no competencia... La rotación continua motivará también que se replanteen las cláusulas de permanencia<sup>280</sup> y las de no competencia poscontractual. La disponibilidad para aceptar un servicio, y no ya exclusivamente del tiempo de trabajo efectivo, pasarán a ser una parte importante del objeto de la prestación de trabajo. Este tipo de compromisos es ya relevante para algunos

<sup>277</sup> La realidad es que en las plataformas de servicios también se puede identificar la presencia de tres sujetos en sus operaciones, como en la cesión y en la contrata: el trabajador, la persona que recibe los servicios y la que pone en contacto a ambos por medio de una plataforma de gestión.

<sup>278</sup> OCDE, *op.cit.*, p. 29.

<sup>279</sup> OCDE, *ibídem*.

<sup>280</sup> Recientemente en el estado de Idaho, en los Estados Unidos, se ha aprobado una normativa que restringe la capacidad de los trabajadores de abandonar sus puestos de trabajo para aceptar ofertas de empleo en otras empresas del sector. Este tipo de regulaciones se está generalizando en la economía digital, no tanto por el trabajo en plataformas sino por la alta rotación de los empleados de alta cualificación en el sector de la tecnología. Afectan, sin embargo, a todo tipo de personas y empresas.

empleos concretos, minoritarios en el mercado de trabajo contemporáneo; en las plataformas de trabajo colaborativo serán un elemento connatural a una mayoría de las ocupaciones.

En tal contexto deberá intensificarse también la tutela jurídica del ciudadano en el mercado de trabajo, porque en este sector particular de la economía los riesgos y las necesidades de los trabajadores son mayores. Así, el derecho constitucional al trabajo debe activarse para eliminar las condiciones impuestas por las plataformas que lo limiten, por imponer la aceptación de tareas, establecer permanencias mínimas o limitar el acceso a otras<sup>281</sup>. Estos canales de contratación deberán regularse en su faceta de mecanismo de acceso al empleo, de acuerdo con los principios de ordenación del Derecho del Empleo.

Muchas de estas prestaciones de servicios son transnacionales, ya que en el soporte de la red en que se producen las fronteras estatales son un factor irrelevante. A la complejidad ya indicada de conocer la legislación que se aplicará al intercambio de unos servicios por su retribución a través de una plataforma de contratación se añade el hecho de que cada uno de estos tres factores puede estar situado en Estados diferentes. Hay que diseñar mecanismos ágiles para gestionar los conflictos de leyes, garantizando la seguridad jurídica pero evitando a la vez el dumping social propio de este tipo de situaciones transnacionales.

En las relaciones laborales los conflictos entre las partes de la relación de trabajo son numerosos, continuos y necesitados de mecanismos ágiles de resolución. Para hacerlo se han desarrollado sistemas avanzados y muy eficientes, autónomos (medidas de presión, mecanismos de solución extrajudicial de conflictos) o heterónomos (sistemas judiciales o extrajudiciales). En el ámbito de la economía colaborativa se duda de que éstos resulten operativos para satisfacer adecuadamente las exigencias de justicia de los trabajadores digitales. Es cierto que los existentes han funcionado, y en el caso Uber, pionero de lo que vendrá después con otras plataformas, han sido los tribunales y organismos administrativos estadounidenses, británicos, franceses o españoles los que han dado las primeras respuestas a las demandas de sus conductores.

<sup>281</sup> Me he ocupado de esta cuestión en otro trabajo, al que me permite de nuevo remitirme, con ocasión de un homenaje al profesor Manuel Ramón Alarcón Caracuel: RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "El derecho al trabajo en la Constitución Española", en CRUZ VILLALÓN, GÓMEZ MUÑOZ & RODRÍGUEZ-RAMOS VELASCO (coords.), *"Los debates actuales en el Derecho del Trabajo y la protección social. Estudios en recuerdo del profesor Dr. Manuel Ramón Alarcón Caracuel"*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2016, p. 2016.

En el ámbito de la economía digital ya han aparecido algunas soluciones innovadoras para resolver las controversias que surgen entre sus usuarios. Así ha ocurrido con algunas monedas digitales, como el bit-coin, con bastante éxito. Serían como plataformas de resolución de conflictos, que utilizan modelos muy simplificados de arbitraje; tiene como ventajas su accesibilidad, su bajo coste y, sobre todo, su carácter supranacional. Es razonable esperar que se generalicen también para las plataformas de economía colaborativa, como complemento a los aparatos judiciales y administrativos nacionales.

## 6. CONCLUSIONES

Como se ha podido constatar en el estudio realizado en las páginas anteriores, la economía colaborativa es un fenómeno complejo que se está extendiendo a nivel global a un ritmo sin precedentes. Este ritmo, unido al carácter disruptivo que tiene en múltiples aspectos, está poniendo a prueba la capacidad de reacción del ordenamiento jurídico. El resultado está siendo una evidente obsolescencia normativa en sectores enteros de éste, incluyendo al Derecho del Trabajo, una rama especialmente sensible a las transformaciones tecnológicas y del sistema productivo. Esto está generando grandes espacios de autorregulación en los que los propios operadores del mercado actúan con plena libertad fijando las condiciones de contratación y de prestación de los servicios.

Esta situación ha generado un intenso debate sobre la necesidad de una intervención reguladora en la economía colaborativa, adoptando el marco normativo de los servicios o generando otro nuevo. Existe a estas alturas bastante consenso sobre la oportunidad y conveniencia de acometer esta intervención, con mayor disenso sobre cuál debe ser su contenido y cuáles los instrumentos para ponerlo en práctica.

Existe, por tanto, una “agenda legislativa” para la economía colaborativa, aún por definir en gran medida. Dentro de ésta, las reformas de la legislación laboral tienen un marcado protagonismo, estando presentes en todas las propuestas que se están elaborando, y existiendo también paquetes diseñados con atención específica a estos aspectos. Esto es fácil de entender, dadas las particularidades que presenta el trabajo prestado a través de las plataformas que la caracterizan respecto de las prestaciones laborales tradicionales, para las que se elaboró y adoptó el Derecho del Trabajo que hoy aplicamos.

La agenda legislativa laboral de la economía colaborativa incluye una pluralidad de cuestiones, instituciones concretas tanto laborales

como de seguridad social cuyo tratamiento legal resulta poco idóneo. Cuestiones centrales requieren de adaptaciones en profundidad, como todos los aspectos colectivos, los mecanismos de identificación de la laboralidad o la tutela de las condiciones de vida y de trabajo. Otras hasta ahora poco relevantes, como el pluriempleo, la reputación del trabajador o la rotación entre empresas, devienen muy relevantes.

Las dificultades para tratar adecuadamente estas cuestiones son considerables; algunas de estas cuestiones son nuevas; otras afectan a reglas fundamentales de la legislación laboral. No están claros los espacios que deben corresponder a la ley, a los convenios, a la autorregulación por las plataformas y a los acuerdos individuales con éstas y sus clientes. Las presiones en contra de que se produzca esta intervención son numerosas, por parte de los operadores de este mercado y de los defensores de la desregulación de estas actividades. Aun así, parece claro imponerse la posición favorable a una adaptación de nuestro Derecho para que pueda mantener su capacidad de regular el trabajo individual dentro de unos esquemas de decencia y dignidad.

Ahora bien, a la hora de desarrollar esta agenda legislativa es fundamental aceptar que esta realidad se caracteriza antes que nada por su diversidad, ya que hay tantos como modelos de negocio y soluciones tecnológicas se hayan ideado en los distintos sectores en los que se opera<sup>282</sup>. Éste es probablemente el mayor desafío que plantea la economía colaborativa para el jurista, que debe partir de ésta para construir regulaciones que canalicen su crecimiento del trabajo para asegurar su sostenibilidad tanto económica como social. Sin que los elementos comunes que hacen que podamos hablar de una misma realidad oculten el hecho de que estamos ante distintos modelos de negocio, cada uno de los cuales genera relaciones jurídicas y provoca problemas sociales propios.

---

<sup>282</sup> Por poner un ejemplo bien conocido, en el transporte por carretera Lyft se diferencia de Uber, éste de Cabify y todos ellos de Blablacar; no se puede pretender resolver la cuestión de sus conductores con una única medida.



# NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD COMO RESULTADO DE LAS NUEVAS EMPRESAS DIGITALES<sup>283</sup>

*Adrián Todoli Signes*

*Profesor Ayudante Doctor.*

*Universidad de Valencia.*

## 1. LAS NUEVAS FORMAS DE PRESTACIÓN DE SERVICIOS EN LA ERA DIGITAL

### 1.1 NUEVO TIPO DE EMPRESAS

El concepto de trabajador subordinado por cuenta ajena nació en un contexto donde no existía internet. Con la entrada en la era digital las formas de prestación de servicios han cambiado radicalmente creando gran inseguridad jurídica respecto a qué normas son aplicables al ciberespacio. La primera alarma provino con el auge del teletrabajo<sup>284</sup>, no obstante, los trabajadores online no han resultado los único afectados. La tecnología está transformado la forma de organización de las empresas de tal modo que el trabajador subordinado es cada vez es menos necesario. Un nuevo tipo de empresas está surgiendo dedicada a poner en contacto clientes directamente con prestadores de servicios individuales. De esta forma, estas empresas desarrollan actividad principal completamente a través de trabajadores calificados como autónomos<sup>285</sup>. Las formas organizativas, permitidas por las nuevas tecnologías, parece que vayan a concluir el proceso iniciado hace años de “huida del Derecho del Trabajo”<sup>286</sup>.

---

<sup>283</sup> Este trabajo es una colaboración realizada para el proyecto de investigación DER 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”.

<sup>284</sup> GABEL J. y MANSFIELD N. (2003): “The information and its Impact on the employment relationship: An analysis of the cyberspace workplace”, *American Business Law Journal*, nº 49, p. 304.

<sup>285</sup> Este nuevo modelo de organización empresarial ha sido llamado “Uber economy”, pero también “on demand economy”, economía colaborativa, “peer to peer economy” o “1099 economy”. Cada nombre busca resaltar unas características concretas dentro de un universo de nuevos modelos de negocio que comparten la idea de la existencia de una plataforma virtual que busca conectar oferta y demanda.

<sup>286</sup> BAYLOS GRAU, A. (2000): “La “huida” del derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaborización”, *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar: (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)*, Marcial Pons, p. 44.

## 1.2. GIG ECONOMY

Este nuevo modelo de negocio ha sido llamado por la doctrina Estadounidense como la “*Gig economy*” o *crowdwork offline específico*. El *crowdwork* consiste en tomar una prestación de un servicio, tradicionalmente realizada por un trabajador, y descentralizarla hacia un indefinido y, normalmente, gran número de personas en forma de llamamiento o convocatoria<sup>287</sup>. De esta forma, estas nuevas empresas de base tecnológica, en principio, se limitan a poner en contacto al cliente –solicitante de una prestación de servicios– con la persona que realiza finalmente la prestación –el trabajador o autónomo–. Tal nivel de descentralización productiva no había sido posible hasta el desarrollo de la tecnología actual. Las empresas dedican su negocio a la creación de una plataforma virtual (página web, apps, etc.) donde los clientes pueden localizar directamente a una persona individual que realice la prestación de servicios demandada.

Estas empresas propietarias de la plataforma virtual alegan ser únicamente una base de datos donde clientes y prestadores de servicios pueden encontrarse, permitiendo la calificación de los trabajadores como autónomos. De esta forma, con la inaplicación de las protecciones concedidas por el Derecho del Trabajo –especialmente por la inaplicación del salario de convenio– el cliente, a través de estas plataformas, puede obtener el servicio a un precio mucho menor que el que una empresa tradicional podría ofrecer.

Los posibles negocios del sector terciario afectados por este nuevo tipo de empresas son casi infinitos. Actualmente, a modo de ejemplo, se puede nombrar; Uber –para transporte de pasajeros–; Sandeman –para guías turísticos–; FlyCleaners –lavandería personal–; Myfixpert –reparación de aparatos electrónicos–; Chefly –cocinero a domicilio–; Helpling –limpieza del hogar–; Sharing academy –profesores particulares–. Como se ve, no se está ante tele-trabajadores que pueden realizar todo el trabajo online, sino ante actividades que requieren una ejecución local del trabajo –*offline*. Es importante advertir, además, que las empresas, descritas –y que se pretenden analizar– cada una de ellas pertenece a un sector concreto y el cliente, cuando recurre a ellas, busca obtener una prestación de servicios específica. No se trata de empresas que poseen un tablón de anuncios donde cualquier usuario puede hallar cualquier tipo de trabajador, sino ante un definido y concreto tipo de negocio. La diferencia es

<sup>287</sup> HOWE J., (2006): “The rise of Crowdsourcing”, *Wired*, June, p. 176-179.



importante dado que las plataformas que se atienen a una actividad concreta, en la mayoría de casos, ejercen un control mucho mayor sobre sus trabajadores. Es decir, como lo haría una empresa tradicional, una compañía que se dedica al transporte de pasajeros desea mantener su marca en alta consideración, para ello debe proveer de un buen servicio y asegurarse de que sus “colaboradores” así lo hagan. A pesar de ello, las empresas siguen calificando como autónomos a este nuevo tipo de trabajador que presta servicios a través de una plataforma virtual.

### 1.3. UBERPOP

Como exponente del *crowdsourcing offline* se debe resaltar el caso Uber. La empresa Uber es propietaria de una plataforma virtual donde se pueden obtener servicios de transporte de pasajeros en ciudad<sup>288</sup>. La mecánica es sencilla. Cualquier usuario, mediante la aplicación móvil que Uber ofrece gratuitamente a cualquier persona, puede acceder automáticamente, vía GPS, al conductor Uber en activo más cercano y solicitar, a través de la aplicación, un viaje. No obstante, Uber no contrata conductores ni posee una flota de automóviles; por el contrario, Uber cuenta con que sus “socios” conductores hagan el trabajo. Dichos colaboradores, deben enviar una solicitud y superar con éxito el proceso de autorización para formar parte de la flota. Dicho proceso incluye enviar a Uber la licencia de conductor, el registro del coche y el seguro. En algunos casos, dependiendo de la ciudad, se puede solicitar superar un test de conocimiento geográfico del lugar y tener una entrevista con un empleado de Uber. Uber requiere al conductor que el vehículo que se utilice sea de menos de 10 años de antigüedad. El coste del servicio no es negociable para ninguna de las dos partes, por el contrario, viene fijado por Uber. Las propinas al conductor están prohibidas por Uber. Uber obtiene sus beneficios por cada viaje realizado donde cobra entre 10 y el 20% de cada transacción. Los clientes pueden evaluar al conductor y estas evaluaciones son públicas para el resto de clientes<sup>289</sup>. En caso de obtener evaluaciones negativas, Uber puede deshabilitar el acceso a la aplicación del conductor impidiéndole trabajar más con ellos.

<sup>288</sup> Por tanto, estamos ante un Crowdsourcing específico. No obstante, también existen plataformas web de crowdsourcing offline genérico, que ponen a disposición trabajadores para cualquier tipo de trabajo. Ver TaskRabbit.com o Gigwalk.com, donde se pueden contratar trabajadores para repartos a domicilio, para montajes de muebles, tareas domésticas, auditorías de almacenes, comprobación de precios, “phantom costumer”, entre otras.

<sup>289</sup> AVI ASHER-SCHAPIRO, “Against Sharing”, Jacobinmag (disponible en: <https://www.jacobinmag.com/2014/09/against-sharing/>).

Uber también puede retirar el acceso a la aplicación por otras razones; como criticar a la empresa en las redes sociales<sup>290</sup>.

Por otra parte, el conductor puede elegir cuándo trabajar y cuándo no, además de poseer la potestad de no aceptar los encargos que no desee realizar con la única salvedad de que una vez aceptado un viaje debe ser realizado<sup>291</sup>. Sumado a ello, el “Manual del conductor” de Uber señala que se espera que los conductores acepten todos los viajes y que se investigará, con la posibilidad de desactivar al conductor, si se rechazan demasiados viajes. En caso de que no se trabaje como conductor durante un periodo de tiempo, Uber desactiva al conductor (aunque solamente tiene que solicitar volver a estar de alta, para volver a poder prestar servicios de nuevo). El manual –que no es vinculante, sino que se presenta como meras sugerencias– también invita a los conductores a vestir de forma profesional, así como, propone que la radio esté apagada o con música suave de Jazz. También dentro de las recomendaciones al conductor, se sugiere que abra la puerta de su cliente para que entre en el vehículo<sup>292</sup> y que se tenga preparado un paraguas en caso de lluvia para que el cliente no se moje al entrar o salir del vehículo<sup>293</sup>.

Sumado a lo anterior, el conductor debe pagar por los gastos –gasolina, seguro impuestos–, proveerse de vehículo y asume los riesgos de accidente. No obstante, Uber ofrece un seguro a todos sus conductores, a mejor precio que el mercado, a través de una aseguradora con la que tiene un convenio.

#### 1.4. CARACTERÍSTICAS DEL MODELO NEGOCIO

Con la descripción del funcionamiento de Uberpop se pretende realizar un análisis del nuevo modelo de negocio que sea extrapolable con independencia de cuál sea el sector productivo. De esta forma, se pueden obtener las siguientes características:

1) *Menor dependencia*. La principal característica, y la que conlleva a que se realice el presente estudio, es que este nuevo tipo de empresas

<sup>290</sup> HUET, E.: “Uber Deactivated A Driver For Tweeting A Negative Story About Uber”. *Forbes* <http://www.forbes.com/sites/ellenhuet/2014/10/16/uber-driver-deactivated-over-tweet/>

<sup>291</sup> Uber Terms and Conditions [www.uber.com/legal/usa/terms](http://www.uber.com/legal/usa/terms)

<sup>292</sup> ROGERS, B. (20015): “Employment as a Legal Concept”, *Legal Studies Research Papers Series*, Temple University, p. 11.

<sup>293</sup> Recogido en los hechos probados del auto por el que se admite a juicio una demanda de los trabajadores contra Uber por calificación errónea como autónomos –*independent contractors*–, ver O’connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, 2015.

no van a necesitar dirigir y supervisar el trabajo realizado. Las empresas, a través de la tecnología, van a confiar en las evaluaciones realizadas por sus clientes de los resultados del trabajo para tomar decisiones en materia de selección de futuros prestadores de servicios y de ceses (control *ex ante* y control *ex post*). Ni siquiera las empresas tendrán razones para formar a aquellos que prestan servicios pues estos, si desean trabajar, tendrán que estar formados y listos para el trabajo. El trabajo moderno, a través de redes virtuales, se configura con una menor subordinación y una mayor libertad para el trabajador a la hora de realizar su trabajo. A pesar de ello, se observa que la plataforma virtual retiene gran parte del control sobre la forma en la que se presta el servicio. En efecto, en las plataformas que se dedican a un negocio concreto, la empresa propietaria de la plataforma, y la marca, tiene interés en que el servicio se preste correctamente, dado que su marca distintiva depende de ello.

2) *Economías de escala o necesidad de una masa crítica*. El negocio se basa principalmente en acumular una gran cantidad de prestadores de servicios y de usuarios. Precisamente, el hecho de que se cuente con una gran cantidad de ellos es lo que hará innecesario a la empresa contratar trabajadores propios y señalarles un determinado horario de trabajo o una jornada. La empresa cuenta con que el gran número de “colaboradores” asociados haga que los clientes siempre encuentren un prestador de servicios disponible. Derivado de esta necesaria masa crítica de usuarios y prestadores de servicios, el mercado va a tender a convertirse en un monopolio no pudiendo existir más de dos o tres empresas que se dediquen al mismo sector. En cualquier caso, alcanzar la masa crítica necesaria implicará unos costes de entrada elevadísimos que reducirá la competencia.

3) *Negocio global*. Una vez creada la plataforma, expandirla por todo el mundo tiene relativamente poco coste, por lo que también estas empresas tenderán a ser globales y prestar servicios en todas partes del mundo<sup>294</sup>. Además, la expansión de la marca por todo el mundo permitirá aprovechar claras economías de escala permitiendo obtener la confianza de los clientes en todas partes del mundo, haciendo más sencillo alcanzar la masa crítica necesaria, pero a su vez aumentando los costes de entrada para nuevas plataformas.

4) *Algo más que una base de datos*. Una de las cuestiones clave, todavía abiertas a debate, es la propia naturaleza de las nuevas empresas. En

<sup>294</sup> Una idea similar se desprende de ROGERS, B.: “Employment as a Legal Concept...” op.cit., p. 10 y 30.

este sentido, se discute si son empresas de índole tecnológica, esto es, una mera base de datos o, por el contrario, son empresas dedicadas a la prestación de servicios en el sector en el que actúan<sup>295</sup>. En el primer caso, si se considera que la empresa propietaria de la plataforma virtual se limita a la confección de una base de datos donde los actores –clientes y prestadores de servicios– pueden encontrarse, la propia empresa no podría ser declarada responsable por la mala calidad de la ejecución del servicio, ni por daños causados durante la prestación del servicio. De la misma forma, no tendría obligación de cumplir con la normativa vigente aplicable a las empresas del sector<sup>296</sup>. Además, a efectos laborales, sería difícil considerar que aquellas personas que prestan servicios a través de sus plataformas virtuales sean trabajadores de estas empresas.

Sobre esta cuestión ha tenido oportunidad de pronunciarse un Tribunal en EE.UU. declarando que Uber no puede ser considerada una “empresa tecnológica” dado que una empresa de este tipo se abstendría de intervenir en la prestación de servicios<sup>297</sup>. También el Abogado General del TJUE ha declarado en el mismo sentido que Uber es una empresa de transporte y no una simple base de datos, por lo que no se beneficia del principio de libre prestación de servicios que el Derecho de la Unión garantiza a los servicios de la sociedad de la información<sup>298</sup>.

En efecto, como se ha visto, este nuevo tipo de empresas no se dedican exclusivamente a conectar oferentes con demandantes sino que exige una serie de requisitos a los conductores con objeto de conseguir una buena prestación del servicio para el cliente. Además de este control sobre la prestación de servicios, se debe advertir que los ingresos de este tipo de empresas, no provienen del “acceso” a la base de datos, sino que la plataforma percibe sus ingresos por cada tarea/trabajo realizado<sup>299</sup>. En fin, en mi opinión, los consumidores no acuden a estas

<sup>295</sup> Uber en su clausulado general de terminos y condiciones establece que no son una empresa que provea de servicios de transporte y por tanto renuncia a cualquier tipo de responsabilidad por los servicios prestados por sus conductores, ver *Uber Terms and Conditions*, [www.uber.com/legal/usa/terms](http://www.uber.com/legal/usa/terms)

<sup>296</sup> Por ejemplo, en el caso de Uberpop, si se considera una simple empresa de base tecnológica no tendría responsabilidad alguna al incumplir las ordenanzas municipales del servicio de Taxi.

<sup>297</sup> O’connor v. Uber Technologies, Inc., No C-13-3826 EMC, 2015.

<sup>298</sup> Conclusiones del Abogado General en el asunto C-434/15 Asociación Profesional Élite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

<sup>299</sup> Una empresa que solamente se dedicara a construir una base de datos cuyo negocio se dedicara exclusivamente a permitir su acceso, sus ingresos provendrían precisamen-

plataformas porque tenga un listado de personas que pueden proveer diferentes servicios, sino que acuden a una plataforma específica para obtener un servicio de concreto<sup>300</sup>. Ello deriva en que la reputación de la empresa dependa de que sus “colaboradores” hagan correctamente su trabajo. Esa es la razón que justifica que las plataformas online desactiven a todos los colaboradores que no mantengan alta las evaluaciones de los clientes.

## **2. EL IMPACTO DEL NUEVO MODELO DE NEGOCIO SOBRE LAS RELACIONES LABORALES**

### **2.1. LAS CUESTIONES A RESOLVER EN EL ÁMBITO LABORAL**

Ante el surgimiento de esta nueva forma de interactuar en el mercado se plantean dos cuestiones fundamentales. La primera, de orden jurídico, consiste en analizar si el concepto tradicional de trabajador subordinado sigue amparando esta nueva forma de trabajar. La segunda es una cuestión de política del derecho y radica en considerar si existe necesidad de ampliar el ámbito de protección del Derecho del Trabajo, haciendo una desconexión entre el trabajo subordinado y la aplicación de la normativa. Incluso, habrá que plantearse la posibilidad de que la protección requerida por este nuevo tipo de prestadores de servicios sea diferente a la de los trabajadores subordinados teniendo que diversificar el tipo de tutelas ofrecidas por el ordenamiento laboral.

### **2.2. EXISTENCIA DE DEPENDENCIA**

Tradicionalmente se ha considerado autónomo a aquél que trabaja directamente para el mercado, ofreciendo su trabajo a uno o varios empresarios sin integrarse en el ámbito de organización de estos. El autónomo, para ser considerado como tal, debe tener una organización propia e independencia para decidir cómo prestar servicios con libertad para aceptar o no encargos, aportando medios de producción –materias primas, maquinaria, herramientas, etc.– no cediendo anticipadamente el fruto de la prestación de servicios y atendándose al re-

---

te de este acceso. Por el contrario, Uber permite el acceso libre a la base de datos, cobrando únicamente cuando se realiza una prestación de servicios (exactamente cómo funcionaría una empresa dedicada al transporte de pasajeros). En este sentido se pronuncia también ALOISI, A. (2015): “Commoditized Workers. The Rising of On-Demand Work, a Case Study Research on a Set of Online Platforms and Apps”, *SSRN.*, p. 17.

<sup>300</sup> En el caso de Uber, los clientes acuden a Uber porque desean un servicio de transporte por ciudad y porque saben que Uber les proveerá de ese servicio.

sultado económico favorable o adverso del negocio<sup>301</sup>. De esta forma, el nuevo tipo de trabajador –que presta servicios a través de una plataforma virtual–, que aporta sus propios medios de producción, elige cuándo trabajar –libertad de horario– y cuánto –libertad de jornada– e incluso que tiene autonomía para elegir cómo prestar sus servicios, no parece encajar con la definición tradicional de trabajador.

Ante situaciones similares, la respuesta tradicional ha tendido a tratar de expandir la calificación de trabajador dependiente a nuevas formas de empleo que por definición habrían de entenderse como no subordinadas<sup>302</sup>. En este sentido, se ha dicho que un trabajo organizado, determinado, utilizado y aprovechado por el empresario, no es incompatible con la existencia de un ámbito de autonomía del trabajador en el desarrollo de la prestación laboral debida, sin que lo convierta en un trabajador autónomo<sup>303</sup>. Por ello, la cuestión central será conocer si los trabajadores que prestan servicios en estas nuevas plataformas virtuales siguen, de alguna forma, dentro del ámbito de dirección y control o, por el contrario, la libertad concedida para la prestación del servicio es suficiente para convertirlos en trabajadores independientes y, por tanto, autónomos.

En EE.UU, Gran Bretaña<sup>304</sup> y Brasil<sup>305</sup>, donde se están planteando los primeros conflictos, la doctrina mayoritaria se inclina por defender que este nuevo tipo de empresas están calificando erróneamente a sus “colaboradores” debiendo considerar que son trabajadores por cuenta ajena<sup>306</sup>. Los argumentos seguidos son los siguientes:

<sup>301</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M. R. (2007): “Trabajo autónomo y trabajo subordinado. Delimitación, Análisis y Propuestas de Reforma”, *Estudios Financieros*, n.º 273, p. 122.

<sup>302</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Trabajo autónomo y trabajo subordinado...” op. cit., p. 106.

<sup>303</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1999): “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador” en AAVV, *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras de derecho del trabajo: estudios en homenaje al profesor José Cabrera Bazán*, p. 21.

<sup>304</sup> Mr Y Aslam, Mr J Farrar and Others –V– Uber 28 October 2016. Un comentario breve a la sentencia se puede encontrar en <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>

<sup>305</sup> Una pequeña reseña a la Sentencia en <https://adriantodoli.com/2017/02/23/tribunal-de-brasil-condena-a-uber-a-reconocer-derechos-labores-a-sus-conductores-comentario-a-la-sentencia/>

<sup>306</sup> En nuestro país, la Inspección de Trabajo, ante la denuncia presentada el 20 de octubre de 2014 por los representantes legales de tres organizaciones sindicales de taxistas de Barcelona ante la ITSS contra la empresa Uber Systems Spain por incumplimiento de las obligaciones de cotización en el Régimen General de la Seguridad Social, considera que los conductores de Uber son trabajadores por cuenta ajena, ver [http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569\\_865496.html](http://economia.elpais.com/economia/2015/06/12/actualidad/1434135569_865496.html)

### 2.3. NUEVAS FORMAS DE CONTROL

Las formas tradicionales de vigilancia y control de la calidad de la prestación de servicios por parte de los trabajadores consistían en dar formación específica de la empresa al trabajar y dictar instrucciones concretas sobre cómo realizar el trabajo, unido a un sistema de vigilancia que aseguraba el cumplimiento de dichas instrucciones. En las nuevas empresas nada de esto existe, no obstante, se defiende que ello no significa que las formas de control de la prestación del servicio hayan desaparecido sino que simplemente se han transformado<sup>307</sup>. Las empresas confían en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios (reputación online). De esta forma, las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando posteriormente dicha información para tomar decisiones sobre despidos<sup>308</sup> y también decisiones organizacionales dando más trabajo a los trabajadores con mejor reputación online.

En efecto, aunque las empresas solamente establezcan “recomendaciones” sobre cómo prestar servicios, aquellos profesionales que no las sigan, pueden fácilmente verse desactivados por unas malas evaluaciones de los clientes que esperan que dichas recomendaciones –que son de conocimiento público– se cumplan<sup>309</sup>. De hecho, se razona que el nivel de monitorización del trabajo que reciben estos nuevos tipos de trabajadores es mucho mayor que los trabajadores tradicionales dado que, desde la perspectiva de los clientes, el trabajo es observable en todo momento<sup>310</sup> y sin coste alguno para la empresa. En las estructuras productivas tradicionales, los mandos intermedios eran costosos para las empresas por lo que tendían a mantener un nivel “óptimo”

<sup>307</sup> En el mismo sentido en el trabajo a distancia se ha mantenido que el haz de indicios tradicional resulta ser totalmente ineficaz para reconocer nuevas formas de “dependencia jurídica”. Se afirma que los rasgos de integración productiva –en el teletrabajo actual– son muy diferentes a los que identificaban la prestación laboral en el modelo fordista de la producción. Al respecto ver, RODRÍGUEZ SAÑUDO, F. (1999): “La integración del teletrabajo en el ámbito de la relación laboral”, en *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del trabajo*, Tecnos, Madrid, p. 104; SELMA PENALVA A. (2010): “Propuestas y reconsideraciones sobre el teletrabajo”, *Anales de Derecho*, n° 28, p. 24.

<sup>308</sup> BENJAMINE SACHS, *Uber and Lyft: Customer Reviews and the Right-to-Control*, On Labor, <http://goo.gl/RvT6iv>

<sup>309</sup> ALOISI, A.: “Commoditized Workers...” op. cit. p. 18.

<sup>310</sup> SPRAGE, R. (2015): “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy: Square Pegs Trying to fit in Round Holes”. *31 A.B.A. Journal of Labor & Employment Law*. Wyoming. University of Wyoming, p. 18.



de vigilancia y no un nivel “máximo”. En definitiva, la inexistencia o reducción de instrucciones por parte del empresario, en conjunción con la evaluación del trabajo resultado por parte del cliente, parece que como mucho implicará que el trabajador estará ahora sometido a obligaciones de resultado y no de medios<sup>311</sup>.

## 2.4. EL CONTROL NECESARIO

Otra parte de la doctrina se inclina por defender que, aunque realmente haya habido una disminución del control por parte de la empresa, ello no significa que el trabajador deje de ser subordinado. Es decir, que exista cierta libertad en la ejecución de forma inherente al tipo de trabajo ello no va a desvirtuar la relación subordinada<sup>312</sup>. En este sentido, lo importante no será cuánto control el empresario ejerce, sino cuánto control el empresario se reserva el derecho a ejercer.

De esta forma, que las plataformas virtuales decidan permitir que los trabajadores elijan su jornada de trabajo y su horario –dado que las nuevas tecnologías hacen innecesario dictar instrucciones en este respecto– no implicará que el trabajador pase a ser independiente. La empresa podría en cualquier momento dictar nuevas instrucciones y los trabajadores deberían obedecer, por ello, que la empresa decida no ejercer ese poder de dirección no va a querer decir que no lo posea.

En definitiva, que la empresa dicte solamente las “instrucciones necesarias” no querrá decir que el trabajador deje de estar subordinado a la empresa<sup>313</sup>. Lo relevante será saber si el empresario ha dictado las instrucciones suficientes para –y con el objetivo de– mantener el control sobre el proceso productivo. El problema que plantea la presente concepción de subordinación es que no queda claro cuándo la empresa estará dictando las instrucciones necesarias para controlar el proceso y cuándo no. Sin embargo, la idea está muy enlazada con la desigualdad en el poder de negociación, dado que un alto desequilibrio conllevará a que la empresa pueda elegir qué instrucciones dar y cuáles no.

<sup>311</sup> La doctrina española también ha observado, con anterioridad, esta transformación de las formas de control. En concreto, los nuevos métodos de dirección participativa el poder empresarial se ejerce diferente: mediante una evaluación de los productos del trabajo y no mediante una prescripción de su contenido, ver RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador...”, op. cit., p. 37.

<sup>312</sup> SPRAGE, R.: “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy:...” op. cit. p. 15.

<sup>313</sup> ROGERS, B.: “Employment as a Legal Concept...” op.cit., p. 13.



## 2.5. DESEQUILIBRIO DEL PODER NEGOCIADOR

Desde hace tiempo, la doctrina ha defendido que el Derecho del Trabajo en su vertiente protectora debe alcanzar al económicamente más débil, tendiendo a su aplicación a personas en una situación socioeconómica muy similar a los trabajadores dependientes aunque no posean tal característica<sup>314</sup>. Sin embargo, en los últimos años, el prototipo normativo ha acabado marginando el tipo social, a través de una construcción de un concepto jurídico de dependencia que suprime a la figura del contrato de trabajo de cualquier referencia económica, social o política<sup>315</sup>. En este contexto, parte de la doctrina sostiene que debe volver a existir una correlación entre la “condición social” de trabajador, su subordinación económica y social y la “trasposición jurídica” de esta condición en un sistema de reglas de tutela del contratante débil<sup>316</sup>. De esta forma, se defiende que el contrato de trabajo debe aplicarse a todo prestador de servicios sometido a una desigualdad en el poder negociador con independencia de la forma en la que se ejecute la prestación –sujeta a dependencia o independencia–<sup>317</sup>.

## 2.6. INTEGRACIÓN EN ORGANIZACIÓN AJENA

Otros autores, más apegados a la literalidad del concepto clásico de trabajador, entienden que la dependencia no debe buscarse en la existencia de instrucciones directas sobre la forma de ejecutar el trabajo, sino en la integración en la organización del empresario; o, en sentido contrario, en la falta de una organización empresarial propia por parte del trabajador<sup>318</sup>. De esta forma, se ha considerado que solamente puede ser un auténtico trabajador autónomo cuando se cuenta con su propia organización y se asumen los riesgos y beneficios de la actividad<sup>319</sup>. Por el contrario, desde el momento en el que se integra en “te-

<sup>314</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1969): “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, nº 71, p. 59-63; GONZÁLEZ ORTEGA, S.: “La difícil coyuntura del Derecho del Trabajo”, *Relaciones Laborales*, vol. II, 1987, p. 278.

<sup>315</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M.: “Contrato de trabajo y autonomía del trabajador...” op. cit., p. 24.

<sup>316</sup> BAYLOS GRAU, A.: “La “huida” del derecho del trabajo. tendencias y límites de la deslaborización”, op. cit., p. 48-49.

<sup>317</sup> ROGERS, B., “Employment as a Legal Concept...” op.cit., p. 14, 25.

<sup>318</sup> MONTOYA MELGAR, A. (1998): “Sobre el trabajo dependiente como categoría delimitadora del Derecho del Trabajo” en *Civitas. Revista española de derecho del trabajo*, nº 91.

<sup>319</sup> RODRÍGUEZ-PIÑERO, M. (1992): “La huida del Derecho del Trabajo”, *RL*, 12, p. 7.

territorio ajeno” donde el empresario ejerce su libertad de empresa en la vertiente funcional, estableciendo la organización y sus reglas, se está ante un trabajador dependiente. La aplicación de la presente doctrina al nuevo tipo de empresa, deja pocas dudas de que la plataforma es la que dicta las normas organizativas de obligado cumplimiento que considera necesarias, mientras que el trabajador solo puede aceptarlas o no trabajar. No nos encontramos ante el paradigma de la “coordinación de actividades” entre empresarios<sup>320</sup>, sino ante una serie de normas impuestas por la empresa propietaria de la plataforma virtual que el trabajador que quiera sumarse ha de cumplir.

## 2.7. FALTA DE OPORTUNIDADES EMPRESARIALES

Otro argumento esgrimido, por gran parte de la doctrina, para entender que se está ante un trabajador subordinado, es la inexistencia de oportunidades empresariales. Los trabajadores que prestan servicios a través de una plataforma virtual solamente están aportando puro trabajo o mano de obra sin que exista posibilidades de desarrollo empresarial<sup>321</sup>. En efecto, se entiende que un trabajador autónomo debe aportar experiencia, formación y habilidades que la propia empresa no posee y, por ello, debe recurrir a un tercero independiente que se la provea<sup>322</sup>. Por el contrario, estas nuevas empresas confían toda su mano de obra a terceros, personas que no aportan un especial valor añadido a la empresa más allá de su trabajo.

El propio *know-how*, si es en algún caso necesario, es aportado por la propia empresa<sup>323</sup> y transmitido en forma de “recomendaciones” o instrucciones necesarias. En realidad, se observa que la única ventaja comparativa con los trabajadores tradicionales es la menor protección social y, derivado de ello, los menores costes a los que puede la empresa ofrecer el servicio: no parece que esta sea el objetivo principal de la existencia de la figura del autónomo<sup>324</sup>. Por el contrario, un autónomo

<sup>320</sup> MARTIN VALVERDE, A., (1990): “El discreto retorno del arrendamiento de servicios”, en AA.VV., *Cuestiones actuales de Derecho del Trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos de Derecho del Trabajo en homenaje al Profesor Manuel Alonso Olea*, Madrid, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, p. 227.

<sup>321</sup> ROGERS, B.: “Employment as a Legal Concept...” op.cit., p. 5.

<sup>322</sup> SPRAGE, R.: “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy:...” op. cit., p. 15, 19.

<sup>323</sup> LUJÁN ALCARAZ, J. (1991): *La contratación privada de servicios y el contrato de trabajo: contribución al estudio del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo*, Murcia, Universidad de Murcia, p. 605-606.

<sup>324</sup> Tal y como expone el informe de expertos de la Comisión Europea (1999), *Trabajo y empleo. Transformaciones del trabajo y futuro del Derecho del Trabajo Europeo*.

para considerarlo empresario debe prestar servicios en una actividad donde pueda existir un desarrollo profesional, obteniendo sus propios clientes, a través de una buena prestación del servicio, que le permitan desarrollarse como empresa<sup>325</sup>. No sería muy coherente calificar como empresario independiente a aquél que solamente ofrece su trabajo y no tiene posibilidades –ni siquiera potenciales– de obtener los beneficios inherentes a un emprendedor<sup>326</sup>.

## 2.8. IRRELEVANCIA DE CIERTAS CARACTERÍSTICAS DE LA PRESTACIÓN A LA HORA DE CALIFICAR CONTRATO DE TRABAJO

Por último, existen ciertas cuestiones que la doctrina entiende que no son relevantes a la hora de decidir que se está ante un contrato de trabajo o ante un trabajador autónomo. En primer lugar, los materiales aportados por los trabajadores tienen relativamente poco valor como para entender que existe una verdadera ajenidad. De la misma forma, los riesgos o costes asumidos por el trabajador son de poca importancia como para afirmar que el trabajador está asumiendo los riesgos del negocio. El contrato de trabajo, cuando fue definido, y hablaba de ajenidad en los medios de producción, hacía referencia a las grandes fábricas donde el trabajador nunca podría llegar a ser propietario. No obstante, hoy en día, un vehículo o un carro de limpieza puede ser adquirido por cualquier persona y ello no debería ser determinante para su exclusión del ámbito de protección.

De hecho, en las empresas descritas en este trabajo, los verdaderos medios de producción son los tecnológicos. La inversión en la tecnología que crea la plataforma virtual es realmente la parte costosa de los medios de producción, por ello, en comparación, los materiales aportados por el trabajador son insignificantes<sup>327</sup>.

De la misma forma, modalidades contractuales como el trabajo a distancia se basan en una vigilancia del resultado y no del *modus operandi* de la prestación, sin que ello impida su calificación como relación laboral<sup>328</sup>. El concepto de trabajo subordinado lleva años adaptándose a las nuevas realidades, sin que el hecho de que el trabajador tenga liber-

<sup>325</sup> SPRAGE, R.: “Worker (Mis)Classification in the Sharing Economy...” op. cit., p. 10.

<sup>326</sup> MARVIT, M. (2014): “How Crowdworkers became the ghosts in the digital machine”, *The Nation*, <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/>

<sup>327</sup> ROGERS, B.: “Employment as a Legal Concept...” op.cit., p. 15.

<sup>328</sup> MARTÍNEZ BARROSO, M.R.: “Trabajo autónomo y trabajo subordinado...” op. cit., p. 115.

tad para elegir cuándo realiza el trabajo –o cómo– sea relevante para su calificación jurídica. Es precisamente la elasticidad del concepto la que permitirá su adecuación a la “realidad social del tiempo” en el que ha de ser interpretado<sup>329</sup>.

## 2.9. PROPIEDAD Y RECOGIDA DE LOS DATOS

No es casualidad que se les llame el oro del Siglo XXI, y es que con los datos se puede comerciar (vender, ceder, etc..) pero además se puede utilizar para mejorar el negocio, aumentar el negocio, etc. Por esta razón, quien recoja los datos del cliente final, los almacene y los utilice para mejorar el negocio tendrá visos de ser el verdadero empresario. Mientras que quién solamente aporta mano de obra sin recoger, almacenar datos de sus clientes difícilmente podrá ser empresario y es que es básico para todo empresario recoger los máximos datos posibles de sus clientes y de potenciales clientes para hacer crecer su negocio.

## 2.10. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS BAJO UNA MARCA AJENA COMO CRITERIO DELIMITADOR DEL CONTRATO DE TRABAJO

Por último, a mi juicio, sumadas a los anteriores indicios de laboralidad hay otro que tiene gran relevancia en el marco de la *uber economy*: la ajenidad en la marca<sup>330</sup>.

La evolución del mercado tiende cada vez más a la utilización de una marca o signos distintivos comunes descentralizando todo lo demás –incluyendo la prestación del servicio concreto objeto de la marca-. En el mundo globalizado, tan competitivo como el actual, sin duda el activo más importante de toda empresa es la clientela. Los pequeños empresarios luchan por hacerse un hueco en el mercado, algo que difícilmente pueden conseguir cuando compiten contra grandes marcas de reconocido prestigio que utilizan economías de escala en publicidad y marketing, así como su tamaño les permite obtener grandes dosis de información que facultan una reducción del coste –y una mejora de la calidad– del producto o servicio ofrecido.

El pequeño empresario se ve obligado a trabajar bajo el membrete de otra empresa para poder continuar en el mercado; su supervivencia

<sup>329</sup> PÉREZ DE LOS COBOS, F.: “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, Nº 39, 1993, p. 39.

<sup>330</sup> En otras ocasiones la Jurisprudencia ya ha considerado como indicio de laboralidad la prestación de servicios utilizando la marca y los signos distintivos del principal (STS de 19 de diciembre de 2005 rec. ud. 5381/2004), sin embargo, considero que cada vez deberá tener mayor relevancia.

depende de que los clientes, los cuales prefieren una marca conocida –y una determinada forma estandarizada de hacer las cosas–, les elijan sobre otras empresas. El pequeño empresario podrá mantenerse en este mundo globalizado a costa de pagar un precio muy grande: su anonimato en el mercado.

Especialmente, el problema surge cuando este “pequeño empresario” en realidad solo aporta mano de obra; es decir, es una persona que vive de su trabajo. En este sentido, un trabajador individual que presta servicios de forma personal bajo el paraguas de una marca que le es ajena y siguiendo un “manual de instrucciones” impuesto por la empresa principal, tiene serios visos de considerarse un trabajador laboral.

Los expertos en teoría general de la empresa mantienen, desde principios del siglo XX, que la organización empresarial nace con el objetivo de aprovechar las economías de escala en dos sentidos: i) una marca conocida permite reducir los costes de búsqueda y elección de los consumidores al poder prever de antemano la calidad de la transacción<sup>331</sup>; ii) la gran escala permite transferencia de información ascendiente (del trabajador hacia la empresa) que reducen los costes del producto o servicio prestado y mejoran su calidad. Los trabajadores subordinados nacen precisamente para asegurar una estandarización –mediante las debidas instrucciones– del producto o servicio ofrecido por una misma marca que puede llegar a muchos –potenciales– consumidores<sup>332</sup> y para transmitir información derivada de sus experiencias a favor de la empresa.

Por ello, con la utilización de una marca común viene siempre la estandarización de los procedimientos, los manuales operativos de obligado cumplimiento y la supervisión y control en el cumplimiento de los estándares de calidad exigidos por el propietario de la marca: en definitiva la dependencia jurídica. En este sentido, las nuevas “fórmulas” jurídicas que contratan mano de obra personal –bajo una marca común– en forma de trabajadores independientes solo viene a sustituir al trabajador tradicional. El indicio más claro de ello, será que estos trabajadores cumplen escrupulosamente con las funciones económicas básicas del empleado laboral –dependencia y transmisión de información a favor de la empresa propietaria de la marca<sup>333</sup>–. En concreto,

<sup>331</sup> RUBIN J.: “The theory of the firm and the structure of the franchise contract”, *op cit.*, p 225.

<sup>332</sup> COASE R. (1937): “The nature of the firm”, *Economica, New Series*. 16, 4, pp 386-405.

<sup>333</sup> Recuérdese la cláusula de retorno que obliga a los franquiciados a transmitir las mejoras productivas a sus franquiciadores.

facilitando a la empresa propietaria de la marca extender su mercado permitiendo las economías de escala.

No se le escapa a este autor que “permitir las economías de escala a través de la utilización de una marca ajena”, no se encuentra entre las características del contrato de trabajo enumeradas en el art. 1.1 del ET. Sin embargo, no se debe olvidar que un prestador de servicios que actúa bajo la marca ajena se encuentra dentro de una de las facetas de la ajenidad. El trabajador, aunque trate directamente con los clientes, si lo hace bajo el paraguas de una marca ajena estará beneficiando –o perjudicando– dicha marca –como lo haría un trabajador laboral– y no su negocio –como lo haría un autónomo–. Alarcón<sup>334</sup> definió la ajenidad del mercado como una faceta de la ajenidad, por la cual al trabajador se le vetaba el acceso al mercado pudiendo prestar servicios solo a través de su empresario. Precisamente, con la interposición de una marca ajena entre el prestador de servicios y el cliente, se impide que el prestador de servicios actúe en nombre propio en el mercado. Siendo la empresa propietaria de la marca la que será reconocida como actuante en el mercado.

Además, recordemos que las pequeñas inversiones que el trabajador deba realizar para poder prestar servicios bajo la marca ajena, serán probablemente de un valor insignificante si lo comparamos con el valor de la marca<sup>335</sup>. La propiedad industrial, además, será el verdadero medio de producción que permitirá al negocio funcionar (con ello se vislumbra también la ajenidad patrimonial clásica). Conseguir clientes hoy en día es la parte más importante de cualquier negocio –y proceso productivo de una empresa–, por lo que el propietario de la marca, muy probablemente, sea a su vez el propietario del medio de producción más importante. Quizá en el pasado, en sociedades fordistas –donde todo lo fabricado se vendía– lo importante era la fábrica, pero actualmente, derivado del aumento de la competitividad, la marca pasa a ser el medio de producción más importante de cualquier negocio<sup>336</sup>.

Por otra parte, respecto a la exigencia de dependencia, recordemos que actuar bajo una marca ajena implica seguir sus directrices e ins-

<sup>334</sup> ALARCÓN CARACUEL MR.: “La ajenidad en el mercado: Un criterio definitorio del contrato de trabajo” *op cit.*

<sup>335</sup> En el mismo sentido, ver, ROGERS, B. (2015): “Employment as a Legal Concept”, *Legal Studies Research Papers Series*, Temple University.

<sup>336</sup> En este sentido, es oportuno recordar la necesidad de interpretar el concepto de contrato de trabajo en adecuación a la realidad social del momento en el que se está, PÉREZ DE LOS COBOS, F. (1993): “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, N°39, p. 39.

trucciones dado el interés del empresario propietario de la marca de mantener su buen nombre –como lo haría con trabajador laboral-<sup>337</sup>.

En definitiva, prestar servicios bajo una marca ajena –como ocurre en la *uber economy*– parece que, a priori, cumpliría las dos características distintivas del contrato de trabajo; la ajenidad (mercado y patrimonio) y la dependencia<sup>338</sup>.

### 3. APLICACIÓN DEL TEST DE LABORALIDAD A LOS TRABAJADORES DE LA UBER ECONOMY

A pesar de que, como se ha visto, la doctrina se inclina por entender que nos encontramos ante una nueva forma de dependencia que en términos generales es aplicable a todas las empresas de la *uber economy*, la realidad siempre es mucho más compleja. Efectivamente, cada plataforma opera de manera diferente y habrá que estar al caso concreto para saber si se dan los indicios de laboralidad (para lo cual sí serán útiles las nuevas y clásicas tesis sobre la dependencia y ajenidad). En este sentido, considero interesante establecer una lista de indicios de laboralidad obtenidos –no del modelo productivo clásico, sino específicamente de las posibilidades que tiene las plataformas para operar-. Esta lista podrá servir para, en conjunto, poder distinguir cuando se está ante una plataforma que solamente intermedia en el mercado a cuando se está ante una plataforma que interviene en el mercado organizando y controlando el proceso productivo donde los trabajadores (laborales) se integran.

Indicios de laboralidad de los prestadores de servicios en las plataformas virtuales:

- 1) La plataforma provee de formación, adiestramiento, guía, entrenamiento a los trabajadores respecto al servicio que prestan o sobre la utilización más productiva de la plataforma o sobre cómo mejorar sus ingresos en la plataforma. También, si la plataforma interviene en cómo los proveedores de servicios se “aconsejan” entre ellos, puesto que esa intervención puede convertirse en una

<sup>337</sup> TODOLÍ SIGNES, A., (2015) “El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, nº 3, pp. 1-25.

<sup>338</sup> Para ver la aplicación de este indicio a otro contrato donde se actúa bajo marca ajena se puede ver, TODOLÍ SIGNES, A., “ Los falsos autónomos en el contrato de franquicia: La importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo.”, *RDS*, 75, 2016.



formación indirecta –la intervención de la plataforma podría asemejarse a la situación por la que unos trabajadores forman a otros bajo directrices de la empresa–.

- 2) La plataforma dicta instrucciones (directas) o recomendaciones (indirectas) a los proveedores de servicios sobre cómo realizar la prestación de servicio.
- 3) La plataforma transmite información o datos al proveedor del servicio para mejorar su trabajo.
- 4) La plataforma elige u limita el precio que el prestador del servicio percibe.
- 5) La plataforma realiza funciones de inventario o logística en beneficio del proveedor de servicios.
- 6) La plataforma ofrece servicio de atención al cliente respecto a la prestación de servicios (ej. Uber ofrece de forma centralizada un servicio de objetos perdidos).
- 7) La plataforma recoge información sobre la prestación de servicios para mejorar el servicio prestado por otros prestadores de servicios (ej. recoger información del tráfico de un conductor para informar al resto de conductores de la plataforma)<sup>339</sup>.
- 8) La plataforma establece controles de entrada en la plataforma (exigencia de requisitos mínimos o procesos de selección).
- 9) La plataforma desactiva a los prestadores de servicios por razones de rendimiento o disciplinarias.
- 10) La plataforma establece posibilidades de evaluar al prestador de servicios.
- 11) La plataforma no permite que el prestador de servicios comparta su reputación online en otras plataformas.
- 12) La plataforma limita las posibilidades de los proveedores de servicio de elegir a sus clientes (ej. amenazando con desactivar en caso de rechazo de clientes).
- 13) La plataforma entrega al proveedor de servicios algún elemento productivo necesario para realizar la labor (ej. móviles, aplicaciones para el móvil, etc.).

<sup>339</sup> La esencia del taylorismo siempre ha sido utilizar la vigilancia y el control del trabajador para crear nuevas eficiencias y mejores flujos de trabajo, el respecto ver, ZUREIK, E.: “Theorizing surveillance: the case of workplace, Lyon Surveillance as Social Sorting”, *Privacy, Risk and Digital Discrimination* London Routledge, 2003 pp. 31-56.



- 14) El pago del servicio se realiza a través de una plataforma de pago ofrecida por la empresa de economía colaborativa.
- 15) La plataforma exige exclusividad al prestador de servicios.
- 16) La plataforma provee de financiación para adquirir los elementos productivos necesarios o “recomendables” para prestar los servicios en la plataforma.
- 17) La plataforma provee de seguro o cualquier otro elemento que reduzca el riesgo al prestador de servicios.
- 18) La plataforma gestiona los impuestos en nombre del prestador de servicios.

Sin duda esta es solamente una lista orientativa de indicios a la que habría que sumar todos los indicios clásicos (ej. si hay una remuneración asegurada) así como otros indicios de laboralidad que van implícitos en todas las plataformas virtuales (ej. ajenidad en la marca). Además, por supuesto, no todos los elementos de la lista tendrán la misma importancia siendo algunos elementos más decisivos que otros a la hora de determinar la laboralidad<sup>340</sup>. No obstante, en términos generales, la lista elaborada puede servir para que las empresas de la “gig economy” decidan como establecer su plataforma virtual y su modelo de negocio, siendo conscientes de que cuantos más elementos coincidan con los de la lista, a grandes rasgos, mayor riesgo existirá de que el prestador de servicios sea considerado trabajador laboral de la empresa propietaria de la plataforma.

<sup>340</sup> Por ejemplo, de acuerdo con la comunicación de la Comisión Europea en materia de economía colaborativa, que la plataforma fije el precio al cual el prestador de servicios puede vender su trabajo parece suficiente por sí mismo, para entender que se está ante un trabajador laboral de la plataforma virtual y no un autónomo. Ver EUROPEAN COMISION, *A European agenda for the collaborative economy*, 2016.



# **SOBRE LOS PROCESOS DE CONTRATACIÓN EN ENTORNOS COLABORATIVOS<sup>341</sup>**

*José Luis Lázaro Sánchez*

*Profesor Titular.  
Universidad de Sevilla.*

## **1. INTRODUCCIÓN**

Como se ha destacado, la progresiva generalización y universalización de la computerización y de la inteligencia artificial, unidas a la imparable interconexión derivada de internet, revisten los rasgos de una auténtica y nueva revolución “industrial” o “digital”, con sustanciales impactos y consecuencias en lo político, en lo social y, desde luego, en lo “laboral”<sup>342</sup>.

Apoyado en las nuevas tecnologías, aparece un nuevo modelo de negocio, conocido como la “uber economy” o “crowdwork offline” específico, que básicamente consiste en empresas cuyo negocio es la creación de una plataforma virtual donde los clientes pueden localizar directamente a una persona individual que realice la prestación de servicios demandada<sup>343</sup>.

Al margen de lo relacionado con la calificación jurídica de estas prestaciones de servicios y de otros muchos aspectos a observar desde la óptica jurídico-laboral, nuestro propósito es acercarnos a esta realidad desde una perspectiva reducida a la vertiente del empleo, o mejor de acceso al mismo.

Dentro de este terreno, las potencialidades que las TICS ofrecen a los “usuarios” –empresas, trabajadores y prestadores de servicios– son indudables por cuanto son muchísimos más los destinatarios que pueden acceder a la información que aquéllos ofrecen o precisan. A la vez, aquéllas, por definición, irrumpen en los mercados de empleo traspasando los límites geográficos en los que tradicionalmente se vienen

<sup>341</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>342</sup> CASTELLS, La era de la información, Alianza Editorial, 1999.

<sup>343</sup> TODOLÍ SIGNÉS, El impacto de la “uber economy” en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo, IUSLabor 3/2015.

estructurando las sociedades, repercutiendo así en la dimensión territorial de los ordenamientos.

Aproximándonos a las facetas que nos interesan, se ha apuntado la conveniencia de que los servicios públicos de empleo españoles empezaran a ofertar como simples intermediarios estas posibilidades de empleo realmente autónomo<sup>344</sup>. Y siguiendo con este autor, se ha resaltado que las nuevas exigencias contextuales modificarán las competencias reclamadas al trabajador y/o valoradas por el empleador durante el proceso de selección. Por un lado, la vertiginosa obsolescencia de los conocimientos provocará que el empresario busque, más que los conocimientos ya acreditados –pero viejos apenas conseguidos por el demandante de empleo– la acreditación de su capacidad para adquirir y reciclar constantemente los mismos. Asimismo, las nuevas formas más planas y flexibles de estas empresas reclamarán un nuevo perfil en el que se solicite y busque una mayor capacidad de trabajo en equipo, una empatía y capacidad de colaboración y de liderazgo, así como aspectos completamente extraños al modelo de trabajador decimonónico como la creatividad y la innovación.

Pues bien, en tales procesos de “contratación”, que se multiplicarán por cuanto los periodos de formación o de inactividad no sólo se desarrollarán en la juventud o en la vejez, los “usuarios” no sólo dispondrán de más y mejores canales que les permitan alcanzar sus objetivos. Las TICS proporcionarán también otras utilidades, y así, desde la perspectiva de los trabajadores, éstos pueden presentarse al mercado de formas distintas gracias a herramientas, nuevas o no tanto, que son “naturales” en este nuevo escenario.

Como se ha puesto de manifiesto, todo esto enriquece el proceso de selección del personal por cuanto la información disponible del candidato crece de manera exponencial, pero exige que el ordenamiento jurídico prevea las medidas necesarias y suficientes para evitar que la información disponible del candidato no influya inadecuadamente en tal proceso<sup>345</sup>.

La comunicación pretende centrarse en estos aspectos, analizando las formas que los candidatos utilizan directamente para presentarse al mercado de trabajo, pero también las que sin tener esa finalidad cons-

<sup>344</sup> CALVO GALLEGO, Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo, Economía colaborativa y Derecho Social, 5 septiembre 2016.

<sup>345</sup> “Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos, p. 285, Wolters Kluwer, 2017.

tituyen vías que exteriorizan facetas personales de los mismos, y que pueden ser tenidas en cuenta por las organizaciones en sus decisiones de contratación.

## 2. REDES SOCIALES Y EMPLEO

En el actual escenario tecnológico, las redes sociales (rr.ss.) desempeñan un papel relevante. Entendiendo por tales “aquellos servicios de la sociedad de información que ofrecen a los usuarios una plataforma de comunicación a través de internet para que estos generen un perfil con sus datos personales, facilitando la creación de redes en base a criterios comunes y permitiendo la conexión con otros usuarios y su interacción”<sup>346</sup>, su importancia la ponen de manifiesto estudios e informes recientes, en los que se concluye, entre otras cosas, su utilización generalizada por la ciudadanía.

Así, el Estudio Anual de Redes Sociales 2016<sup>347</sup> señala que en nuestro país un 81% de los internautas de entre 16 y 55 años utilizan redes sociales, lo que representa más de 15 millones usuarios, siendo las Redes más conocidas Facebook, Whatsapp y Twitter, con porcentajes muy alto de conocimiento entre los usuarios: 100%, 94% y 92%, respectivamente, siendo las dos primeras las más valoradas y las más utilizadas. Esto supone, como refleja el Estudio, que el uso principal de las rr.ss. continúa siendo social (chatear, enviar mensajes, ver qué hacen tus contactos...).

Esta utilización masiva por la ciudadanía ha afectado a otros medios de comunicación, caso del correo electrónico, entre otras cosas porque las posibilidades de interacción que brindan –los usuarios generan y consumen contenidos al mismo tiempo– representan un verdadero factor de cambio. Y si bien el uso principal de las rr.ss. continúa siendo “social”, existe un porcentaje apreciable, un 31%, que las utiliza con finalidades profesionales o de estudio<sup>348</sup>.

<sup>346</sup> RALLO LOMBARTE, A. y MARTÍNEZ MARTÍNEZ, R.: Derecho y redes sociales, Civitas-Thomson Reuters, 2010, p. 24. No obstante, y como también se ha precisado, tal concepto incluye una amplitud de situaciones que dependen no tanto de la herramienta o recurso en internet, sino, sobre todo, del uso que de la propia red se haga y de la comunicación que se establezca desde, hacia y entre los usuarios y los grupos de usuarios; al respecto, “Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, Instituto Cuatrecasas de Estrategia Legal en Recursos Humanos, Wolters Kluwer, 2017, p. 206.

<sup>347</sup> Estudio IAB sobre Redes Sociales 2016: [http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2016/04/IAB\\_EstudioRedesSociales\\_2016\\_VCorta.pdf](http://www.iabspain.net/wp-content/uploads/downloads/2016/04/IAB_EstudioRedesSociales_2016_VCorta.pdf).@Iab\_Spain. abril 2016.

<sup>348</sup> Estudio IAB sobre Redes Sociales 2016.

Este último dato no es extraño, más bien al contrario, por cuanto el concreto ámbito que nos ocupa –el empleo y la contratación– es especialmente idóneo para que las rr.ss. se desenvuelvan. En efecto, si éstas persiguen informar, comunicar e interactuar a quienes forman parte de ellas, lo relacionado con el empleo es un terreno especialmente idóneo para que en él se desenvuelvan. Y ello porque en este campo, un elemento decisivo es la información sobre las necesidades de las empresas de contratar servicios profesionales así como sobre las personas que buscan empleo o que “simplemente” ofrecen un perfil determinado. Además, las rr.ss. no sólo permiten conocer esa información, favorecen que la misma sea más amplia que la que puede obtenerse por otros medios, y a la vez permiten, de manera rápida, inmediata, conectar a los interesados.

Se ha comentado<sup>349</sup> que el desarrollo de las redes sociales en las organizaciones está en una etapa de crecimiento acelerado, y que tal avance depende, entre otros, de dos factores fundamentales: de la madurez y antigüedad de la organización y de la percepción en las personas de la necesidad de implantar este tipo de herramientas. También, en este mismo estudio, se pone de manifiesto que las principales beneficiarias de estas redes serán las organizaciones con múltiples emplazamientos geográficos y culturas de sus empleados por cuanto el lenguaje en estos medios es común y supera las barreras culturales que otras herramientas no logran derribar.

Además, un dato de especial trascendencia a considerar es que, en la actualidad, el principal medio a través del cual se accede a las redes sociales es el “smartphone” y, en general, los dispositivos “wearable”<sup>350</sup>, tal como pone de relieve el Informe de la Fundación Telefónica, La Sociedad de la Información en España de 2015<sup>351</sup>, lo que propicia un escenario de hiperconectividad que, de nuevo, rompe otras barreras. En este sentido, ya no es necesario estar conectado a través de un ordenador, lo que, obviamente, repercute en el terreno profesional en general, y en el del empleo en particular.

Más aún, y como exponente del continuo avance de las tecnologías de la comunicación, consustancial a ellas mismas, la implantación de la quinta generación de telefonía móvil hará que los móviles funciona-

<sup>349</sup> “Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, op. cit., pp. 220 y ss.

<sup>350</sup> Las «wearable technologies» aluden a una diversidad de dispositivos “inteligentes” –gafas, relojes, pulseras o anillos, todos etiquetados como «inteligentes»– que se llevan puestas, como una prenda o un complemento.

<sup>351</sup> [https://www.fundaciontelefonica.com/arte\\_cultura/sociedad-de-la-informacion/informe-sie-espana-2015/](https://www.fundaciontelefonica.com/arte_cultura/sociedad-de-la-informacion/informe-sie-espana-2015/)

rán más rápidos y serán más eficientes. Como se indica en una noticia reciente<sup>352</sup>, el 5G no solo cambiará la vida cotidiana de millones de usuarios, sino que tendrá unas implicaciones económicas para las empresas aún difíciles de evaluar. Su principal mejora, no será tanto la relativa a la velocidad de subida o de bajada, sino la reducción de latencia, o tiempo de respuesta que tarda un dispositivo en ejecutar una orden desde que se le manda la señal: el 5G reduce ese retardo a un milisegundo, desde los más de 10 del 4G.

### **3. LA UTILIZACIÓN DE LAS REDES SOCIALES POR QUIENES DEMANDAN EMPLEO**

La utilización de las redes sociales por quienes buscan empleo representa un cambio sustancial en el funcionamiento del mercado de trabajo, y de los procesos de contratación, no sólo por las ventajas que aquellas ofrecen, sino también en la propia configuración del candidato como tal.

Antes de referirnos a estas cuestiones, conviene detenerse en la utilización de las redes por parte de las personas que buscan trabajo, y al respecto nos encontramos que es una práctica muy extendida entre éstas. En este sentido, en el Informe Infoempleo-Adecco, Redes sociales y mercado de trabajo, 2016 (Informe Adecco, en adelante), se destaca que el 91% de los candidatos tiene cuenta en redes sociales, y el 78% las utiliza para buscar empleo.

No obstante, también se apunta a que el furor por las redes sociales parece estar perdiendo fuerza, y así se pone manifiesto que el número de usuarios que no tienen ninguna cuenta en redes sociales ha subido siete puntos, pasando de un 2% en 2015 a un 9% en 2016. También, en esta dirección, que el 35% de los candidatos ha desactivado o eliminado alguna de sus cuentas en redes sociales.

Sobre cuáles sean las razones de esta tendencia, el principal motivo esgrimido es mantener la privacidad, causa alegada por más de la mitad de las personas que no tienen cuenta en ninguna rr.ss.; otras apuntan simplemente hacia el desinterés, así como a la búsqueda de una comunicación más tradicional.

En esta primera, y principal, causa de desactivación digital aflora uno de los aspectos más controvertidos en el terreno de las rr.ss. y el empleo.

<sup>352</sup> Diario El País, 6 de septiembre de 2017.

Al respecto, los usuarios son cada vez más conscientes de que todo aquello que publiquen en redes sociales puede ser evaluado por otras personas, y entre estas, futuros empleadores. Quizás por ello, el Informe revela que cae de forma espectacular el porcentaje de usuarios que comunicaría a través de sus redes sociales que está en búsqueda activa de un puesto de trabajo. Así, si en 2015 el 75% de los candidatos haría público que está buscando trabajo a través de alguno de sus perfiles, en este último año la cifra ha caído hasta el 46%, casi 30 puntos porcentuales menos.

Y quizás también por ello, los usuarios dispuestos a compartir su búsqueda de empleo a través de redes sociales utilizarían, mayoritariamente, LinkedIn (66%), Red especializada en el ámbito profesional y la que recibe una mejor valoración de los usuarios. De esta forma, se estaría produciendo una especie de redireccionamiento hacia redes específicamente profesionales cuando el objetivo es de esta naturaleza, evitando así las desventajas de hacerlo a través de redes “generalistas”.

A pesar de ello, el Informe constata que la mayoría de los usuarios no ha hecho más privados sus perfiles en las rr.ss., ni ha eliminado contenidos de las mismas pensando en futuras oportunidades laborales. De esta forma, si bien separando los aspectos personales de los profesionales –usando sólo las rr.ss. especializadas para lo relacionado con objetivos laborales– pueden contrarrestarse los inconvenientes comentados, la transparencia del candidato en el resto de rr.ss. debilita en buena medida este propósito.

Siguiendo con el último Informe citado, en él se expone que las rr.ss en las que los usuarios se muestran más activos son Facebook, YouTube, Instagram y Google+, así como que el teléfono móvil es el dispositivo más utilizado por los usuarios para acceder a sus redes sociales, cifrándose en un 83% quienes lo hacen por este medio. Como se ve, estos datos están en consonancia con los que, con carácter general, hemos comentado antes; es decir, utilización generalizada de las rr.ss., y relevancia del teléfono móvil como dispositivo principal a través del que se accede a las mismas.

Centrándonos en el uso “profesional” de las rr.ss., nos encontramos con dos datos sobre los que reflexionar. Por un lado, que si bien las personas que buscan empleo las utilizan en gran medida, muchas veces lo hacen a través de redes de carácter “social”, no profesional, como las últimas apuntadas. De esta forma, el empleo es una más de las utilidades que se les da a las rr.ss. “generalistas”, no específicamente



profesionales, lo que tiene repercusiones en algunos factores, como los relacionados con la propia configuración del candidato o como la repercusión de aspectos de su vida personal en su contratación, que trataremos después.

Por otro, y a pesar de ese alto porcentaje de usuarios que utiliza las redes sociales para buscar empleo, el Informe confirma que su uso es, principalmente, esporádico o complementario a la utilización de otros canales de intermediación laboral. En este sentido, se refleja que la primera opción a la que recurren los candidatos cuando están en búsqueda activa de trabajo son, un año más, los portales web de empleo, consultados por el 98% de los encuestados. El 85% recurre a ellos siempre o casi siempre, y el 13% los consulta de forma ocasional. Asimismo, se apunta hacia otros cauces en la búsqueda de empleo, como por ejemplo los contactos personales o las webs de las empresas.

#### **4. EL CANDIDATO DIGITAL**

Como decíamos antes, la utilización de las redes sociales por quienes buscan empleo representa un cambio sustancial en el funcionamiento del mercado de trabajo, que afecta además a la propia idea, concepto, de candidato. En efecto, hasta ahora podíamos entender portal a quien optaba a un concreto puesto de trabajo, condición que se mantenía durante el desarrollo del proceso de contratación hasta que éste finalizaba, con independencia de su resultado. Las rr.ss., especialmente las de perfil profesional, convierten en candidatos a quienes se integran en ellas, porque, entre otros propósitos, al incorporar sus perfiles persiguen que el resto de miembros de la Red los consideren ante eventuales necesidades de contratación. De esta forma, cuando una persona se registra en la Red se convierte, además, en potencial y permanente candidato.

Ha de tenerse en cuenta que las empresas no sólo están pendientes de los profesionales existentes en las rr.ss. cuando van a iniciar un proceso de contratación. Las Redes les permiten conocer qué perfiles pueden ser interesantes ante necesidades futuras, para que cuando éstas se presenten contactar con quienes vienen mostrando en las mismas un perfil adecuado. Al respecto, se ha apuntado<sup>353</sup> que en 2015, a nivel internacional 61% de los reclutadores seleccionaron a un candidato que ellos buscaron por su perfil –lo que se denomina “contratación

<sup>353</sup> Entrevista a Allen Blue, cofundador de LinkedIn, publicada en el diario El País, de 12 de octubre de 2016.

pasiva”–, en lugar de hacerlo con uno que se haya postulado a alguna vacante.

En esa dirección, las rr.ss. permiten interactuar a los usuarios con las empresas que forman parte de ella, pudiéndose convertir aquéllos en seguidores de éstas, y generándose así una conexión con potenciales repercusiones. Así, se ha puesto de manifiesto<sup>354</sup> que seis de cada diez reclutadores utilizan los perfiles corporativos de la empresa para captar talento, y cada vez son más las compañías que, siendo conscientes de que no hay mejor candidato que el que ya es fan de tu marca, sigue tus actualizaciones y encaja con la cultura de la empresa, utilizan sus perfiles en rr.ss. encontrar a futuros empleados.

Por tanto, el candidato que utiliza las rr.ss., y en particular las especializadas en el terreno profesional, se caracteriza, en primer lugar, porque su condición como aspirante a nuevos desarrollos profesionales se convierte en permanente. Es cierto que siempre ha existido la posibilidad de que el desarrollo profesional genere atracción para las empresas. Éstas conocen a quienes operan en sus respectivos sectores de actividad y, por tanto, pueden intentar incorporarlos a sus proyectos empresariales; incluso, existen desde hace tiempo agencias o empresas especializadas que ayudan a las empresas en estos procesos<sup>355</sup>.

La diferencia estriba ahora en que las rr.ss. profesionales permiten conocer bien a los profesionales que prestan sus servicios en los distintos sectores de actividad, y, como se acaba de comentar, posibilitan interactuar con ellos. Pero el cambio mayor respecto a situaciones pasadas es que todo esto se articula de forma permanente con la integración de dichos profesionales en las rr.ss. La Red, como espacio virtual común, favorece que sus usuarios –tanto organizaciones como profesionales– se conozcan, estén conectados y abiertos de manera permanente a entablar relaciones de colaboración a través de negocios jurídicos como pueda ser el contrato de trabajo.

Una segunda característica del candidato digital, es su actividad como tal. Carlos Fernández Guerra, conocido community manager, señala en una reciente entrevista<sup>356</sup> que su consejo a los jóvenes que entran en la Universidad es que no descuiden su marca personal en las redes sociales, porque el panorama ha cambiado y el nuevo currículum ya no es de papel. Está en Google y se construye con las diferentes huellas digitales, con los rastros de información personal que flotan en internet.

<sup>354</sup> Informe Adecco.

<sup>355</sup> The executive search firms, conocidas también bajo la expresión headhunters.

<sup>356</sup> Diario El País, de 21 de diciembre de 2016.

En esa misma noticia, que se hacía eco de un encuentro realizado con jóvenes para incidir en la importancia de crearse su marca personal, se alude a que ello se entrena, a fin de adquirir la habilidad de “saber venderse”, de ser capaces de contar en poco tiempo –45 segundos– quién son, qué les apasiona, qué pueden aportar y en qué destacan. También se comenta la importancia de crear una red sólida de contactos para aprender más de cada una de las profesiones y conocer otros puntos de vista.

Esto es relevante y signo distintivo de este “nuevo” candidato. No se trata sólo de ser usuario de las rr.ss., sino de ser activo y tener presencia en las mismas, pero también, y sobre todo, de hacerlo bien en ellas. En este sentido, un formador de LinkedIn opinaba que “sin una cuenta de LinkedIn te quedas fuera de las selecciones y con una mal gestionada, probablemente también”<sup>357</sup>.

Es por ello que el candidato digital debe atender, y hacerlo adecuadamente, a las redes. Se habla en este sentido de conseguir un buen posicionamiento, para el que algunos expertos recomiendan determinados contenidos<sup>358</sup>.

En esta dirección, en una entrevista<sup>359</sup>, éste relata la evolución observada en los perfiles profesionales. Comenta que hace tan solo 20 años el curriculum era un pedazo de papel; ahora todos tenemos una “identidad digital” que va mucho más allá del curriculum. La diferencia con entonces, destaca, es que ahora los usuarios pueden subir diferentes contenidos para enriquecer su perfil, como su portfolio, fotografías, artículos en los que se les mencione o contenidos publicados por ellos.

Tienen la posibilidad de ofrecer información que va más allá de lo estrictamente profesional, como por ejemplo, hablar de sus voluntariados, así como añadir habilidades concretas y recomendaciones de terceros sobre su dominio de las mismas. En este sentido, el perfil se crea junto con la red de contactos, aspecto éste relevante, a juicio de Blue, en tanto que para las empresas es clave lo que los demás dicen sobre ti.

<sup>357</sup> “¿Lo estoy haciendo bien en LinkedIn?”, Diario El País, 9 de diciembre de 2015.

<sup>358</sup> Entre otras, se apunta a describir con un buen titular la especialidad profesional, realizar una breve descripción de la trayectoria profesional con datos y logros obtenidos, creando aptitudes nuevas, más allá de las etiquetas que la propia Red ofrece, y añadir un documento de algún proyecto concreto, o el enlace a un vídeo y añadir que aporta valor: “¿Lo estoy haciendo bien en LinkedIn?”, Diario El País, 9 de diciembre de 2015.

<sup>359</sup> Publicada en el diario El País, de 12 de octubre de 2016.

Especialmente interesante es lo relacionado con las referencias de terceros, lo que determina que, de manera muy gráfica, se haya dicho que “ya no somos lo que decimos que somos, sino lo que dicen de nosotros en la red y cómo se nos percibe”<sup>360</sup>.

La relevancia de cómo se utilizan de las redes sociales por parte de los candidatos conduce a lo que se ha denominado su reputación “online”. En algunos de los estudios e informes a los que venimos haciendo referencia, se apunta a que un 28% de empresas han rechazado a un candidato por su actividad en las redes sociales<sup>361</sup>. Por ello, algunos informes apuntan a que los candidatos no deberían realizar ningún tipo de manifestación de violencia o discriminación si no quieren ser descartados en un proceso de selección<sup>362</sup>.

Al respecto, en las normas de uso que LinkedIn exige a sus usuarios se indica que no puede actuarse de manera ilegal o poco profesional en relación con los servicios que les ofrece la Red, considerando como tales las actitudes deshonestas, abusivas o discriminatorias, así como publicar contenido inexacto, obsceno difamatorio, impactante, que incite al odio, amenazador o de otro modo inapropiado o que derive en quejas o disputas personales.

Puede decirse, que el nuevo candidato se expone a ser de “cristal”, en tanto su actividad en las Redes conviertan su vida en transparente. Ello afecta a una de las cuestiones tradicionales en los procesos de contratación como es la relativa a qué aspectos, singularmente los no profesionales, pueden conocer las empresas de los candidatos, tema éste sobre el que volveremos. Sí abordamos en este momento otro elemento muy relacionado con la visibilidad del candidato, cual es la veracidad de los datos publicados.

La falsedad de la información contenida en un currículum es algo que pudiéramos considerar frecuente. Algunos candidatos lo hacen con el propósito de obtener un empleo, asumiendo así el riesgo y las consecuencias de la comprobación por las empresas de los detalles aportados.

<sup>360</sup> “Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, op. cit., p. 227.

<sup>361</sup> “Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, op. cit., p. 231.

<sup>362</sup> Informe Adecco. Por su parte, Fernández Guerra, en la entrevista de las que antes nos hacíamos eco, considera que debe tenerse cuidado con lo que se escribe en las Redes, ya que a algunos les ha costado su puesto de trabajo. La clave, a su juicio, es dedicarle horas, hacer investigaciones y saber qué se quiere contar. La importancia de la reputación online determina que la privacidad prima sobre lo “trendy”.

La utilización de las rr.ss. aumenta enormemente estas situaciones en tanto, como venimos señalando, hace muy visible al candidato en el mercado de trabajo. Y no sólo como tal, como persona que opta a un puesto de trabajo concreto, sino como profesional en general, sin que esté inmerso en proceso de contratación alguno. Ya no se trata, por tanto, de inexactitudes en el currículum proporcionados a una empresa, se trata de información incierta suministrada al mercado de trabajo en su conjunto.

Y no es un problema sólo de que haya aumentado el número de “afectados”, sino, sobre todo, de cómo puede afectar esto a la imagen de las organizaciones que son utilizadas inadecuadamente. Como se decía en una información reciente<sup>363</sup> “las mentiras en el currículum son habituales, pero su publicación en una red social como LinkedIn las institucionaliza”<sup>364</sup>.

Dejando de lado las eventuales responsabilidades en las que pudiera incurrir una persona por falsear los datos incluidos en su perfil profesional, curriculum o candidatura, las normas de las propias rr.ss. apuntan hacia esta cuestión. Tomando como ejemplo las normas de uso de LinkedIn, esta Red indica que todo aquel que se registre en ella acepta suscribir un contrato por el que se compromete, entre otras cosas, a tener al menos la edad mínima establecida –los menores de 16 años no pueden usar los servicios, salvo que la legislación aplicable exigiera tener más edad, en cuyo caso la edad mínima sería esa otra edad–.

Asimismo, esas normas exigen que los miembros de la Red se comprometen a suministrar únicamente la información y el contenido sobre los que se tenga derecho, y a que la información del perfil de LinkedIn sea verdadera. En este sentido, y de manera expresa se indica en dichas normas de uso que éstas suponen aceptar que debe proporcionarse información exacta y mantenerla actualizada, y usar el nombre verdadero en el perfil.

A la vez, tales normas determinan que no puede usarse una imagen o una foto de cara que no se parezca a ti en el perfil, ni crear una identidad falsa, como tampoco representar de manera falsa la identidad (por ejemplo, utilizando un pseudónimo), tus puestos de trabajo actuales o

<sup>363</sup> Artículo titulado “Qué hacer si un ex empleado miente sobre su puesto de trabajo en LinkedIn”, publicado en el diario El País, 18 de abril de 2017.

<sup>364</sup> Al respecto, y según el Informe Adecco, una de las razones que llevan a rechazar a un candidato por su actividad en las rr.ss. es porque la información obtenida que contradiga el CV del candidato.

anteriores, tus calificaciones o vínculos con una persona o entidad, así como crear un perfil de miembro para alguien diferente.

No obstante, en estas normas se incluye toda una serie de limitaciones de responsabilidad jurídica con las que la Red elude la derivada de los contenidos publicados por los usuarios. También, se excluyen las responsabilidades por la pérdida de datos, de oportunidades, de reputación o de beneficios o ingresos relacionados con los servicios, como declaraciones ofensivas o difamatorias, tiempo perdido, uso o cambios en tu información o contenido.

## **5. LA UTILIZACIÓN DE LAS REDES SOCIALES POR LAS EMPRESAS**

Las empresas también utilizan en gran medida las redes sociales, como lo demuestra, apoyándonos de nuevo en el Informe Adecco, que el 86% de las empresas en España tiene presencia en redes sociales, lo que supone un 4% más que en 2015, siendo Facebook la red social con mayor presencia de empresas, Red en la que el 79% de las compañías encuestadas en el Informe tiene cuenta corporativa. Tras ella, LinkedIn, es la Red más seguida, redes ambas que también son, y por ese orden, en las que los profesionales de los recursos humanos se muestran más activos.

No obstante, y de acuerdo con el citado Informe, la red social más utilizada para descubrir talento es, un año más, LinkedIn, que es también la más valorada, a gran distancia de la segunda, Facebook. Otro matiz a considerar es que el Informe revela que aún hay una cifra considerable de empresas que no están presentes: una de cada diez.

Finalmente, y en cuanto a datos globales de utilización de las redes sociales el Informe señala que el teléfono móvil es el dispositivo más elegido por los profesionales de los recursos humanos para consultar las redes sociales (81%).

Como se ve, hay cierta coincidencia con los datos ofrecidos antes respecto de la utilización de las redes sociales por los candidatos, tanto en lo referido a la utilización global de las mismas, como al tipo de redes, así como a los dispositivos a través de los que se accede a ellas. La diferencia estriba en la mayor importancia de LinkedIn, Red a la que los profesionales de los recursos humanos dan una muy alta valoración como canal de atracción y selección de talento, lo que se explica en atención al inherente uso profesional de las rr.ss. por las organizaciones.

También, en consonancia con aquellos datos, el Informe destaca una tendencia a una menor utilización de las rr.ss. por las empresas, ofreciendo en este caso como explicación la utilización de servicios de mensajería instantánea, como Whatsapp, Telegram, SnapChat, que a la vez que cubren necesidades en ese ámbito, aportan mayor privacidad.

De nuevo en sintonía con lo comentado antes respecto de los candidatos, los portales web de empleo siguen siendo la herramienta más utilizada por los profesionales de los recursos humanos cuando quieren reclutar a nuevos empleados. De hecho, es el canal al que recurren siempre o casi siempre el 67% de los seleccionadores, unido al 21% que los utiliza de forma habitual u ocasional. Además, los portales web de empleo son también la herramienta de intermediación laboral mejor valorada por estos profesionales.

Y con independencia de la mayor o menor utilización y/o valoración de las rr.ss.<sup>365</sup>, en el reiterado Informe hay un altísimo porcentaje de encuestados que concluye que en el plazo de dos años, los mecanismos de intermediación laboral más utilizados serán los portales web de empleo, los contactos personales, las redes sociales y los sites corporativos.

Como apuntamos, entre las ventajas que aportan a las empresas la utilización de las rr.ss. con finalidad de empleo se encuentra la de conocer mejor a los candidatos y su encaje en las organizaciones. Al respecto, la mayoría de las empresas acceden a los perfiles del candidato antes de conocerlo en persona, ya sea antes de realizar la entrevista, o en el momento en el que reciben la candidatura.

Esto nos conduce a un aspecto al que venimos recurriendo, cual es el del acceso, conocimiento y utilización de los aspectos personales de los candidatos en las tomas de decisiones acerca de las personas a incorporar a las organizaciones.

En este punto, hay aspectos a analizar por cuanto, por ejemplo y en primer lugar, algunas de las redes sociales que las empresas utilizan son

---

<sup>365</sup> A pesar de los datos positivos reflejados, el Informe alude a que el 31% de los profesionales de los recursos humanos no se muestra satisfecho con los perfiles de los candidatos que encuentra en redes sociales, y a que el 35% de los reclutadores opina que los candidatos no dan un uso suficientemente profesional a sus perfiles en redes sociales. Además, se apunta que estos profesionales se quejan del tiempo excesivo que emplean en realizar la búsqueda (32%) y de la falta de determinados candidatos (30%). Finalmente, el porcentaje de empresas que no recurre a ningún servicio de pago en las rr.ss. para realizar las labores de captación de talento asciende al 61%.



“generalistas”, es decir no especializadas ni profesionales<sup>366</sup>, caso de Facebook, que hemos visto es la que mayor presencia empresarial tiene. La utilización de esta Red les permite obtener información personal del candidato, que éste ha proporcionado a la Red por razones no profesionales y en circunstancias ajenas a cualquier proceso de contratación. De esta forma, las empresas pueden –de hecho lo hacen en gran medida<sup>367</sup>, como apuntamos antes– conocer aspectos no profesionales de los candidatos, reveladores de su personalidad o incluso no característicos de la misma, datos todos ellos que pueden ser tenidos en cuenta en mayor o menor medida que los estrictamente profesionales a la hora de tomar la decisión acerca de la contratación del candidato en cuestión.

Las prescripciones normativas parecen apuntar a que lo que debe ser tenido en cuenta en los procesos selectivos son los datos profesionales, sin que se puedan acceder ni tratar aspectos ajenos a los mismos. En este sentido, la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal, describe en su artículo 4 el principio de Calidad de los datos, señalando que “Los datos de carácter personal sólo se podrán recoger para su tratamiento, así como someterlos a dicho tratamiento, cuando sean adecuados, pertinentes y no excesivos en relación con el ámbito y las finalidades determinadas, explícitas y legítimas para las que se hayan obtenido”.

Sin embargo, por un lado, las empresas tienen libertad de contratación lo que les permite seleccionar a quienes decidan, y conforme a sus criterios, aunque con el importante límite del respeto a los derechos fundamentales de los candidatos, especialmente el que les prohíbe discriminar en el acceso al empleo. Por otro, hay un interés claro de las empresas en conocer lo mejor posible a los candidatos a fin de evaluar su adecuado encaje en las organizaciones, lo que les hace interesarse por aspectos no exclusivamente profesionales. Desde esta perspectiva, cabría pensar de que no se trata sólo de seleccionar a un buen profesional, sino al profesional adecuado a la empresa en cuestión<sup>368</sup>.

<sup>366</sup> ORTIZ LÓPEZ, P.: “Derecho y Redes sociales”, Rayo Lombarte y Martínez Martínez (eds), Civitas-Thomson Reuters, 2ª edición, 2013, pp. 22 y ss, clasifican las redes en torno a tres categorías: de comunicación, especializadas y profesionales.

<sup>367</sup> Según el Informe Adecco, el 86% de las empresas consulta las redes sociales de los candidatos preseleccionados antes de tomar una decisión de contratación, y ello ha provocado reconsiderar la decisión de contratación en el 55% de los encuestados, lo que se ha traducido en que el 31% de las organizaciones ha desestimado la candidatura de algún aspirante a un puesto de trabajo por la imagen que proyectan en alguno de sus perfiles en rr.ss.

<sup>368</sup> En este sentido, en los procesos de selección aparecen nuevos métodos y aplicaciones a través de los cuales se evalúan las fortalezas cognitivas y emocionales de los can-



Como puede intuirse es un escenario controvertido en el que las rr.ss. han irrumpido, y lo han hecho debilitando los posibles límites que el ordenamiento jurídico establece respecto del conocimiento de aspectos personales de los candidatos se refiere. Es inherente a las Redes que sus miembros compartan información, datos, imágenes..., que a salvo de los controles de acceso que las mismas habilitan, son conocidos por el resto de usuarios.

Por tanto, y en la línea avanzada antes, nos encontramos ante un panorama en el que las rr.ss. a la vez que muestran evidentes ventajas, también propician lo contrario, recayendo, como se destacado, en los propios usuarios el que su utilización nos les perjudique.

En este sentido, es revelador la información que el Informe Adecco apunta sobre los aspectos que les haría, a los responsables de las contrataciones, rechazar a un candidato, apuntándose cuestiones como la apología de cualquier tipo de violencia o discriminación, o la publicación de contenido que promueva el consumo de drogas y/o alcohol. Pero junto a estos, que son en los que mayor coincidencia hay, otros, como los relativos a la afiliación política, que aunque mencionados en menor medida, representan aspectos especialmente protegidos que no pueden determinar decisiones de no contratación<sup>369</sup>.

Aun a pesar de la evidente ilicitud de decisiones basadas en la afiliación política, o en otras causas o situaciones protegidas por el ordenamiento<sup>370</sup>, se hace muy difícil demostrar que las actuaciones empresariales se han basado en tales circunstancias o condiciones personales. Esto que es así en general, lo es aún más en el escenario virtual, entre otras cosas, porque, como se ha dicho, en muchas ocasiones las empresas

---

didatos para después cruzarlos con los requisitos exigidos por las empresas y detectar a los mejores perfiles. Al respecto puede verse <https://www.pymetrics.com>

<sup>369</sup> Otros aspectos, al margen del ya citado antes sobre los datos que contradigan el CV del candidato, que provocan rechazo según este Informe son, las imágenes de contenido sexual poco apropiadas, los comentarios negativos sobre empleadores y/o compañeros de trabajo, los errores de expresión/gramaticales, y la ausencia de habilidades comunicativas.

<sup>370</sup> El artículo 7 de la LOPD, consagra la categoría de datos especialmente protegidos, respecto de los que recuerda la no obligación de declarar sobre la ideología, religión o creencias, y la necesidad del consentimiento expreso y por escrito del afectado para el tratamiento los datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión y creencias. Además, prescribe que los datos de carácter personal que hagan referencia al origen racial, a la salud y a la vida sexual sólo podrán ser recabados, tratados y cedidos cuando, por razones de interés general, así lo disponga una ley o el afectado consienta expresamente. Y prohíbe los ficheros creados con la finalidad exclusiva de almacenar datos de carácter personal que revelen la ideología, afiliación sindical, religión, creencias, origen racial o étnico, o vida sexual.

ni siquiera tienen que adoptar su decisión en el marco de un concreto proceso de contratación, sino que fruto de los datos que van obteniendo de las Redes, no consideran y excluyen a determinadas personas cuando tales procesos comienzan.

Por tanto, son los propios usuarios quienes pueden y deben controlar que las informaciones personales incluidas en las Redes no les repercutan negativamente. El problema viene porque, en muchas ocasiones, no son los propios usuarios los que “cuelgan” datos, imágenes, sino que lo hacen terceras personas, teniendo por tanto el usuario no sólo que utilizar adecuadamente las rr.ss., sino también controlar lo que en ella se informa de él.

No obstante, hay que recordar la comentada tendencia hacia una mayor utilización de las rr.ss profesionales por parte de las empresas, hecho que relativiza el problema acerca de la incidencia de lo personal en el terreno profesional, por cuanto la actitud de los usuarios en este tipo de Redes es diferente.

Y al igual que comentamos respecto de los candidatos, la utilización por las empresas de las rr.ss. debe venir acompañada de un buen uso de las mismas. En este sentido, se observa la transformación de las páginas dedicadas al empleo en las empresas, que pasan de ser simples secciones de “trabaja con nosotros”, a webs atractivas e interactivas, con contenidos de valor, como, por ejemplo, audiovisuales en los que puedan visualizarse los espacios de trabajo, en los que se cuente con testimonios de empleados, y en los que se hable de la organización no solo en términos empresariales, sino también de la cultura y valores de la misma<sup>371</sup>.

También, en sintonía con la relevancia que para los candidatos tiene crear una marca personal y tener reputación on-line, respecto de las organizaciones empresariales se habla del “digital branding”, que obliga a las empresas a transmitir su marca empleadora a través de internet y de las Redes.

Las empresas activas en entornos digitales tienen más probabilidades de generar un mayor número de leads y por tanto atraer al mejor talento. Recuérdese lo comentado antes acerca de la tendencia de los candidatos digitales a convertirse en seguidores de marcas empresariales, y de la cada vez mayor relevancia que tiene esto en los procesos de contratación<sup>372</sup>.

<sup>371</sup> Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, op. cit., pp. 231 y 232.

<sup>372</sup> Ibidem.

Cabe referirse finalmente a un aspecto algo distinto, cual es la repercusión de las redes sociales en la organización del trabajo, y en concreto a su utilización para instaurar modelos de colaboración. Es lo que se denomina el crowdsourcing<sup>373</sup>, en virtud del cual se adoptan conocimientos aportados por profesionales externos, o incluso por los propios clientes o proveedores. La idea, por ejemplo, es aprovechar el potencial de colaboraciones para proyectos determinados que existe en una empresa con un elevado número de empleados, posibilidad a la que aluden algunas empresas que participan en dicho estudio.

Como se ve, se trata no sólo de otra perspectiva de utilización de las rr.ss., sino también de una idea diferente de entorno colaborativo. Sin que sea éste el tema de esta trabajo, y de acuerdo con la noción de economía colaborativa reflejada en una Comunicación de la Comisión Europea, de agosto en 2016, aquélla comprende “Modelos de negocio en los que se facilitan actividades mediante plataformas colaborativas que crean un mercado abierto para el uso temporal de mercancías o servicios ofrecidos a menudo por particulares. Implica a tres categorías de agentes: prestadores de servicios, usuarios e intermediarios, que a través de una plataforma en línea conectan a los anteriores agentes y facilitan las transacciones entre ellos”.

Los modelos colaborativos en los que se piensa frecuentemente (UBER...) nos conducen hacia plataformas digitales en las que convergen empresas y prestadores de servicios, además claro está de los intermediarios que son quienes gestionan la plataforma; es decir, se trata de buscar la colaboración fuera, en esos entornos colaborativos. En cambio, en la idea recién expuesta, la colaboración se desarrolla dentro de las propias empresas, con el conjunto de los trabajadores, pudiendo hacerlo también con personas ajenas a la misma, que además pueden tener una vinculación con la misma diferente a la de trabajador o prestador de servicios, caso de los proveedores y clientes.

---

<sup>373</sup> Nuevas tecnologías y gestión de recursos humanos”, op. cit., p. 217.



# PLATAFORMAS DE EMPLEO Y PLATAFORMAS DE TRABAJO. ASPECTOS FUNDAMENTALES<sup>374</sup>

*Emilia Castellano Burguillo*

*Profesora Contratada Doctora.*

*Universidad de Huelva.*

## 1. INTRODUCCIÓN

### 1.1. IDEAS PREVIAS: DÓNDE ESTAMOS

La Revolución Industrial del Siglo XIX estuvo acompañada de incógnitas, ventajas y desventajas según el punto de vista del que se trate. Sólo con el tiempo se destacaron principalmente sus ventajas. En la Revolución actual que vivimos, en este caso tecnológica, estos patrones se repiten, ya que existen nuevos modelos de negocio que pueden generar crecimiento y empleo, pero respecto de los cuales se plantean muchas incógnitas, ventajas y desventajas. La llamada “Economía Colaborativa” precisa de aclaraciones, regulaciones y tomas de decisión por parte de las instituciones de la Unión Europea (en adelante UE), nacionales e incluso locales. La Europa de hoy tiene grandes retos, pues nos enfrentamos a una digitalización de la sociedad que diferencia claramente entre los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, incentivando estos últimos. Están surgiendo nuevos empleos y nuevas formas de trabajar, de prestar un servicio, y en los próximos años surgirán otros muchos<sup>375</sup>. Todo esto supone que la forma de relacionarnos los seres humanos está cambiando y deberíamos poner nombre a ese cambio, así como redefinir las cuestiones fundamentales de esta realidad que no pueden ser tratadas con la normativa previamente existente, ya que ésta última es insuficiente.

La crisis económica de los últimos años ha hecho que varíen ciertos comportamientos humanos, que incluso supongan cambios de paradig-

---

<sup>374</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>375</sup> Así se pone de manifiesto en el Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. COM (2017) 2025 Final de 1 de marzo de 2017. Reflexiones y Escenarios para la Europa de los veintisiete en 2025, p. 4.

mas, por ejemplo, se está extendiendo la tendencia de poseer menos frente al sentido de propiedad fomentado anteriormente, aunque fuera de forma cultural, ahora se propone *“atender más al gasto y observar la retribución conseguida, ya sea en cuanto a necesidad cubierta o satisfecha, bajo la premisa de que para disfrutar del bienestar no sirve acumular”*<sup>376</sup>.

Por tanto, se fomenta que el uso de los recursos y servicios se afronte de otra forma, de manera que sean prestados, regalados, intercambiados, alquilados y no necesariamente comprados y/o vendidos. Esta nueva realidad se basa en la confianza<sup>377</sup> que podamos generar en el otro, en la transparencia de las acciones y de los beneficios<sup>378</sup>. La novedad en sí de esta materia que ahora estudiamos no es el “compartir” servicios, actividades, objetos, bienes, etc, sino el vehículo a través del cual se hace, en concreto, usando las nuevas tecnologías y accediendo a plataformas tecnológicas que ponen en contacto la demanda y la oferta del servicio, actividad, bien etc.<sup>379</sup>.

Esta revolución económica y tecnológica cuenta, al igual que ocurriera con la Revolución Industrial, con la oposición de un grupo de trabajadores, los que en aquel momento eran los “artesanos ingleses conocidos como luditas, que se opusieron a los telares industriales”, lo que sólo produjo un retraso en su implantación pero no la evitación absoluta de su sustitución. Por tanto, las nuevas tecnologías están produciendo una alteración del mercado de trabajo de la que no pueden quedar ajenos los trabajadores y el resto de actores que intervienen en dicho mercado. Si bien podemos pensar en un impacto negativo en la mano de obra, por el hecho de que se reduzcan “las manos necesarias para la produc-

<sup>376</sup> Así lo pone de manifiesto el Consejo Económico y Social Europeo en el Dictamen “Consumo colaborativo o participativo: un modelo de sostenibilidad para el siglo XXI” (Dictamen de iniciativa). DOCE C 177 de 11 de junio de 2016, p. 3.

<sup>377</sup> Sobre esta confianza puede consultarse el artículo “La pirámide de Maslow 3.0”. en [http://www.fidefundacion.es/sdigital/La-piramide-de-Maslow-3-0\\_a8.html](http://www.fidefundacion.es/sdigital/La-piramide-de-Maslow-3-0_a8.html). 28 de abril de 2017.

<sup>378</sup> Basta con reflexionar acerca de la digitalización de los contenidos (fotografías, música, vídeos, libros, etc.) para comprobar que ha permitido a mucha gente darse cuenta de que a menudo lo que se quiere no es el disco en sí, sino la música que está grabada en él. Mientras se pueda acceder en el momento que se necesite se podrá estar satisfecho, y más aún si exige una menor disponibilidad o utilización del espacio personal. Dictamen del CESE “Consumo colaborativo o participativo” Ibidem, p. 3.

<sup>379</sup> A raíz de la crisis económica emergieron plataformas, por ejemplo, para la compraventa de vestidos y complementos de novia de segunda mano, para el alojamiento en casas, el alquiler de vehículos o de trajes de gala, incluso en relación con ropa de diseñadores o complementos de lujo, y también comunidades donde los usuarios publican una tarea, como montar un mueble o recoger un paquete y el precio que ofrecen a la persona que quiera llevarla a cabo. Dictamen del CESE “Consumo colaborativo o participativo” Ibidem, p. 4.

ción”, no debemos perder de vista la necesidad, de que este cambio de producción venga acompañado de unas políticas de empleo pasivas y activas adecuadas al entorno en el que nos encontramos<sup>380</sup>, de manera que el “gasto” que se realice por los Estados, las Comunidades Autónomas e Instituciones Locales tenga un adecuado reflejo en el mercado de trabajo desde el punto de vista de su eficacia y efectividad.

## 1.2. CONCEPTOS BÁSICOS

Es importante que delimitemos de forma adecuada la materia que vamos a analizar en este capítulo, para no correr el riesgo de una posible dispersión y demagogia que resultan tentadoras en relación con algunas de las cuestiones que analizaremos. La automatización de algunas tareas no debe ser confundida con lo que son los puestos de trabajo de una organización o una determinada profesión. Un puesto de trabajo se compone de múltiples tareas, algunas de las cuales pueden ser automatizadas. Esto es lo que vamos a comprobar al analizar las plataformas de empleo y trabajo. Y desde el principio debemos tener en cuenta que la creatividad, la capacidad de interacción con otras personas, la persuasión, la imaginación, etc, no van a poder ser automatizadas lo que va a provocar cambios en algunas profesiones pero no la desaparición de las mismas. Vamos a poder automatizar algunas tareas de esas profesiones pero no todas, básicamente las tareas que sean repetitivas<sup>381</sup>.

Este cambio del que venimos hablando se encuadra en un nuevo concepto de economía, denominada de diferentes formas “economía colaborativa, economía social o solidaria, economía circular, economía funcional, economía verde, economía azul, economía de las soluciones, economía horizontal, economía de las plataformas, y economía de los trabajos ocasionales”<sup>382</sup>.

Todos estos adjetivos hacen referencia a una situación en la que existe un uso compartido de bienes o servicios, de forma gratuita o mediando un precio<sup>383</sup>, a través de plataformas en línea. Esta definición permite

<sup>380</sup> Sobre este punto podemos consultar a MESTRES DOMENECH, J.: “¿Cómo aprovechar el impacto positivo del cambio tecnológico en el empleo?. En Informe Mensual número 398, febrero de 2016. Caixabank Research, p. 34.

<sup>381</sup> MORRÓN SALMERÓN, A.: “¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?” En Informe Mensual número 398, febrero de 2016. Caixabank Research, p. 36.

<sup>382</sup> Todas estas denominaciones aparecen citadas en el Dictamen del CESE sobre el tema “La economía colaborativa y la autorregulación”. DOCE C 303 de 19 de agosto de 2016, p. 5.

<sup>383</sup> Resulta de interés destacar la iniciativa FIWARE: es una plataforma, impulsada por la Unión Europea, para el desarrollo y despliegue global de aplicaciones de internet

excluir del concepto de economía colaborativa cierto tipo de prácticas que se pretenden acoger a ella, por ejemplo: la puesta en común de productos alimenticios o bienes de consumo perecederos; las mutualidades y cooperativas; el emprendimiento social; las actividades caritativas; la economía a la carta; la economía de la funcionalidad, más vinculada a la economía circular y la mera intermediación<sup>384</sup>. Por tanto, a través de la intermediación de una plataforma electrónica se ponen en contacto una pluralidad de predisponentes de bienes o servicios y una pluralidad de usuarios, resultando además que esta práctica no conduce a la propiedad de bienes ni a su copropiedad, sino a un uso o utilización compartidos.

En este contexto, las plataformas de empleo y/o trabajo se definen como un espacio web especializado, una herramienta tecnológica a través de la cual se realizan ofertas y demandas de servicios o actividades, pudiendo ser gratuita o remunerada, limitada o no a un determinado espacio geográfico y caracterizada por:

- Crear nuevos mercados, nuevas formas de participación de la ciudadanía, lo que contribuye a una mayor competitividad de las empresas.
- Actúan en mercados plurifacéticos con distintos niveles de control, aspecto que se plantea en algunos casos como un problema.
- Se benefician de los todos los efectos que tiene la “red”, el valor del servicio aumenta con el número de usuarios, con sus comentarios y opiniones.
- Se apoyan en las tecnologías de la información y la comunicación, así como en la innovación para desarrollar los modelos de negocio.
- Acumulan gran cantidad de datos, lo que puede aprovecharse para nuevos proyectos empresariales.
- Aumentan la oferta y por tanto, las posibilidades de elección de los consumidores<sup>385</sup>.

---

del Futuro. FIWARE intenta proveer de una arquitectura totalmente abierta, pública y libre así como de un conjunto de especificaciones que permita a los desarrolladores, proveedores de servicios, empresas y otras organizaciones desarrollar productos que satisfagan sus necesidades, sin dejar de ser abierta e innovadora. <https://es.wikipedia.org/wiki/FIWARE>. 1 de abril de 2017.

<sup>384</sup> Dictamen del CESE “La economía colaborativa y la autorregulación” Ibidem, p. 6.

<sup>385</sup> Para más información consultar Documento COM (2016) 288 final de 25 de mayo de 2016 “Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: Las plataformas en línea y el mercado único digital. Retos y oportunidades para Europa”, p. 3 y ss.



- Precisan de un marco regulatorio que aporte unidad, adecuación, racionalidad, y derechos y garantías para los usuarios. De manera que no existan tantas regulaciones como Estados miembros, lo que generaría confianza en el público en general.
- Requieren de una gran inversión en infraestructuras informáticas y de datos<sup>386</sup>.

Partiendo de estos conceptos básicos vamos a analizar en los epígrafes siguientes qué tratamiento está dando la Unión Europea a esta materia, qué aspectos legales precisan de aclaración y/o regulación, cuáles son los principales problemas que hasta la fecha se han planteado para los trabajadores incluidos en esta nueva forma de prestar un servicio o actividad, cuál es la situación actual en España y finalmente hacia dónde nos encaminamos en esta materia.

## 2. RESPUESTA DE EUROPA A ESTA NUEVA FORMA DE PRESTAR Y RECIBIR UN SERVICIO

### 2.1. ACTUACIÓN DE LAS INSTITUCIONES EUROPEAS

Como no podía ser de otra forma, la Unión Europea se ha manifestado sobre las cuestiones que estamos analizando. Diversas instituciones europeas han elaborado informes y dictámenes manifestando su parecer sobre esta nueva forma de trabajo. Entre ellos el Consejo Económico y Social, la Comisión Europea<sup>387</sup>, el Parlamento Europeo<sup>388</sup> y el Comité de las Regiones Europeo<sup>389</sup>.

De forma particular la Comisión Europea ha proporcionado orientaciones sobre cómo aplicar la legislación ya vigente en la UE<sup>390</sup>:

<sup>386</sup> Por ejemplo, se estima que se invertirán 50.000 millones de euros procedentes de fondos públicos y privados. Consultar Documento COM (2016) 180 final de 19 de abril de 2016. "Digitalización de la industria europea Aprovechar todas las ventajas de un mercado único digital".

<sup>387</sup> Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones: "Mejorar el mercado único: más oportunidades para los ciudadanos y las empresas". Documento COM (2015) 550 final de 28 de octubre de 2015.

<sup>388</sup> Informe del Parlamento Europeo de 21 de diciembre de 2015, sobre la iniciativa "Hacia un mercado único digital" en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+REPORT+A8-2015-0371+0+DOC+XML+V0//ES>. 2 de abril de 2017.

<sup>389</sup> Dictamen sobre la Dimensión local y regional de la economía colaborativa. DOCE C 51 de 10 de febrero de 2016, p. 28.

<sup>390</sup> Puede consultarse en [http://europa.eu/rapid/press-release\\_IP-16-2001\\_es.htm](http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2001_es.htm). 2 de abril de 2017.

- Exigiéndose autorizaciones o licencias cuando sea estrictamente necesario, proponiendo que las plataformas colaborativas no estén sujetas a autorización cuando realicen solo una labor de intermediación entre los ciudadanos y los proveedores.
- En relación con lo anterior, las plataformas colaborativas no deberían tener responsabilidad por la información almacenada en nombre de los que prestan el servicio, salvo que se trate de servicios directamente prestados por dicha plataforma, por ejemplo, la responsabilidad por el pago de dicho servicio.
- Se debe garantizar por los Estados miembros que los consumidores finales tengan un alto nivel de protección frente a prácticas desleales.
- Los casos de particulares que prestan servicios de forma ocasional deben recibir un trato diferente respecto de aquellos que lo hacen de forma habitual, continuada en el tiempo, ya que los primeros no se pueden considerar trabajadores ya sea dependientes o autónomos.
- La legislación laboral aplicable en la actualidad es principalmente nacional por lo que serán en principio los Estados miembros los que fijen el concepto y requisitos para que exista una relación laboral, si bien se reconoce la importancia de la jurisprudencia europea en este punto, como posteriormente tendremos oportunidad de comprobar.
- Se debe fijar el adecuado sistema fiscal que incluya impuestos como los derivados del trabajo, impuestos sobre la renta, impuesto de sociedades y sobre el valor añadido.

Además, la Comisión Europea<sup>391</sup>, haciendo referencia a un estudio elaborado por una Consultora Internacional<sup>392</sup>, destaca los cinco sectores principales de la economía colaborativa que más crecimiento pueden llegar a tener:

- El préstamo entre particulares.
- La contratación de personal en línea.

<sup>391</sup> Documento COM (2015) 550 final de 28 de octubre de 2015. Op cit. Puede consultarse en <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:52015DC0550&rid=1>. 15 de abril de 2017.

<sup>392</sup> PwC: «The Sharing Economy», Consumer Intelligence Series, 2015 <https://www.pwc.com/us/en/technology/publications/assets/pwc-consumer-intelligence-series-the-sharingeconomy.pdf>

- El alojamiento entre particulares.
- El sistema de coche multiusuario.
- Y el uso compartido de contenido multimedia<sup>393</sup>.

– En el sector del alojamiento podemos destacar varias iniciativas: Airbnb, Rentalia, Homeaway, Couchsurfing y Bedycasa. Son plataformas en las que se registran los propietarios de viviendas para ofrecer y compartir de forma temporal una habitación o la casa completa. Además, es posible que albergues, casas rurales y otros alojamientos turísticos ofrezcan sus alojamientos. Por la facilidad con que cualquier persona puede incluir su inmueble en estas redes colaborativas y el beneficio que los propietarios obtienen de esta actividad, se han firmado acuerdos de colaboración para la recaudación y el pago de impuestos

<sup>393</sup> En la página web [www.collaborativeconsumption](http://www.collaborativeconsumption) podemos encontrar más de 1000 iniciativas registradas. Como se puede comprobar, cualquier ámbito de la vida cotidiana puede ser objeto de práctica de consumo colaborativo o participativo, tanto en lo que refiere a:

- la movilidad (carsharing, alquiler y uso compartido de vehículos, taxis, bicicletas y plazas de aparcamiento, carpooling o rellenar asientos vacíos de coches con otros pasajeros que vayan en la misma dirección),
- la eficiencia energética (uso compartido de equipamiento doméstico),
- la habitabilidad y los espacios de cultivo (alquiler de habitaciones, uso compartido de viviendas y de huertos urbanos y rurales),
- los negocios (coworking o compartir locales para oficina),
- las comunicaciones (plataformas para el móvil en la que los usuarios pueden comprar y vender bienes y servicios a personas que viven en una misma comunidad),
- el trabajo (microtareas, contratar personas para encargos determinados, «solucionadores» a domicilio donde se adjudican al mejor postor tareas que van desde colgar cuadros a montar muebles por piezas),
- la cultura (bookcrossing y trueque de libros, promoción de intercambios culturales de jóvenes de diferentes países),
- la educación (comunidades digitales para aprender idiomas),
- el tiempo y las habilidades (bancos de tiempo),
- el ocio (compartir contenidos digitalizados),
- las finanzas (préstamos entre particulares, préstamos directos de particulares a pequeñas y medianas empresas, crowdfunding o financiación colectiva, crowdfunding for crowdbenefits),
- el turismo (experiencias gastronómicas en casas particulares y peer to peer de intercambio de alimentos),
- el arte, y también mercadillos de intercambio y regalo de ropa y objetos para niños, reparación y reciclaje de objetos, entre otras muchas iniciativas que se podrían añadir, pero cuyo análisis exhaustivo escapa de los objetivos del presente dictamen,
- impulsar la utilización de las energías renovables, al ser posible compartir el exceso de energía a través de las redes inteligentes.

entre las plataformas y las autoridades fiscales, en especial en París y Ámsterdam. En Ámsterdam, Barcelona, Londres y Berlín se ha creado un régimen de registro obligatorio de estos alojamientos y normas de limitación en el tiempo, con el objetivo de no perjudicar el alquiler a largo plazo e impedir el consiguiente aumento de los arrendamientos<sup>394</sup>. Se ha regulado pues la competencia que puede hacerse a los servicios de hospedaje, hostelería etc, y además se ha creado una fuente de ingresos para la Administración Pública a través de los impuestos.

– En el caso del transporte cabe citar Blablacar, Umcoche, Liftshare y Karzoo, son aplicaciones en las que se registran los propietarios de vehículos particulares que desean compartir las plazas libres en sus viajes (*carpooling*). En algunas de estas plataformas se pueden compartir los gastos de viaje, pero no se permite el cobro de importes con fines lucrativos. En estos supuestos parece pues que existe claridad en cuanto al tipo de relación que se establece, no ocurriendo lo mismo con el caso Uber, que además de lo anterior ofrece el servicio de desplazamiento con conductores profesionales haciendo de esta forma la competencia a otros medios de transporte públicos y privados principalmente<sup>395</sup>, y estableciendo, a pesar de la negativa de la mencionada empresa, auténticas relaciones laborales con esos profesionales que prestan el servicio<sup>396</sup>.

– Ejemplos de financiación colaborativa son la financiación mediante préstamo con remuneración de intereses, como Zopa y Auxmoney; la

<sup>394</sup> Estos datos se encuentran recogidos en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La economía colaborativa y la autorregulación”. Op. cit., p. 5.

<sup>395</sup> Nos referimos al transporte en taxi. En estos días estamos conociendo a través de los medios de comunicación las manifestaciones que están realizando los taxistas de diferentes ciudades de España. 25 de abril de 2015.

<sup>396</sup> Datos recogidos en el Dictamen del CESE “La economía colaborativa y la autorregulación”. Op. cit., p. 5. Además podemos destacar que “La justicia francesa ha propinado un fuerte varapalo a la economía colaborativa. Ha condenado a la plataforma Heetch (usada para compartir coche durante la noche) a pagar 441.000 a los taxistas, así como a asumir las costas y a abonar más de 200.000 euros de multa. La compañía llama a la movilización al medio millón de usuarios y el tema se mete en la campaña electoral”. En contra de sentencia se argumenta que “Heetch tiene 500.000 usuarios con una media de 23 años, que encuentran en esta plataforma un remedio para el transporte en horas de fiesta en los que no abundan los servicios públicos. Realiza 10.000 trayectos a la semana por un costo medio de 10 euros. Tampoco puede decirse que perjudique al sector del taxi, ya que los ingresos de sus 30.000 conductores ocasionales (con una media de 25 años de edad) rondan los 6.000 euros al año, que se destinan por lo general a cubrir el mantenimiento del vehículo. Los creadores de Heetch señalan asimismo que sus usuarios no son clientes de taxis y que su suspensión no generará más negocio para los taxistas”. En [http://www.tendencias21.net/Fuerte-varapalo-de-la-justicia-francesa-a-la-economia-colaborativa\\_a43764.html](http://www.tendencias21.net/Fuerte-varapalo-de-la-justicia-francesa-a-la-economia-colaborativa_a43764.html). 2 de mayo de 2017.

financiación de capital con participación social en la empresa creada, como Fundedby.me y Crowdcube; la financiación con recompensa, como Kickstarter o Indiegogo; y, por último, la financiación a través de donativos, en la que no se acuerda ninguna contrapartida<sup>397</sup>.

En definitiva, la Comisión Europea busca transparencia y mejora de la información y el servicio a los consumidores, porque se parte de la base de que la economía colaborativa da lugar a una mayor variedad de servicios donde elegir y a precios más bajos para los consumidores; además brinda oportunidades de crecimiento a las empresas emergentes más innovadoras; aumenta el empleo y beneficia a los empleados al permitir horarios más flexibles, que van desde microempleos no profesionales hasta el emprendimiento a tiempo parcial<sup>398</sup>.

Un ejemplo de buena práctica en esta materia es la iniciativa llevada a cabo por la Comisión para crear una plataforma de resolución de litigios en línea a nivel de la UE. Esta iniciativa se puso en marcha el 15 de febrero de 2016 y se caracteriza por ofrecer una ventanilla única que permite a los consumidores y comerciantes de la UE resolver sus litigios en el caso tanto de las compras nacionales como de las transfronterizas. La plataforma es de fácil utilización, en ella los consumidores pueden cumplimentar el impreso de reclamación en la plataforma en tres sencillos pasos. Es una plataforma multilingüe y ofrece a los usuarios la posibilidad de llevar a cabo todo el procedimiento en línea. Además ofrece servicios de traducción para los casos de litigios

<sup>397</sup> Datos recogidos en el Dictamen del CESE “La economía colaborativa y la autorregulación”. Op. cit., p. 5. En cuanto a la satisfacción de los usuarios de estos servicios, se destaca en un artículo periodístico que “La economía colaborativa crece sin freno y sobre todo, entre los millenials. El barómetro Ulises elaborado el pasado mes por 20 minutos mostró que uno de cada tres jóvenes de 18-24 años ha usado plataformas de consumo colaborativo, tanto para alojarse en otras ciudades como para desplazarse. Cosa distinta es la satisfacción que proporciona su uso. El último Panel de Hogares de la CNMC muestra un elevado grado de satisfacción con el servicio recibido, pero existen variaciones según la plataforma. Los viajes largos que facilitan compañías como BlaBlaCar resultan satisfactorios al 67,1% de sus usuarios, el mayor porcentaje en este tipo de servicios, por delante de los outlets online como Wallapop (60,9%), las plataformas de alojamiento tipo AirBnb (60,4%) y las de intercambio de tareas como Taskia o Guudjob (44,1%). En la cola de la tabla, los servicios de desplazamiento urbano; hasta un 18,5% de sus usuarios se declara “nada o poco satisfechos” con ellos. “Más que una mala noticia, es una confirmación de lo que ya sabíamos”, explica Yuri Fernández, portavoz de Uber, una de las nuevas compañías de transporte de pasajeros (junto a Cabify) que opera en España. Pero esta incomodidad está provocada única y exclusivamente por la Ley Española de Transporte”. Ver más en: <http://www.20minutos.es/noticia/2868466/0/satisfaccion-plataformas-colaborativas-informe-cnmc/#xtor=AD-15&xts=467263>, revista 20 minutos. 15 de abril de 2017.

<sup>398</sup> Documento COM (2015) 550 final de 28 de octubre de 2015. Op cit., p. 20, 21.

entre partes radicadas en diferentes países europeos. Podría decirse que este sistema tiene una importante aceptación en toda Europa, ya que alrededor de 117 organismos de resolución alternativa de litigios de 17 Estados miembros están conectados a esta plataforma. La Comisión está trabajando con ellos para alcanzar una cobertura completa de todos los Estados y sectores tan pronto como sea posible. Este sistema se conoce con las siglas RAL (resolución alternativa de litigios), y ofrece una forma rápida y barata de solucionar los litigios, ya que la resolución dura un máximo de 90 días. Es un sistema alternativo y complementario a la resolución judicial pues no se sustituye la posibilidad de acudir a los tribunales, los cuales por otra parte, son sistemas más costosos y largos. La experiencia tanto de los consumidores como de los comerciantes europeos que han utilizado la resolución alternativa de litigios tiende a ser positiva<sup>399</sup>.

El resto de Instituciones Europeas también se han pronunciado sobre la materia, así el Comité de Las Regiones ha señalado que *“parecen estar surgiendo dos importantes categorías y cuatro modalidades diferentes de economía colaborativa”*. La primera categoría, sería la *“economía colaborativa en sentido estricto o economía a la carta, donde encontramos la llamada economía de acceso para las iniciativas cuyo modelo de negocio implica la comercialización de acceso a bienes o servicios, no su tenencia, es decir, un alquiler temporal y no una venta definitiva; y la economía de los trabajos ocasionales, basada en trabajos esporádicos realizados a través del mercado digital”*. La segunda categoría es la llamada economía de puesta en común, donde encontramos *“la economía inter pares, implican a los usuarios en el diseño del proceso de producción o convierten a los clientes en una comunidad; y la economía de puesta en común de los bienes de utilidad pública para aquellas iniciativas de propiedad o gestión colectiva”*<sup>400</sup>.

En estas modalidades de economía, el patrón económico clásico donde destaca el *“homo oeconomicus”* no nos serviría, no se distingue

<sup>399</sup> El 70 % se mostró satisfecho por el modo en que se han tramitado sus reclamaciones mediante este procedimiento. Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 15 de febrero de 2016. Para más información puede consultarse el Reglamento 524/2013 del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 de mayo de 2013, sobre resolución de litigios en línea en materia de consumo y por el que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE (DOCE L 165 de 18 junio de 2013). Además de la Directiva 2013/11/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 21 mayo de 2013 relativa a la resolución alternativa de litigios en materia de consumo y por la que se modifica el Reglamento (CE) n. 2006/2004 y la Directiva 2009/22/CE. (DOCE L 165 de 18 de junio de 2013).

<sup>400</sup> Dictamen sobre la Dimensión local y regional de la economía colaborativa. Op. cit., p. 29.

entre productores y consumidores. La economía colaborativa adopta el enfoque propio de las plataformas, según el cual uno de los principales motores de la comunidad reside en las relaciones, la reputación, la confianza social<sup>401</sup> y otros motivos no económicos<sup>402</sup>. Estaríamos por tanto, ante una realidad donde los controles de calidad de los servicios prestados resultan fundamentales, ya que esa reputación o confianza puede verse perjudicada de forma fácil e inmediata por parte de los usuarios a través precisamente de una de las ventajas de este tipo de negocios como es el mercado digital y la tecnología. Esto debería evitar que las empresas con ánimo de lucro utilicen de forma abusiva las plataformas de empleo y trabajo y al mismo tiempo realicen prácticas ilegales respecto a la cobertura por ejemplo de la Seguridad Social del personal que empleen.

Es precisamente por esto, por lo que se impone la necesidad de una regulación sobre estas nuevas formas de trabajo. Regulación respecto de la cual podemos discutir su forma y contenido pero no la necesidad de su existencia. A nuestro entender, debería existir una regulación europea que proporcione un marco regulador sólido, que incluya orientaciones y asistencia jurídica adecuada, donde predomine el enfoque sectorial, se tenga en cuenta el tamaño de las iniciativas colaborativas que se creen, y se fijen garantías para las condiciones de empleo y trabajo de los trabajadores de la economía colaborativa. Este primer nivel regulatorio debería ser completado por la reglamentación y actuación de los entes nacionales, regionales y locales, todo de forma coordinada, aunque esta propuesta como veremos posteriormente no está exentas de debate. La economía colaborativa podría crear una nueva clase social, la colaborativa, que necesita garantías sociales y económicas<sup>403</sup> en todos los niveles posibles.

Por su parte, el Parlamento Europeo<sup>404</sup>, solicita a la Comisión que re-

<sup>401</sup> Puede consultarse T. Wagner, M. Kuhndt, J. Lagomarsino, H. Mattar, Listening to sharing economy initiatives, 2015. Nesta & Collaborative Lab, Making sense of the UK collaborative economy, 2014. Gehrig, T., y Jost, P. J. (1995), "Quacks, lemons, and self regulation: A welfare analysis", Journal of Regulatory Economics, 7(3), 309-325.

<sup>402</sup> Dictamen sobre la Dimensión local y regional de la economía colaborativa. Ibidem, p. 28.

<sup>403</sup> Así se ha puesto de manifiesto también por el Comité Europeo de las Regiones.

<sup>404</sup> En particular "considera que alcanzar un mercado único digital, basado en un conjunto común de normas podría fomentar la competitividad de la UE, tener efectos positivos en el crecimiento y el empleo, relanzar el mercado único y hacer que la sociedad sea más integradora, ofreciendo nuevas oportunidades a los ciudadanos, a las empresas [...], oportunidades de creación de empleo, crecimiento económico, competitividad, un mercado de trabajo más inclusivo y una economía europea más circular



visé si la normativa europea ya existente, en particular la referida al derecho de competencia, es suficiente para atender a estas nuevas realidades que estamos contemplando, o si por el contrario debe crearse una regulación nueva y específica. En esta regulación se debe destacar y subrayar, según el Parlamento Europeo, que la responsabilidad limitada de los intermediarios es esencial para la protección del carácter abierto de internet, los derechos fundamentales, la seguridad jurídica y la innovación<sup>405</sup>. El Parlamento, además pide a los Estados miembros que *“garanticen que las políticas de empleo y sociales se adecúan a la innovación digital, el emprendimiento y el crecimiento de la economía colaborativa y su potencial de creación de formas más flexibles de empleo, y que evalúen la necesidad de modernizar la legislación social y laboral, de modo que los derechos laborales y los sistemas de bienestar social existentes puedan preservarse también en el mercado de trabajo digital; destaca que la prestación de protección social es competencia de los Estados miembros; pide a la Comisión que determine y favorezca el intercambio de buenas prácticas en la UE en dichos ámbitos y a escala internacional”*<sup>406</sup>.

Estamos pues ante una encomienda de regulación a la Comisión Europea y a los Estados miembros, que no impide, a nuestro entender, formas de autorregulación que puedan existir en alguno de estos Estados miembros, como es el caso de los códigos de conducta.

## 2.2. AUTOREGULACIÓN DE LAS PLATAFORMAS COLABORATIVAS

Parece evidente que cualquier intento por evitar que la economía colaborativa se desarrolle e implemente en cualquier Estado, es vano y casi quimérico. Esta realidad existe en nuestros días, se ha desarrollado a pesar de la ausencia de regulación y sólo nos queda hacer que ésta última atienda a un escenario creciente y no a su prohibición. De ahí que las Instituciones Europeas se hayan pronunciado en el sentido descrito en el epígrafe anterior, y de ahí también que los Estados miembros

---

a través de un uso más eficiente de los recursos, las capacidades y otros activos; insta a la Comisión y a los Estados miembros a que respalden un mayor desarrollo de la economía colaborativa especificando los obstáculos artificiales y la legislación relevante que dificulta su crecimiento”. Informe del Parlamento Europeo sobre la iniciativa “Hacia un mercado único digital” A8-0371/2015 de 21 de diciembre de 2015, p. 9, puede consultarse en <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+REPORT+A8-2015-0371+0+DOC+PDF+V0//ES>. 20 de abril de 2017.

<sup>405</sup> Informe del Parlamento Europeo, sobre la iniciativa “Hacia un mercado único digital”. Op. cit. p. 22.

<sup>406</sup> Informe del Parlamento Europeo, sobre la iniciativa “Hacia un mercado único digital”. Ibídem, p. 23.



y los ciudadanos en general debamos intentar dotar de algunas reglas al juego de esta economía y no acudir necesariamente a la justicia para su limitación y/o prohibición. En este contexto tienen su cabida los Códigos de Conducta como complemento del Derecho positivo (Hard Law).

Sobre este punto, el CESE<sup>407</sup> insiste en la importancia de dejar espacio a esta autorregulación, además de que ni las instituciones europeas ni las autoridades nacionales deban definir el contenido de estos códigos de autorregulación, dejando así a las partes discreción para ello, de manera que se creara un marco de autorregulación sólido.

Entre estos Códigos, podemos citar el Código de Conducta de Sharing España, asociación de empresas de economía colaborativa<sup>408</sup>, en el cual se fijan 13 principios y valores que se comprometen a cumplir todas las plataformas asociadas, en total unas treinta, basados en 5 pilares básicos: la promoción de la economía colaborativa; la honestidad, integridad y confianza; la seguridad y atención eficaz; la cooperación con las Administraciones Públicas; y la divulgación de esta materia. Esos principios y valores son<sup>409</sup>:

- |   |
|---|
| 1. Trabajar activamente para informar de los beneficios de la economía colaborativa a la sociedad en su conjunto y a sus usuarios.  |
| 2. Promover y apoyar a los usuarios como agentes activos y representativos de la economía colaborativa y de la sociedad civil ante los poderes públicos y el resto de agentes sociales, ayudando a la comunidad de usuarios a constituirse en legitimador de este fenómeno y de su crecimiento. |
| 3. Defender activamente los diferentes roles que los usuarios pueden desempeñar en la economía colaborativa como agentes productores, microemprendedores o partícipes en modelos sin ánimo de lucro.  |
| 4. Actuar de forma honesta e íntegra especialmente en cuanto a los derechos de los usuarios, para favorecer un entorno de confianza en la economía colaborativa.  |

<sup>407</sup> Datos recogidos en el Dictamen del CESE “La economía colaborativa y la autorregulación”. Op cit., p. 5.

<sup>408</sup> Esta noticia puede consultarse en <http://www.elmundo.es/economia/2016/02/19/56bd00b1ca4741760e8b462a.html>. 2 de mayo de 2017.

<sup>409</sup> Más información en <http://www.sharingespana.es/sharing-espana-lanza-el-codigo-de-principios-y-buenas-practicas-de-plataformas-colaborativas/> 2 de mayo de 2017.

5. Colaborar con los usuarios, las plataformas y cualesquiera organizaciones interesadas en promover buenas prácticas profesionales que contribuyan a generar un entorno responsable, abierto, seguro y transparente de actividad.
6. Promover el desarrollo de sistemas de reputación y confianza eficientes y veraces.
7. Facilitar procedimientos adecuados de atención a los usuarios que resulten eficaces para favorecer su experiencia, debiendo los miembros para ello presentar su información de contacto en sus plataformas de manera visible.
8. Promover sistemas de resolución de controversias internos o externos, y accesibles.
9. Fomentar que los usuarios ofrezcan bienes y servicios colaborativos con los mayores niveles posibles de calidad, seguridad y confianza.
10. Reforzar vías de cooperación con las Administraciones Públicas para promover una buena comprensión de la economía colaborativa que facilite el desarrollo de una normativa proporcionada y de unas políticas innovadoras, que permitan el desarrollo de este nuevo fenómeno socioeconómico en beneficio del usuario y del interés general, velando por la adaptación de la legislación a la realidad social.
11. Garantizar el cumplimiento de los principios previstos en el presente Código, determinando cada miembro de acuerdo con sus políticas internas y mejor juicio la forma de aplicarlos, para lo que podrán contar con el asesoramiento de Sharing España, de sus miembros, o de cualquier otra organización que pudiera tener experiencia en el ámbito de la economía colaborativa.
12. Divulgar el presente Código y las buenas prácticas contenidas en el mismo, de acuerdo con las políticas internas de cada empresa.
13. Mantener actualizado el presente Código de Conducta y someterlo a una evaluación periódica y, en su caso, a las necesarias revisiones.

En resumen, difusión de beneficios, definición de roles de los sujetos participantes, transmisión de buenas prácticas, atención a la reputación y confianza generada en los usuarios presentes y futuros, agilización de la resolución de controversias y el desarrollo de una normativa adecuada, son los temas clave en la materia que estamos estudiando.

### 3. ASPECTOS PENDIENTES DE REGULACIÓN

Una vez determinada la necesidad de regulación y/o autoregulación, debemos señalar aquellos aspectos de las relaciones que se producen en el marco de la Economía Colaborativa, que más urgen ser tratadas. En este sentido, planteamos las siguientes.

– La oportuna legislación laboral aplicable. Es importante, en especial desde nuestro punto de vista, determinar qué legislación laboral resulta aplicable y fijar los aspectos fundamentales que deben ser regulados de forma diferente, en especial toda la legislación laboral que protege a los trabajadores y tanto la de dimensión europea como la nacional, regional y local de cada Estado. De especial importancia es que se distinguan las situaciones de aquellos trabajadores que no mantienen una relación laboral efectiva con la plataforma y que actúan como autónomos, y la de aquellos que puedan ser considerados trabajadores por cuenta ajena, o falsos autónomos incluso<sup>410</sup>.

La Comisión Europea considera que existe relación laboral y subordinación cuando *“... el prestador del servicio debe actuar bajo la dirección de la plataforma colaborativa, que determina la elección de la actividad, la remuneración y las condiciones laborales. En otras palabras, el prestador del servicio subyacente no es libre de elegir qué servicios prestará ni cómo los prestará. Cuando la plataforma colaborativa solo tramita el pago depositado por un usuario y lo pasa al prestador del servicio subyacente, esto no implica que la plataforma colaborativa está determinando la remuneración. La existencia de subordinación no depende necesariamente del ejercicio efectivo de la gestión o la supervisión de manera continua.*

<sup>410</sup> Cuando nos referimos a la legislación laboral estamos tratando: “La legislación laboral de la UE incluye Directivas que regulan los derechos y las obligaciones de los trabajadores. Se refieren a los límites del tiempo de trabajo, incluido el derecho a vacaciones anuales retribuidas, el descanso diario y semanal y la protección en caso de trabajo nocturno, así como a la información sobre las condiciones de trabajo individuales, los derechos de los trabajadores desplazados, la prohibición de discriminación de los trabajadores con formas atípicas de empleo (p. ej., a tiempo parcial, de duración determinada o trabajadores contratados por agencias de trabajo temporal), la protección en caso de insolvencia del empleador y la protección contra la discriminación por motivos protegidos como el sexo, el origen étnico o la orientación sexual. Incluyen también la protección en caso de despido colectivo, transferencia de empresas o fusiones transfronterizas. Se prevé la participación de los trabajadores –información y consulta, y la participación de los trabajadores en los consejos de administración en determinadas circunstancias. En el ámbito de la salud y la seguridad en el trabajo, hay principios generales relativos a la prevención de los riesgos profesionales y la protección de la salud y la seguridad de los trabajadores en el lugar de trabajo”. 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” Documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016, p. 13.

*[...] El prestador del servicio subyacente debe llevar a cabo una actividad de valor económico, que sea real y efectiva, exceptuando las actividades que se lleven a cabo a una escala tan pequeña que puedan considerarse meramente marginales y accesorias. [...] aunque la breve duración, la escasez de horas de trabajo, el trabajo discontinuo o la baja productividad no pueden excluir por sí mismos una relación de empleo. El criterio de la remuneración se usa principalmente para distinguir un voluntario de un trabajador. Por lo tanto, cuando el prestador no recibe una remuneración o recibe simplemente una compensación por los costes realizados para sus actividades, el criterio de la remuneración no se cumple”<sup>411</sup>.*

Por tanto, una de las primeras cuestiones a fijar es si además del valor económico de la actividad o servicio, ésta se puede considerar marginal y accesorio, ya que en este caso no se aplicaría la oportuna legislación laboral. Esta marginalidad o accesoriedad no depende de la duración del servicio, de si es continua o discontinua, o si supone o no una mayor productividad.

En este sentido el Tribunal de Justicia de la Unión Europea ha declarado en reiterada jurisprudencia que no puede dejarse a la diversidad de las regulaciones nacionales algo tan importante como la definición de trabajador por cuenta ajena “ *el concepto de trabajador[...]no puede recibir una interpretación que varíe según los Derechos nacionales y debe definirse de acuerdo con criterios objetivos que caractericen la relación laboral teniendo en cuenta los derechos y deberes de las personas afectadas. Pues bien, la característica esencial de la relación laboral es la circunstancia de que una persona realiza, durante cierto tiempo, en favor de otra y bajo la dirección de ésta, determinadas prestaciones a cambio de las cuales percibe una retribución (véanse las sentencias de 3 de julio de 1986, Lawrie-Blum, 66/85, rec. p.2121, apartados 16 y 17, y de 13 de enero de 2004, Allonby, C-256/01, rec.p.I-873, apartado 67, así como, la sentencia de 20 de septiembre de 2007, Kiiski, C-116/06, rec. p.I-7643, apartado 25) Habida cuenta de las anteriores consideraciones, procede responder [...] que un empleo temporal ejercido durante dos meses y medio por un nacional de un Estado miembro en el territorio de otro Estado miembro del que no es nacional le puede conferir la condición de trabajador en el sentido del artículo 48 del Tratado siempre que la actividad por cuenta ajena desempeñada no tenga un carácter meramente marginal y accesorio”<sup>412</sup>.*

<sup>411</sup> Documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016. Op. cit., p. 14.

<sup>412</sup> STJCE 232/09 DANOSA Dita Danosa y LKB Līzings SIA, de 11 de noviembre de 2010. STJCE C-413/01 Franca Ninni-Orasche y Bundesminister für Wissenschaft, Verkehr und Kunst, de 6 de noviembre de 2003.

Tendremos pues que analizar cada caso concreto para poder determinar la existencia o no de subordinación y los hechos objetivos que concurren. Todo ello, debe ser apreciado por el Juez o Tribunal Nacional que es el competente para determinar finalmente si existe o no relación de subordinación, una vez aclaradas las cuestiones prejudiciales que puedan plantear al Tribunal Europeo. Estas consideraciones del Tribunal Europeo nos devuelven pues a la diversidad de respuestas judiciales que pueden existir en relación con esta materia, si bien existe un marco general prefijado a nivel europeo que precisa la necesidad de que concurren actividades reales y efectivas, por un tiempo determinado y a cambio de una remuneración.

– Otro de los aspectos que precisa regulación o autoregulación es la clarificación de los derechos sociales de estos trabajadores: el derecho a la negociación colectiva, el derecho de asociación, sindicación, huelga, etc, ya que la existencia de una plataforma tecnológica con medio de puesta en contacto de prestador y receptor del servicio o actividad, no debería suponer la no aplicación y garantía de Derechos Fundamentales como pueden ser la Libertad Sindical o el Derecho de Huelga. Básicamente porque a través del ejercicio y puesta en práctica de estos derechos, especialmente el derecho de Libertad Sindical, pueden identificar los interlocutores válidos para esa autoregulación.

– El tercer aspecto fundamental a regular son las cualificaciones profesionales de los empleados. Como ha señalado la Comisión Europea, *“la demanda de empleados con cualificaciones digitales crece en torno a un 4 % anual. La escasez de profesionales de las TIC en la UE podría alcanzar los 825. 000 puestos vacantes de aquí a 2020 si no se adoptan medidas firmes. La UE ha visto mejorar las capacidades digitales básicas de sus ciudadanos (que pasaron del 55 % al 59 % de la población), pero aún queda un largo camino por recorrer. También es necesario incrementar los niveles de las cualificaciones digitales de los trabajadores en todos los sectores de la economía y entre los demandantes de empleo para mejorar su empleabilidad. Es necesario cambiar la manera en que los sistemas de educación y formación se adaptan a la revolución digital”*<sup>413</sup>. Esta es

<sup>413</sup> Para más información puede consultarse Comunicado de Prensa de la Comisión Europea de 4 de marzo de 2013 sobre la Gran Coalición para el empleo digital. En este sentido, la Comisión ha pedido compromisos en los siguientes ámbitos clave: 1.- Formación y adecuación de los cursos para empleos en el área digital – para que las cualificaciones que las personas obtienen sean las que las empresas necesitan. 2.- Movilidad–ayudar a las personas con cualificaciones a obtener empleo donde son necesarias, para evitar la falta o los excedentes de mano de obra en las diferentes poblaciones y ciudades. 3.- Certificación – facilitar el proceso de probar a un empleador las cualificaciones poseídas, independientemente del país. 4.- Sensibilización – para que las perso-

una de las cuestiones donde más se puede incidir para la mejora del empleo de los más jóvenes, ya que este colectivo ha demostrado mayor facilidad de adaptación a las TIC, sin que esto signifique olvidar a aquellos desempleados de mayor edad. En el caso de España tenemos dos grandes grupos de trabajadores en situación de mayor riesgo para entrar, mantenerse o volver al mercado de trabajo, nos referimos a los jóvenes cuya tasa de desempleo en el primer trimestre de 2017 ha sido de 41,66% mientras que la media nacional es del 18,75% y a los mayores, de 55 o más años, que tienen una tasa de desempleo del 15,56%.

– Otra cuestión importante, es sin duda la regulación de los aspectos fiscales de mayor importancia, para que no resulte que estas actividades no estén sujetas a ningún régimen impositivo o a uno inferior respecto de otras actividades y servicios profesionales que ya están cumpliendo y abonando los aspectos fiscales<sup>414</sup>.

– Como ya hemos destacado, también es necesario determinar qué derecho a la competencia les resulta aplicable, de manera que la competencia sea leal y se luche contra los monopolios y las prácticas contrarias a la misma. En este sentido la Comisión Europea señala que es necesario regular y clarificar las prácticas de bloque geográfico, para evitarlas pues vienen a perjudicar las actividades y servicios transnacionales. Estas prácticas suponen que los consumidores no puedan acceder a los servicios de Estados diferentes a los que residen lo que dificulta el funcionamiento del mercado interior y el libre acceso que garantiza la UE<sup>415</sup>.

---

nas sepan que el sector digital ofrece carreras gratificantes e interesantes, tanto para los hombres como para las mujeres. 5.- Aprendizaje y enseñanza innovadoras – con el fin de que nuestros sistemas de enseñanza y formación se generalicen y mejoren para dar a un mayor número de personas las cualificaciones necesarias para tener carreras de éxito.

<sup>414</sup> Por normativa fiscal se entiende a estos efectos “[...] las normas sobre la renta de las personas físicas, el impuesto de sociedades y el impuesto sobre el valor añadido”. La Comisión Europea destaca como ejemplo, “en el sector del alojamiento, las plataformas facilitan el pago de las tasas turísticas en nombre de los prestadores de servicios. Hay también casos en los que las autoridades fiscales utilizan la rastreabilidad permitida por las plataformas en línea para recaudar impuestos de prestadores individuales” Documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016. Op. cit., p. 15.

<sup>415</sup> El bloqueo geográfico se refiere a las prácticas utilizadas por razones comerciales por los vendedores en línea que dan lugar a la denegación del acceso a sitios web en otros Estados miembros. A veces los consumidores pueden acceder a la página web, pero aun así no pueden comprar productos o servicios de ella. También puede ocurrir que se reenvíe al consumidor a un sitio internet local de la misma empresa con diferentes precios u otros productos o servicios. En otros casos, cuando no se deniega la venta, se usan prácticas de localización geográfica a consecuencia de las cuales se aplican automáticamente diferentes precios sobre la base de dicha localización, por

– La protección de los datos y la privacidad de los participantes es otra materia a regular o concretar. En este sentido van a tener una especial consideración los supuestos en los cuales no es posible identificar un “proveedor o comerciante” del servicio y un cliente, porque ambos sean particulares que se relacionan a través de la plataforma para recibir o entregar un bien. La legislación europea sobre protección a los consumidores<sup>416</sup> distingue entre éste último y el comerciante que actúa con un propósito relacionado con su actividad económica. Esta legislación no se aplica entre consumidores, por lo que si no podemos identificar un comerciante, porque ambos sean particulares que no actúan con el propósito de ejercer su actividad económica, no podremos acudir a la protección que se brinda al consumidor. Algunos elementos que tendremos que analizar para responder a esta cuestión son los que se relacionan con la frecuencia de los servicios, la existencia o no de un fin lucrativo, no meramente un precio o coste, y el volumen de negocio que se realice, pero siempre tendremos que analizar caso por caso para poder identificar o no la existencia de un comerciante<sup>417</sup>. En definitiva, la unificación de algunas normativas, como indica la Comisión Euro-

---

ejemplo cuando los clientes de alquiler de coches en línea en un Estado miembro pagan más por el alquiler de automóviles idénticos en un destino concreto que los clientes en línea de otro Estado miembro. El bloqueo geográfico es uno de los distintos instrumentos utilizados por las empresas para segmentar los mercados con arreglo a las fronteras nacionales (restricciones territoriales). Al limitar las oportunidades y las posibilidades de elección de los consumidores, el bloqueo geográfico constituye una de las principales causas de insatisfacción de los consumidores y de fragmentación del mercado interior” Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de Las Regiones “Una Estrategia para el Mercado Único Digital de Europa”. Documento COM (2015) 192 Final de 6 de mayo de 2015, p. 6.

<sup>416</sup> Directiva 2011/83/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2011, sobre los derechos de los consumidores, por la que se modifican la Directiva 93/13/CEE del Consejo y la Directiva 1999/44/CE del Parlamento Europeo y del Consejo y se derogan la Directiva 85/577/CEE del Consejo y la Directiva 97/7/CE del Parlamento Europeo y del Consejo.

<sup>417</sup> En parecidos términos se expresa la Comisión Europea en el documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016, p. 10. Es fundamental en este sentido, la regulación que exista en cada Estado miembro. Como se cita por la propia Comisión en esta comunicación: Un estudio en curso de la Comisión sobre cuestiones relativas a los consumidores en la economía colaborativa presentará la legislación pertinente de los veintiocho Estados miembro.[La propia Comisión Europea destaca el caso de]: Una persona que ofrece regularmente servicios de jardinería –facilitados por plataformas colaborativas– y que intenta obtener una remuneración sustancial podría estar incluida en la definición de comerciante. Sin embargo, un canguro que presta servicios de jardinería de manera ocasional –facilitados por plataformas colaborativas– no reuniría en principio las condiciones para ser considerado un comerciante con respecto a los servicios de jardinería ocasionales.



pea es esencial: *“Una de las razones por las que los consumidores y las pequeñas empresas no participan más en el comercio electrónico transfronterizo se debe a que las normas aplicables a estas operaciones pueden ser complejas, poco claras y diferentes entre los Estados miembros. Disponer de 28 normativas contractuales nacionales de protección del consumidor distintas disuade a las empresas de participar en transacciones transfronterizas e impide que los consumidores se beneficien de ofertas más competitivas y de toda la gama de ofertas en línea”*<sup>418</sup>.

– La responsabilidad de las plataformas en los negocios celebrados entre los socios y la legalidad de sus ofertas<sup>419</sup> es una de las materias de mayor calado. En este sentido, la Comisión Europea considera que *“los Estados miembros solo pueden imponer requisitos reglamentarios a las plataformas colaborativas que ofrecen tales servicios de forma transfronteriza desde otro Estado miembro en circunstancias limitadas y sujetos a un procedimiento específico”*<sup>420</sup>. Esta declaración de la Comisión Europea se produce en relación con el contenido de los artículos 2 y 3 de la Directiva sobre el comercio electrónico<sup>421</sup>, que fijan la posibilidad de intervención y limitación por parte del Estado miembro sólo cuando exista amenaza o riesgo serio y grave de alteración del orden público, protección de la salud pública, la defensa y seguridad nacional y la protección de los consumidores, siempre realizando una intervención proporcionada al objetivo perseguido. Esta responsabilidad de la plataforma también dependerá del nivel de implicación de dicha plataforma con el prestador del servicio y con el servicio en sí mismo, es decir, tendremos que analizar si la plataforma fija las condiciones de la relación que se inicia como el precio final de dicho servicio o si por

<sup>418</sup> Documento COM (2015) 192 Final de 6 de mayo de 2015. Op. cit., p. 4. En este documento se indica que “Los consumidores de la UE podrían ahorrarse 11 700 millones EUR anuales si pudieran elegir dentro de una gama completa de bienes y servicios de la UE a la hora de hacer compras en línea. El 61 % de los consumidores de la UE no recela a la hora de comprar a través de internet de un minorista situado en su propio Estado miembro, mientras que solo un 38 % confía al comprar en otro Estado miembro de la UE. Solo el 7 % de las PYME de la UE realizan ventas transfronterizas”, p. 4. Además de todo lo anterior, puede consultarse el Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE. DOCE L 119 de 4 de mayo de 2016.

<sup>419</sup> Estos y otros aspectos aparecen citados en el Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre el tema “La economía colaborativa y la autorregulación”. Op. cit. pp. 8 y 9.

<sup>420</sup> Documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016. Op. cit., p. 6.

<sup>421</sup> Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000. DOCE L 178 de 17 de julio de 2000.



el contrario se limita a recomendar un precio que es fijado finalmente por el prestador del servicio; si la plataforma asume o no los gastos del servicio, si existe relación laboral alguna entre dicha plataforma y el prestador del servicio, etc.

– Otro aspecto importante para los consumidores son los costes del servicio, del envío, etc Como pone de manifiesto la Comisión Europea: *“Unos servicios de envío transfronterizos y de alta calidad a precios asequibles pueden aumentar la confianza de los consumidores en las transacciones transfronterizas en línea. Las partes interesadas se quejan de la falta de transparencia, los costes excesivos de los pequeños envíos y la falta de interoperabilidad entre los diferentes operadores que suelen participar en los envíos transfronterizos, con la consiguiente incomodidad para el consumidor final”*<sup>422</sup>.

– Por último destacar el seguimiento y evaluación de estas prácticas. La Comisión Europea ha considerado que *“Los instrumentos de seguimiento incluirán: 1. Encuestas periódicas a consumidores y empresas sobre la utilización de la economía colaborativa. 2. Seguimiento continuo de las evoluciones reglamentarias en los Estados miembros. 3. Diálogo entre las partes interesadas en el marco del Foro del Mercado Único con dos foros anuales para evaluar la evolución del sector sobre el terreno e identificar las buenas prácticas. 4. Los resultados del seguimiento de la economía colaborativa se resumirán en el Cuadro de Indicadores del Mercado Único”*<sup>423</sup>.

#### **4. ALGUNOS APUNTES SOBRE REGULACIONES NACIONALES APLICABLES EN LA MATERIA**

Después del examen de lo que es la Economía colaborativa y la necesidad de su regulación, nos interesa conocer cuál es el punto en el que se encuentra actualmente España a los efectos de desarrollar esta nueva forma de trabajo. En este sentido, debemos decir que España no cuenta con una regulación adecuada a la materia que analizamos. La Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia (CNMC) ha realizado una consulta pública en el marco de las funciones que tiene atribuidas, partiendo de la idea de que el desarrollo de las tecnologías han dado lugar durante los últimos años al desarrollo de nuevos modelos de consumo. Buen ejemplo de ello, es el desarrollo del comercio electrónico de bienes y servicios (libros, música, viajes, ropa, etc.), que

<sup>422</sup> Documento COM (2015) 192 Final de 6 de mayo de 2015. Op. cit., p. 6.

<sup>423</sup> Documento COM (2016) 356 final de 2 de junio de 2016. Op. cit., p. 17.

ha llegado en pocos años a convertirse en algo habitual en el día a día de millones de consumidores. Un ámbito sobre el que esta irrupción tecnológica está teniendo un fuerte impacto es en la llamada economía colaborativa<sup>424</sup>. Este fenómeno de la economía colaborativa ha conllevado la aparición de nuevas plataformas profesionales que utilizan las ventajas de internet para proporcionar a los consumidores servicios más atractivos, más variados, respecto de los cuales se dispone de más información, hay menores costes de transacción, aunque también es cierto como ya hemos dicho anteriormente, que la regulación actual resulta insuficiente.

Por esto último, la CNMC ha realizado un estudio para fijar una serie de recomendaciones a partir de las cuales podamos regular esta materia. En este estudio se ha partido del examen de dos sectores importantes: el transporte y el alojamiento. Este estudio comienza con una fase de consulta pública en la cual se recogen las principales opiniones de los sujetos afectados. Para contar con estas aportaciones de la manera más ágil y eficaz posible se ha puesto a disposición pública una página web a través de la cual se crea un espacio abierto para recibir información sobre las cuestiones planteadas<sup>425</sup>. Esta consulta pública se ha centrado en los objetivos a perseguir si se regula esta materia, en los efectos que se producen para los consumidores, etc. Un aspecto importante antes de entrar en el examen de las ventajas e inconvenientes de las plataformas que estudiamos, es diferenciar entre ellas. Así podemos distinguir dos grupos diferentes de plataformas:

- 1) Las plataformas que surgen como nexo de unión entre consumidores y otros usuarios que, gracias a la plataforma, acaban desempeñando una actividad profesional con ánimo de lucro. En este tipo de plataformas, un usuario ejerce una actividad económica remunerada, por ejemplo, algunas plataformas, a través de las cuales un sujeto consigue contratar con clientes, asumiendo una actividad similar a la de un taxi.
- 2) Por otro lado, se encuentran otras plataformas que posibilitan una cooperación entre distintos usuarios, los cuales efectúen una utilización más eficiente de un bien o servicio concreto. En este supuesto no existe un sujeto que se encuentre desempeñando una actividad profesional, lo que se produce es realmente un consumo colaborativo en sentido estricto, se disponen de determinados recursos de forma com-

<sup>424</sup> Puede consultarse en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas>. 10 de junio de 2017.

<sup>425</sup> Consultarse en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas>. 10 de junio de 2017.

partida y cuando se produce un pago es para compensar los gastos que genera ese uso compartido, para mantener el bien. En este segundo grupo podemos citar la actividad conocida como carpooling (vehículo compartido). El problema es que la regulación existente en muchas ocasiones no recoge esta diferenciación, y actividades del primer tipo de plataformas pueden ser tratadas como actividades propias de la segunda tipología, surgiendo situaciones de posible competencia desleal, falta de calidad, etc.

En este contexto, algunas de las preguntas realizadas por la CNMV en la consulta pública son las que se indican a continuación con su correspondiente respuesta.

1. ¿Existe alguna otra regulación relevante de los sectores planteados que no haya sido descrita?
2. ¿Qué problemas cree que plantea la regulación de estos sectores?

Respuestas recibidas a la pregunta 1.

- Sería conveniente tener en cuenta el marco regulatorio existente en Portugal en relación con el alojamiento. *“De acuerdo con el Secretario de Estado para el Turismo en Portugal, Adolfo Mesquita “no se trata de frenar, o prohibir, ni impedir” porque “es un producto que tiene su lugar en el mercado y tiene que competir con el resto de ofertas de alojamiento por sus características.” El Secretario de Estado del Turismo en Portugal, hizo hincapié en que los turistas saben muy bien lo que quieren y saben muy bien buscar lo que quieren, no hay necesidad del Estado como niñera para ayudar a explicar los distintos tipos de oferta”*<sup>426</sup>.
- En España, por las consecuencias de la primavera árabe en 2010/11, el turismo ha experimentado un crecimiento. Este crecimiento nos muestra que los mercados son dinámicos y que se adaptan a los cambios, por ejemplo en Lisboa o Ámsterdam se está regulando esta materia para que continúen siendo permitidas las viviendas de uso turístico. El consumo colaborativo aporta muchos beneficios a la sociedad y para que estos beneficios se puedan revertir a la sociedad hay que incidir en las iniciativas locales<sup>427</sup>.

<sup>426</sup> Consultarse en <https://www.cnmv.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas>. 10 de junio de 2017.

<sup>427</sup> A nivel local, tenemos varias iniciativas que hacen hincapié en este aspecto local. Empresas como @socialcar que pone en contacto a personas que pueden alquilar sus coches o @Wesmartpark que ponen a disposición sus plazas de garaje cuando están libres muestran todas las bondades de esta nueva forma de ver la economía. Son ini-

En este sentido, no es baladí fijar los posibles problemas que se generan cuando existen diferentes niveles de competencias según nuestra norma suprema<sup>428</sup>, un ejemplo lo tenemos en el caso del transporte urbano, pues procede hacer referencia a la Sentencia de 27 de junio de 1996 del Tribunal Constitucional, que declaró nulos varios artículos de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, al considerar que la regulación por el Estado de los transportes urbanos comportaba una extralimitación competencial. Esto explica, por ejemplo, que las licencias para ejercer la actividad de taxi o VTC sean municipales. Asimismo, la normativa autonómica es relevante, como sucede en Madrid en el caso de los alojamientos turísticos, pues, el Decreto 79/2014 por el que se regulan las viviendas de uso turístico de la Comunidad de Madrid, afecta a las actividades calificadas como de consumo colaborativo en lo que respecta a este sector, existiendo normas similares en otras comunidades autónomas<sup>429</sup>.

ciativas locales ya que son empresas creadas en España, que ponen en contacto a particulares para aprovechar esos bienes infrautilizados y por los que esos particulares obtienen un rendimiento económico del periodo en que ese bien no se utiliza.

<sup>428</sup> En lo que respecta al sector del alojamiento colaborativo en España, como consecuencia de la modificación de la LAU mediante la Ley 4/2013, de 4 de junio, de medidas de flexibilización y fomento del mercado de alquiler de viviendas, la competencia para la regulación de las viviendas de uso turístico fue asumida por las Comunidades Autónomas. Desde entonces han surgido numerosas normativas autonómicas que imponen restricciones de acceso al mercado de alojamiento turístico. Conclusiones Preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. En <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/edit#> 10 de junio de 2017.

<sup>429</sup> Citar además que la actividad de “estas empresas de arrendar automóviles con chófer se reviste con una artificiosa apariencia de que se comparte coche, cuando no es así. Cabe aludir a este respecto, que el propio Ministerio aclaró que existía una distinción entre dicha actividad, y la de compartir gastos a través de carpooling, que sí consideró legal. Por otro lado, encontramos asimismo un Plan de Medidas Urgentes de Ahorro y Eficiencia Energética de fecha de 4 de marzo de 2011, realizado por el Ministerio de Industria, a través del cual ha financiado proyectos que consisten en “sistemas de incremento del grado de ocupación del transporte privado (carpooling, car sharing, etc.)”. De esta manera, observamos en este caso una convalidación tácita del Gobierno en lo que se refiere a la validez de ciertas actividades de consumo colaborativo, como es el carpooling. Esto mismo lo podemos encontrar en la resolución de la SETSI de 14 de diciembre de 2011, en la cual otorga una ayuda económica para establecerse a una empresa de P2P car sharing. Asimismo, cabe traer a colación que, de hecho, el Ministerio firmó un acuerdo con AMOVENS para la difusión de esta práctica. Por último, podemos comprobar que ciertas entidades e instituciones públicas utilizan servicios para fomentar la utilización de automóviles compartidos. Por ejemplo, el caso del Gobierno Vasco, que cuenta con un portal para el uso del coche compartido, operado por AMOVENS”. Conclusiones Preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. En <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs1mhxy2y0/edit#> 10 de junio de 2017.

- En cuanto al sector de transporte por carretera de viajeros, nos encontramos con un marco normativo complejo en el caso de España (entre las que también se incluyen las normas de consumidores y usuarios, hacienda, seguridad social, trabajo, tráfico y seguridad vial), y donde existen además diferentes entes o instituciones con competencia en el sector (consorcios, institutos metropolitanos, etc). Es fundamental entender que la economía colaborativa no puede ser sinónimo de “economía sumergida”<sup>430</sup>. El ánimo de lucro, convierte cualquier modelo “colaborativo” en una actividad económica sujeta a normas imperativas del sector (en este caso del transporte) aunque se preste por plataformas digitales o internet<sup>431</sup>.

<sup>430</sup> Transcribimos la opinión de una persona directamente afectada en el sector del transporte. “No estoy de acuerdo en que se regule la actividad de empresas como UBER, ya que se enmascara como si fuese economía colaborativa, cuando la realidad es que están ejerciendo de taxistas cobrando por transportar a personas de un punto A a un punto B, en jornadas de 12 o más horas. Esto además de ilegal, es totalmente injusto para nosotros, los taxistas, ya que hemos tenido que pasar unos exámenes, obtener el carné de conducir BTP, pagar una licencia que en mi caso costó 200.000 euros, pagar mensualmente la cuota de autónomos, pasar cada 6 meses la ITV, Pagar un seguro especial, que en mi caso el importe es de 1.300 euros anuales, revisiones de taxímetro anualmente y pagar 60 euros por ello. Es una competencia totalmente desleal, no nos pueden cambiar las reglas del juego a mitad de partido. Si aún deciden regular empresas como UBER, que me paguen lo que me costó la licencia, y hagan lo que les de la gana, si no es así, tengan por seguro que habrán conflictos. No pueden hipotecarme mi futuro, no pueden jugar con el pan de mi familia”. En <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas>. 10 de junio de 2017.

<sup>431</sup> Este cumplimiento de la Ley debe entenderse en sentido amplio: “Lo cierto es que la regulación a la que se somete al taxi prácticamente no se ha explicado pero por mencionar algunos aspectos podríamos destacar los siguientes: - La obligatoriedad de dedicación en exclusiva a la profesión de taxista no ha sido descrita. Su justificación radica en la seguridad de los pasajeros y del resto de usuarios de la vía. Por ejemplo, la empresa uber publicita su servicio como una manera de completar tus ingresos, es decir, que el conductor que se da de alta ya tiene un trabajo y después de su jornada laboral habitual pues se puede sacar un dinero extra haciendo de taxista. El problema radica en que esa persona, ya sea albañil, oficinista o cartero ya ha invertido sus horas de mayor capacidad física y mental en el desempeño de su profesión habitual por lo que en el momento en que se pone al volante ya no para su propio desplazamiento sino para transportar a otras personas es un peligro, si a esto le añadimos que la plataforma no exige un límite de horas pues puede darse el caso de personas que trabajen 8 o más horas en su trabajo habitual y otras 8, 10 o 12 conduciendo para uber. Estas personas, que quieren sacarse un dinero extra es muy fácil que por un simple caso de somnolencia acaben con su vida, las de sus pasajeros y la de otras personas que se encuentran en la vía pública y que en el caso de no existir esa opción de negocio no habría ocurrido. Está claro que a cualquiera le puede ocurrir algo así con su coche pero no es justo que a tí como pasajero te ocurra. Porque si el pasajero tuviese la información de que ese conductor que le está llevando es un albañil que como es autónomo y va corto de ingresos ha estado 12 horas trabajando en la obra y después se ha cambiado de ropa y lleva otras 8 horas trabajando conduciendo su coche llevando gente para sacarse unos ingresos extra pues como que no haría uso de sus servicios para ir al lugar X que está a 30km por

- Otro de los aspectos que está en el debate sobre la materia es el conocimiento de las tecnologías que tienen las personas de una determinada edad y que puede suponer una causa de exclusión de este tipo de economía. Por ejemplo, no es un servicio universal ya que quien no disponga de un smartphone con batería y de tarjeta de crédito no puede solicitar un coche, eliminando de la ecuación a la gente más mayor.

Respuestas recibidas a la pregunta 2: Problemas que plantea la regulación de estos sectores.

- El aumento de tarifas para solucionar los problemas del sector del alojamiento. Aunque teniendo en cuenta que la liberalización conllevaría tarifas más baratas a costa de la calidad, resintiéndose la calidad hacia el usuario y también la imagen de la ciudad si tiene turismo.
- Cuando alguien da un mal servicio en Uber/Blablacar/AirBnB, queda marcado y afectado para su uso futuro, mientras que mucho más difícil es hacer pagar a un taxista/empresa de autobuses/hotel por un servicio inadecuado, ya que requiere de farragosos trámites con la administración. En este punto nos estamos refiriendo a la ya comentada confianza y fidelización de clientes.
- Otro problema serían los plazos concesionales: *“¿cómo pretende la CNMC que se amorticen los activos adscritos a las concesiones si no es de acuerdo con el Plan General Contable? Si se reducen los plazos de vida concesional, se genera una ineficiencia mucho mayor por la pérdida de valor de los vehículos, que llegan al final de una concesión siendo útiles pero con escaso valor de mercado”*. Estamos pues ante un problema de rentabilidad de la inversión de aquellas personas que utilizan sistemas tradicionales para prestar un servicio.
- Se ha perdido una oportunidad fantástica de inversión de empresas hoteleras, *“se ha promovido la especulación inmobiliaria, se ha permitido que los derechos de unos primen sobre los de otros en aquellas propiedades sometidas al régimen horizontal. En definitiva:*

lo que pueda pasar: - La obligatoriedad de identificación externa de los vehículos como taxis tampoco se describe. En uber por ejemplo sus vehículos no llevan ningún tipo de distintivo y además los cristales traseros son totalmente opacos por lo que no es posible ver su interior. Ésta situación dificulta las labores de las fuerzas de seguridad y facilita mucho la actividad de organizaciones criminales dedicadas a secuestros y extorsión como la de violadores y pederastas”. Consultarse en <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas>. 10 de junio de 2017.

*se ha pretendido que el mercado se autorregulase manteniendo una carga obligacional en las empresas hoteleras que de facto les impediría competir contra un nuevo tipo de alojamiento que no tenía que cumplir con nada*". Visto esto, los puntos más importantes, y a su vez más problemáticos, que tendrían que ser de especial atención a la hora de regular este sector serían el aspecto fiscal, laboral (el cumplimiento de las obligaciones laborales en aquellos casos en los que existe un trabajo por cuenta ajena o por cuenta propia para la explotación de activos infrautilizados), la protección de datos, el respeto a los derechos de los consumidores y usuarios (intercambio de bienes y servicios en plataforma P2P), el régimen de responsabilidad como ahora indicaremos (la figura del intermediario y su naturaleza jurídica) y la solicitud de autorizaciones y licencias (conurrencia de las empresas que desarrollan una economía colaborativa en sectores regulados).

- Desde la *Confederación Española de Hoteles y Alojamientos Turísticos* (CEHAT) se considera que *“uno de los grandes retos a los que se enfrenta la futura regulación es la responsabilidad de las plataformas”*. Esto es sin duda uno de los hándicaps de la economía colaborativa realizada a través de plataformas, ya que actualmente se encuentran exentas de responsabilidad respecto al contenido que alojan, todo ello en base al artículo 16 de la Ley de Servicios de la Sociedad de la información. En este sentido, debemos destacar que esta exención de responsabilidad está siendo replanteada como puede comprobarse en la Sentencia del Tribunal de Justicia de la UE de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09 L'Oréal SA y otros contra eBay International AG y otros, donde se declara responsable a eBay por las reventas realizadas de productos de la marca L'Oréal S.A, ya que eBay realizó una actuación (respecto al contenido que alojan) que no pueda calificarse de “neutra”.
- Se pueden crear barreras a los nuevos entrantes que eviten aprovechar las mejoras innovadoras, que ahorran costes, etc.
- Existe necesidad de inspección, control y sanción, para diferenciar entre lo que es un consumo o economía colaborativa en el que los particulares comparten gastos y/o realizan intercambios en servicios de transporte por necesidades particulares a través de plataformas digitales, y otra cosa bien distinta es que los particulares –tentados y alentados por los operadores gigantes o globales al estilo UBER o Blablacar– realicen con ánimo de lucro una actividad empresarial o profesional de servicio de transporte público



de viajeros, sin cumplir los requisitos exigidos por la normativa de transportes, sin la preceptiva autorización administrativa, sin las correspondientes obligaciones sociales, laborales y fiscales y en definitiva realizando una actividad sumergida e ilícita. Y en todo este proceso es necesario la escucha previa de las personas que forman parte de esos sectores donde se está desarrollando la economía colaborativa.

A pesar de todo esto, es innegable el peso de la economía colaborativa en España. El país es líder entre los miembros de la Unión Europea ya que el 6% de la población ofrece productos y servicios bajo este modelo, superando a la media continental que apenas se queda en el 5%. Las cifras no son muy altas pero pueden llegar a despuntar así en *“2015 generó unos ingresos brutos en la UE de 28.000 millones de euros, mientras que las estimaciones señalan a que se podría llegar a generar entre 160.000 y 572.000 millones de euros en un futuro”*<sup>432</sup>.. Además, se estima que la cantidad de usuarios que utilizarán este modelo económico es de 150 millones de personas en los próximos 12 meses.

También en relación con las regulaciones nacionales, destacar el caso de Francia que se ha convertido en uno de los países europeos precursores en poner en marcha un marco legal y fiscal. Según la normativa francesa aplicable a los servicios o actividades desempeñados en el marco de esa economía colaborativa y a través de las plataformas

<sup>432</sup> [http://www.abc.es/economia/abci-economia-colaborativa-modelo-imparable-espana-y-europa-201609090251\\_noticia.html](http://www.abc.es/economia/abci-economia-colaborativa-modelo-imparable-espana-y-europa-201609090251_noticia.html). 9 de junio de 2017. En España podemos destacar las siguientes plataformas: 1. Relendo: Primera plataforma que permite el alquiler de productos entre personas que se encuentran en una misma zona. 2. AlterKeys: Conecta a particulares que tienen un lugar para alquilar con quienes están buscando hospedaje. 3. Spacebee: Permite reservar espacios de trabajo de cualquier tipo cuando otras empresas o profesionales no los están usando. 4. Trip4Real: Comunidad online para viajar acompañado de guías locales que mejoren la experiencia del viaje. 5. Traity: Ofrece a los usuarios utilizar su reputación en plataformas de economía colaborativa con el objetivo de generar confianza. 6. Zank: Plataforma de préstamos entre particulares. 7. Tutellus: Plataforma de formación online en español que conecta a profesores y alumnos a través de videocursos. 8. WeSmartPark: Red de parkings colaborativos lowcost. 9. Shipeer: Conecta conductores que viajan por España con personas que quieren un paquete ahorrando dinero en los envíos. 10. Amovens: Plataforma que combina compartir trayectos en coche y el alquiler de coches entre particulares. 11. Socialcar: Plataforma de alquiler de coches entre particulares. 12. Joinuptaxi: Ofrece la posibilidad de compartir taxi con otros usuarios. 13. AreaVan: Plataforma especializada en el alquiler de autocaravanas, caravanas y furgonetas camper entre particulares. 14. Compartir Tren Mesa Ave: Aplicación para compartir billetes de Ave baratos con la tarifa mesa de Renfe. 15. Letmespace: Permite buscar y compartir guardamuebles entre particulares. 16. Nautal: Alquiler de barcos entre particulares.



tecnológicas, a partir de un cierto nivel de ingresos obtenidos por el alquiler de una vivienda o de un coche, los particulares deberán darse de alta a la seguridad social y cotizar como cualquier otro trabajador. Lo que establece la norma francesa es que cuando una persona obtenga ingresos superiores a los 23.000 euros por el alquiler de un apartamento o vivienda, o más de 7.720 euros al año por alquilar cualquier bien como un coche, esta persona debe afiliarse a la seguridad social y pagar la cotización correspondiente. Por su parte, las plataformas colaborativas deberán asimismo gravar estas estancias<sup>433</sup>.

A diferencia de esto en España el régimen de autónomos varía. Como se ha señalado en un estudio comparativo entre ambos Estados<sup>434</sup>: *“Los autónomos en Francia no pagan impuestos durante el primer año de su actividad (cotizan a partir del segundo). En España se pagan desde el primer momento por el derecho a facturar aunque no llegues a hacerlo. Los impuestos en Francia se pagan si has obtenido ingresos. La cuota varía (12% de ventas comerciales; 21,3% de ventas en servicios y 18,3% para las profesiones liberales) y se pueden pagar mensual o trimestralmente. La media de ingresos por actividad colaborativa en España es de 10.000 euros anuales y muchas personas apenas llegan a 4.000 al año. Poner un coste fijo a los autónomos en España de 450 euros/mes (cuotas, gestorías, etc) supondría que casi ningún ciudadano podría asumir un coste que es más elevado que los ingresos”*.

Estamos pues ante regulaciones distintas en varios aspectos fundamentales que ponen de manifiesto la diferente filosofía económica desde la que es abordado el tema. En Francia, se intenta regular y dar continuidad a una actividad que cada vez tiene más interesados. En España, por el contrario, se está acudiendo a los Tribunales de Justicia para intentar prohibir este tipo de actividades económicas.

En el ordenamiento jurídico francés además, se contempla la figura del “Auto-entrepreneur”. Se trata de una persona que, estando en el desempleo o trabajando por cuenta ajena, decide poner en marcha una actividad complementaria y facturar por ella<sup>435</sup>. Esta figura no existe

<sup>433</sup> Información extraída de [http://www.tendencias21.net/Francia-obliga-a-hacerse-autonomos-a-los-agentes-de-la-economia-colaborativa\\_a43508.html](http://www.tendencias21.net/Francia-obliga-a-hacerse-autonomos-a-los-agentes-de-la-economia-colaborativa_a43508.html). 9 de mayo de 2017. Para más información consultar Belk, R. (2013), “You are what you can access: Sharing and collaborative consumption online”, *Journal of Business Research* (nº 67).

<sup>434</sup> Puede consultarse un artículo comparativo Francia-España elaborado en [http://www.fidefundacion.es/sdigital/Espana-Francia-y-la-regulacion-de-la-economia-colaborativa\\_a3.html](http://www.fidefundacion.es/sdigital/Espana-Francia-y-la-regulacion-de-la-economia-colaborativa_a3.html). 9 de mayo de 2017

<sup>435</sup> Definición tomada de <http://www.serautonomo.net/ser-autonomo-en-francia.html>. 5 de mayo de 2017.

en España. En Francia, este colectivo “*está exento de cobrar el IVA en las facturas realizadas (aunque pagan IVA por productos para realizar la actividad empresarial); no se pueden desgravar IVA ni gastos de productos derivados de la actividad. El IRPF y la Seguridad Social se liquidan trimestralmente y se aplica un porcentaje sobre el volumen de negocio. Además la cotización a la Seguridad Social es equivalente a los servicios prestados*”<sup>436</sup>.

En el caso de España podemos encontrar un número importante de trabajos que no encajan bien en los costes señalados anteriormente, bien porque son esporádicos, bien porque son complementarios de otra actividad (trabajo, estudios, etc). Este tipo de trabajos se podrían incluir en esa figura del auto-entrepreneur, como es el caso del cuidado a mayores, a niños, clases particulares, algunas ayudas domésticas (colada), jardinería, pintura, etc.

En un estudio publicado por la Fundación para la Investigación sobre el Derecho y la Empresa se ha señalado que “[...] *una opción sería explorar la viabilidad de una nueva figura legal que podríamos llamar “ciudadano productor”, basada en la francesa de autoentreprenuer. El objetivo sería transformar a aquellas personas desempleadas, con una mentalidad tradicional y poco activa y que están fuera del mercado de trabajo, en ciudadanos productores digitales y proactivos dentro del esquema productivo, gestionando y aprovechando sus recursos propios (su casa, su coche, su energía, su talento y su producción gráfica). El público objetivo es muy claro: parados de larga duración con dificultades para entrar en el mercado laboral (por edad, básicamente), con experiencia profesional y capacidad para producir con sus recursos. Hablamos de unos 2.000.000 de parados de los cuales medio millón ya están en la economía colaborativa en España [...]*”<sup>437</sup>.

## 5. HACIA DÓNDE VAMOS

Parece que hacernos esta pregunta es fundamental. Principalmente si tenemos en cuenta el importante papel que Europa juega en esta materia, de manera que partiendo de la diversidad de ideologías políticas y económicas de los Estados miembros, sea la UE la que nos marque un camino sobre el que transitar, asumiendo que el camino no estará nunca completamente asfaltado ni completamente en construcción.

<sup>436</sup> [http://www.fidefundacion.es/sdigital/Espana-Francia-y-la-regulacion-de-la-economia-colaborativa\\_a3.html](http://www.fidefundacion.es/sdigital/Espana-Francia-y-la-regulacion-de-la-economia-colaborativa_a3.html). 9 de mayo de 2017.

<sup>437</sup> Puede consultarse en [http://www.fidefundacion.es/sdigital/Espana-Francia-y-la-regulacion-de-la-economia-colaborativa\\_a3.html](http://www.fidefundacion.es/sdigital/Espana-Francia-y-la-regulacion-de-la-economia-colaborativa_a3.html). 9 de mayo de 2017.

Si esta es la reflexión que en estos momentos procede<sup>438</sup>, deberíamos tener alguna información, alguna pincelada al menos, de cuáles son las opciones en las que puede encontrarse Europa en los próximos meses y años, y por tanto, con ella y de forma particular, la llamada economía colaborativa y las plataformas de empleo/trabajo.

Como decíamos en la introducción de este trabajo, Europa se enfrenta a *“una profunda digitalización de la sociedad que ya está desdibujando las diferencias entre los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia, entre los bienes y los servicios o entre los consumidores y los productores. Gran parte de los empleos actuales no existían hace una década, y en los próximos años surgirán otros muchos. Es probable que la mayoría de los niños que comienzan la escuela primaria hoy acaben trabajando en nuevos tipos de empleo que no existen todavía. Los retos que plantean el mayor uso de la tecnología y la automatización afectarán a todos los empleos y sectores. Para lograr aprovechar al máximo las nuevas oportunidades y atenuar al mismo tiempo cualquier efecto negativo, se requerirá una inversión masiva en capacitación y un replanteamiento profundo de los sistemas de educación y de aprendizaje permanente. Asimismo, será necesario el despliegue de nuevos derechos sociales para adecuarse a la evolución del mundo laboral”*<sup>439</sup>.

Con todos los datos expuestos en este trabajo, podemos empezar a dibujar un escenario futuro aunque con alguna particularidad:

1. Si no se produce un cambio de rumbo drástico, Europa cumplirá con su plan de reformas y mejora económica común. Esto supone que el empleo/desempleo de calidad sigue siendo el objetivo fundamental para el año 2025, nueva frontera temporal que se marca Europa. Se invertirá más en infraestructuras digitales, tendremos control financiero y fiscal, ayudas económicas de importante calado, no exentas de control y rendición de cuentas a todos los niveles territoriales. Si todo sigue igual, lo lógico es que el comercio electrónico repunte, aunque según la Comisión Europea *“la entrega de productos enviados desde otro Estado miembro sigue resultando excesivamente cara”*<sup>440</sup>.
2. Si por el contrario, vamos restando los ámbitos en los cuales fijar una situación común entre todos los Estados miembros, en la UE *“aumentarán las diferencias en ámbitos como las normas en materia de consumo, sociales y medioambientales, así como en la fiscalidad y en el*

<sup>438</sup> Junio de 2017. Fecha en la que se termina este trabajo.

<sup>439</sup> Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Op. cit., p. 4.

<sup>440</sup> Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Op. cit., p. 4.

*uso de subvenciones públicas. Se genera con ello el riesgo de emprender una «carrera a la baja». También resulta difícil acordar nuevas normas comunes en materia de movilidad de los trabajadores o de acceso a profesiones reguladas. [...] implica que las diferencias de puntos de vista entre los Estados miembros sobre nuevos problemas que van surgiendo deben resolverse a menudo de forma bilateral, caso por caso”.*

Hay por tanto, menos unión y más individualismo entre los Estados, cada uno con su criterio e ideología oportuna sobre la economía colaborativa y el trabajo en el seno de la misma. Hacer posible la Libre circulación de trabajadores y servicios es cada vez más difícil debido a los abundantes controles que efectúan los países y se dejan de garantizar por tanto los derechos relacionados con esa libre circulación (Seguridad Social, Asistencia sanitaria, etc.).

3. Podríamos tener una Europa de dos velocidades, donde los Estados se integren en dos grande grupos, los que quieren avanzar y hacer más en común, los que apuestan por el nacionalismo. Los primeros colaborarían en asuntos fiscales y sociales, aportando seguridad a las organizaciones, a los trabajadores, y una mejora de las condiciones laborales. Además elaborarían *“un conjunto de normas para clarificar las cuestiones de propiedad y responsabilidad vinculadas al internet de las cosas”*<sup>441</sup>.

4. Finalmente, se podrían fijar determinadas preferencias o materias en las cuales intervenir siendo la negociación y el alcance de acuerdos la norma general en estos ámbitos, por ejemplo en la innovación, el comercio, la seguridad, las condiciones laborales y de seguridad social, desarrollo de las TIC y de las plataformas de trabajo, protección de los consumidores, transparencia, etc.

## 6. CONCLUSIONES

1. Estamos en un terreno o espacio donde la “innovación” debe ser aplicada también a la regulación, a la normativa, y así permitir el modelo de la autoregulación, del código propio de cada sector productivo, donde poder recoger las particularidades más importantes, las cuales están en continuo cambio, lo que supone que un cuerpo normativo de derecho positivo tradicional quedaría obsoleto en poco tiempo. Sería una innovación en cuanto al modelo legal y normativo.

2. Las nuevas plataformas se han generado a través de la puesta en común de factores tecnológicos, económicos y sociales. Dichos factores

<sup>441</sup> Libro Blanco sobre el Futuro de Europa. Op. cit., p. 12.

están permitiendo que, gracias a internet y las innovaciones tecnológicas e incluso de comportamiento humano se compartan recursos. Estas plataformas permiten reducir costes de transacción, crear nuevos empleos, hacer de la reputación un aspecto importante para todos los usuarios, tanto los que ofrecen como los que reciben el servicio.

3. Estas plataformas se han instaurado en sectores tradicionalmente cerrados a la competencia y además se ha empoderado al usuario. Lo que se pretende es que se eliminen las barreras de entrada en el mercado y en principio, para algunos servicios (servicios personales, comida, ropa, utensilios del hogar, etc), aunque es previsible que se amplíe el tipo de actividades o servicios que están en el origen de la economía colaborativa.

4. Desde el punto de vista del sector público, esta materia supone un reto por quedar fuera de los sistemas tradicionales de control y sanción, siendo necesaria una regulación o autoregulación en profundidad como hemos indicado en páginas previas. Aunque también es cierto que la regulación por parte de las Administraciones Públicas tiene que estar motivada por la existencia de una necesidad o situación en el mercado que precise de dicha intervención para proteger el “interés general”, debiendo ser proporcionada además.

5. En la medida en que consideramos que es imposible y poco aconsejable parar el crecimiento de la economía colaborativa y en particular, la que se desarrolla a través de plataformas de servicios por internet, nos parece que se debe aprovechar la coyuntura actual para redefinir y actualizar las regulaciones, los patrones de conducta, las opciones en resumen, ya que pueden generarse importantes rentas tanto fiscales como laborales. Todo ello generan marcos regulatorios transparentes que permitan intercambiar información de los participantes.

6. La libertad de empresa recogida en el artículo 38 de nuestra Constitución debe ser analizada en profundidad para poder encuadrar las nuevas formas de prestación de un servicio, en resumen, para su actualización<sup>442</sup>.

7. Por último, consideramos que deben hacerse visibles los datos sobre la economía colaborativa y las plataformas, ya que la falta de publi-

<sup>442</sup> Sobre este derecho constitucional puede destacar la legislación más importante existente en España: Directiva 2006/123/CE, relativa a los servicios en el mercado interior, su trasposición a la normativa nacional a través de la Ley 17/2009, de 23 de noviembre, sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio y, más recientemente, la Ley 20/2013, de 9 de diciembre, de garantía de la unidad de mercado.

dad de los mismos genera desconfianza y estamos en una materia donde la confianza es fundamental<sup>443</sup>, es el principal motor de desarrollo y buen funcionamiento de una actividad o servicio ya que las opiniones de los usuarios tienen un gran impacto<sup>444</sup>. Por ello, se recomienda a las Administraciones Públicas competentes la *“incorporación a las estadísticas oficiales de los sectores en los que operan estas plataformas, de los datos necesarios para reflejar con rigor estadístico el impacto que este fenómeno tiene en el mercado”*<sup>445</sup>.

<sup>443</sup> Incluso se ha llegado a proponer que puesto que los usuarios, tanto oferentes como demandantes de las plataformas colaborativas, obtienen con el tiempo y su interacción en la plataforma una determinada reputación relativa a los servicios que han llevado a cabo en la misma. En el caso de que el usuario quisiera ofrecer o demandar servicios en otra plataforma competidora o complementaria, sería recomendable que la reputación que se ha creado durante el período de permanencia en la plataforma, fuera transferible junto con el usuario y no perteneciera de manera exclusiva a la misma, ya que supone un activo fundamental para la oferta del servicio. De no ser así, el usuario debería empezar a labrarse una nueva reputación cada vez que quisiera cambiar de plataforma, con el consiguiente coste tanto económico como en términos de tiempo que eso conlleva. [...] Por tanto, se anima y recomienda a las plataformas colaborativas la implantación de mecanismos adecuados que permitan la portabilidad voluntaria de la reputación de un usuario a través de múltiples plataformas. Conclusiones Preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. En <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs-1mhxy2y0/edit#> 10 de junio de 2017.

<sup>444</sup> Conclusiones Preliminares sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. En <https://docs.google.com/document/d/1n65MjUaTmRLuZCqTIlqyWvobVqreR-iAzzs-1mhxy2y0/edit#> 10 de junio de 2017.

<sup>445</sup> Ibidem.

# LAS REDES SOCIALES PROFESIONALES Y EL EMPLEO. UNA REALIDAD EN ESPERA<sup>446</sup>

*M<sup>a</sup> Carmen Aguilar del Castillo*

*Profesora Colaboradora Doctora.*

*Universidad de Sevilla.*

## 1. INTRODUCCIÓN

Si tuviésemos que destacar algunas de las características intrínsecas asociadas a internet, la web, ... etc. serían sin duda alguna, su generalidad, deslocalización y accesibilidad, que permite la visibilidad de millones de documentos, opiniones, teorías o informaciones, eliminando las barreras espaciales y temporales. Resulta paradójico, no obstante, que las inmensas posibilidades de acceso a la información sean, a su vez, su principal limitación por la dificultad que entraña seleccionar la más adecuada.

Internet como vehículo de información, es una realidad indiscutible utilizada en todos los ámbitos de nuestra sociedad incluido el Derecho. Con independencia de otras ramas del ordenamiento jurídico, el Derecho del Trabajo y el Derecho del Empleo<sup>447</sup> se están viendo afectados directamente por esta realidad. Las relaciones laborales están cambiando y sus paradigmas parecen estar tambaleándose tras la alteración, con mayor o menor intensidad, de algunos de sus elementos definitorios<sup>448</sup>. Desde el punto de vista del empleo el papel de internet, como un sistema de comunicación masiva, ha permitido ampliar los mercados laborales y superar las barreras locales de los sistemas tradicionales de colocación, asumiendo en la mayor parte de las ocasio-

---

<sup>446</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R "Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0".

<sup>447</sup> CALVO GALLEGO, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Directores): Colocación y servicios de empleo, ed. Consejo Económico y Social, Madrid 2011, pp. 85-60.

<sup>448</sup> SIERRA BENÍTEZ, M.: "El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué Derecho del Trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI?, Rvta. Internacional y comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, vol. 3, nº 4, oct-dic 2015; GINNÉS I FABRELLAS, A., GÁLVEZ DURAN, S.: Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo. La (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital, InDret, Revista para el análisis del Derecho, www.indret.com.



nes el papel informativo de la prensa escrita. Las nuevas tecnologías “permiten la difusión de información de forma rápida y globalizada y están jugando un papel cada vez más significativo en los procesos de búsqueda y selección de empleos”<sup>449</sup>.

Internet es el mayor espacio en el que pueden volcarse todas las ofertas y las demandas de empleo, propuestas formativas u orientaciones profesionales, que cualquier empresa, institución o persona quieran realizar. Y aunque no todas compartan la misma finalidad sí participen del mismo interés: llegar al máximo número de destinatarios con independencia de que se conviertan o no, en clientes.

La amplia y no conclusa tipología de plataformas existentes en la Red hace inabarcable su acceso, su control y, por ende, su regulación. En el mercado de trabajo la universalidad de internet y su ausencia de fronteras dificulta considerablemente el desarrollo y aplicación de una determinada normativa cuando la actividad de estas plataformas, principal o no, consiste en la búsqueda de empleo. Y es a esta nueva realidad a la que hay que dar una respuesta jurídica, sin imponer una estructura cerrada que la encorsete. Respuesta que debe darse de fuera hacia dentro y no a la inversa, pues esta internacionalización y globalización del mercado de trabajo exige que Instituciones internacionales como la OIT y supranacionales como la Unión Europea sean las referentes, facilitando, desde el reconocimiento de la competencia que en materia de empleo tienen los Estados, la inclusión de todas estas webs y/o plataformas en su ámbito de aplicación a efectos de eficacia, coordinación y control de este mercado. En segundo lugar, serán los ordenamientos jurídicos internos los que definan las categorías jurídicas en las que puedan o no insertarse y sus efectos jurídicos.

En todo caso, resulta necesaria una regulación mínima que establezca y controle el cumplimiento de reglas básicas de funcionamiento para este mercado, garantizándose los derechos básicos de sus usuarios, demandantes y oferentes de empleo, con independencia del sujeto que opere en él.

<sup>449</sup> GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, JF.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo. Especial atención al caso español” Rvta. Economía Industrial, n<sup>o</sup> 348, Ministerio de Economía nov-dic. 2002 VI, p. 15; TULLINI, P.: “Il dilemma tra pubblico e privato nel mercato del lavoro” en AA.VV.: Un diritto in evoluzione. Scritti in onore di Yasuo Suwa., Editore Giuffrè Milano, 2007, p. 318.



La constatación progresiva de la subordinación de los distintos ordenamientos jurídicos a las necesidades de un mercado de trabajo<sup>450</sup> plenamente integrado en un marco más amplio como es el de la política económica general<sup>451</sup> hace, entre otras razones, que las funciones que tradicionalmente han sido asumidas por los Servicios Públicos de Empleo sean compartidas en su gestión con otras entidades públicas o privadas<sup>452</sup>. Nos encontramos ante un mercado desigual al que las políticas de empleo han de intentar armonizar desde su diversidad. Para ello es necesario identificar a todos los sujetos que en él intervienen, siendo la participación virtual en el proceso de colocación no reglada la que constituirá el objeto principal de este trabajo.

## **2. LAS FUENTES DEL DERECHO, CONDICIONANTE CONCEPTUAL Y DE CONTENIDO DE LOS SUJETOS QUE OPERAN EN EL MERCADO DE TRABAJO**

Atendiendo a las fuentes del derecho, consideramos necesario identificar qué entiende la normativa internacional y comunitaria por agencias o empresas privadas de empleo como referente obligado para identificar aquellas que sin utilizar esta denominación responden, o no, a los elementos constitutivos de estas actividades, fundamentalmente porque, pese a que las barreras geográficas cada vez se difuminan más en el mundo digital, siguen siendo necesarias barreras jurídicas.

### **2.1. LAS AGENCIAS PRIVADAS DE EMPLEO EN LA OIT**

La necesidad de contar con agencias privadas de empleo no es una novedad en nuestro país ni a nivel internacional. La preocupación sobre su reconocimiento, o sobre la necesidad de su regulación es una cons-

<sup>450</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, p. 436.

<sup>451</sup> Artículo 1 del Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el Texto Refundido de la Ley de Empleo (BOE 24/10/2015) (TRLE) “La política de empleo se desarrollará, dentro de las orientaciones generales de la política económica, en el ámbito de la estrategia coordinada para el empleo regulada por el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea”. Referido a la política de empleo en la Unión Europea, ALFONSO MELLADO, C.L.: “Estrategia Europea del Empleo”, en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, pp. 336, 338-339.

<sup>452</sup> Artículo 2 b) TRLE.

tante para la OIT, sobre todo desde el año 1948 en el que se aprueba el Convenio 88 sobre el servicio de empleo<sup>453</sup>, limitándose la actuación de estas agencias a supuestos concretos. Las distintas vicisitudes que han ido atravesando desde sus inicios se completan con la inoperancia o pérdida de influencia que los servicios públicos de empleo han ido teniendo en la ordenación del mercado de trabajo<sup>454</sup>, sobre todo en su labor de intermediación. Esta realidad queda constatada con la adopción del Convenio n<sup>o</sup> 96 OIT, en el que se reconoce el auge creciente de la intermediación privada, sobre todo desde el momento en el que las agencias de empleo privadas comienzan a autodisciplinarse<sup>455</sup>, provocando un punto de inflexión en su reconocimiento, derivado de la necesidad de regular su papel en el funcionamiento de los mercados de trabajo<sup>456</sup>.

En la conferencia de 1994 se acuerda someter a revisión el Convenio 96 para facilitar “un mejor funcionamiento de todas las agencias de empleo. En particular, debía elaborar principios generales y proporcionar orientaciones para proteger: i) los mercados de trabajo contra las prácticas reprobables o inmorales; ii) los intereses de los trabajadores, incluido el caso en que la estabilidad de los sistemas de relaciones laborales puede verse afectada por las prácticas de algunas agencias de empleo privadas, y iii) a los trabajadores contratados en un país para trabajar en otro”<sup>457</sup>. Será con el Convenio 181 sobre las agencias de empleo privadas<sup>458</sup> con el que se consagra la legalidad y legitimidad de su actividad y se intenta dar respuesta a la mayor parte

<sup>453</sup> Adoptado en la 31<sup>a</sup> reunión CIT, en San Francisco, el 09 de julio de 1948 y que entraría en vigor el 10 de agosto de 1950, Ratificado por España el 30 de mayo de 1960.

<sup>454</sup> Sobre el papel y su evolución normativa de las agencias privadas de empleo en el mercado de trabajo, en la OIT, SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Colocación e intermediación: el modelo de la OIT” en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, pp. 415-420.

<sup>455</sup> SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo y agencias de empleo privadas, ed. Comares, Granada, 2009, pp. 15, 17-18.

<sup>456</sup> Por ese motivo, el Consejo de Administración de la OIT decidió incluir en el orden del día de la Conferencia celebrada en 1994, para su discusión general, un punto sobre el papel de las agencias de empleo privadas en el funcionamiento de los mercados de trabajo. El objeto de esta discusión era evaluar la eficacia de las normas de la OIT en la materia y pronunciarse sobre la conveniencia de elaborar nuevas normas o de revisar las existentes. <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>

<sup>457</sup> Conferencia Internacional del Trabajo, 81.<sup>a</sup> reunión, 1994, Informe VI <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>

<sup>458</sup> Convenio adoptado en Ginebra, en la 85<sup>a</sup> reunión OIT, el 19 de junio de 1997, entrada en vigor el 10 de mayo de 2000).

de las cuestiones planteadas sobre su incidencia y trascendencia en el mercado de trabajo.

El preámbulo de este nuevo Convenio refleja la existencia de un mercado de trabajo cambiante que precisa de una importante flexibilidad en su gestión y en la que las agencias de empleo privadas pueden desempeñar un buen papel y facilitar con el control de su actividad, la protección de los trabajadores frente a los abusos o vulneración de derechos que puede llegar a generar el propio mercado<sup>459</sup>. Este reconocimiento, sin embargo, no es total en la medida en la que, sin poder prohibir su actuación, sí prevé la posibilidad de que los Estados, en aplicación del Convenio, puedan excluir determinadas categorías de trabajadores de su ámbito<sup>460</sup>.

De entre los aspectos más relevantes del Convenio 181 OIT, la conceptualización que se hace sobre qué o quién puede considerarse como agencias de empleo privadas y la delimitación de los derechos de los trabajadores que han de ser respetados en su acceso al mercado de trabajo son los más destacados. Con la previsión de distintos supuestos va a definir a las agencias privadas de empleo desde una perspectiva funcional<sup>461</sup> que, en todo caso, han de respetar y garantizar la protección del trabajador en el acceso a sus servicios y han de contar con una autorización previa para poder actuar.

De esta forma el Artículo 1.1 define a las agencias de empleo privadas como “toda persona física o jurídica, independiente de las autoridades públicas, que presta uno o más de los servicios siguientes en relación con el mercado de trabajo”: a) vinculación entre oferta y demanda de trabajo, a la que el convenio se refiere como (colocación clásica) y nosotros entendemos incluida en el concepto de intermediación. En este sentido “el intermediario puede definirse como la agencia de empleo privada que presta servicios tendentes a servir de vínculo entre una oferta y una demanda sin que la agencia participe en la relación de empleo”<sup>462</sup>; b) el empleo de trabajadores a través de las reglas de la interposición o cesión legal de trabajadores, es decir, a través de

<sup>459</sup> [http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms\\_507516.pdf](http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_507516.pdf)

<sup>460</sup> El Estado español lo ratificó íntegramente el 15 de junio de 1999 (BOE 13/09/1999).

<sup>461</sup> ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: *La Intermediación Laboral como un instrumento eficaz en tiempos de crisis: Servicios Públicos de empleo y entidades afines*, ed. Aranzadi, Navarra, 2009, p. 167.

<sup>462</sup> FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, *Rvta. De Treball, Economia i Societat*, nº 22, 2001.

empresas de trabajo temporal; y c) aquellas otras que incluyan otros servicios, sin especificar cuales, aunque citando como ejemplo la actividad de información sobre la búsqueda de empleo sin necesidad de vincular oferta ni demanda<sup>463</sup>. Será este último supuesto el que pueda ser objeto de exclusión por los Estados en el momento de ratificar el Convenio<sup>464</sup>.

Nos encontramos ante una enumeración poco exhaustiva y muy flexible en cuanto a su conceptualización. No obstante, ninguna de las empresas que tenga encaje en alguno de los supuestos previstos podrá desarrollar su actividad si previamente no han sido autorizadas para ello. Se trata de una exigencia constitutiva que deberá ser desarrollada por cada uno de los ordenamientos jurídicos internos<sup>465</sup>, teniendo siempre en cuenta que los principios y obligaciones que los sustentan son comunes a cualquiera de los supuestos previstos en el Convenio 181.

La regulación normativa internacional sobre el papel de estas empresas en el mercado de trabajo español plantea problemas de aplicación en nuestro ordenamiento jurídico, toda vez que solo se dota de régi-

<sup>463</sup> SÁNCHEZ TRIGUEROS, C.: “Colocación e intermediación...” op. cit. pp. 424; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado de trabajo, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, p. 131.

<sup>464</sup> <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>

<sup>465</sup> En nuestro País esta autorización ha sido sustituida, tras la entrada en vigor del Texto Refundido de la Ley de Empleo, por una declaración responsable, de tal forma que en su artículo 33.2 establece que “Las agencias de colocación podrán iniciar su actividad desde el día de la presentación de la declaración responsable, sin perjuicio de las facultades de comprobación, control e inspección que tengan atribuidas las administraciones competentes...” La disyuntiva generada sobre la consideración o no de servicio público a todas aquellas actividades que, incidiendo directamente en la empleabilidad del sujeto, no tienen la consideración de intermediación parece hacer recaer esta obligación solo sobre los sujetos legalmente autorizados, como son agencias privadas de colocación y las empresas de trabajo temporal, obviando la existencia de otros sujetos que también intervienen en el proceso de colocación y que, podrían tener encaje en la normativa internacional. Sobre la consideración o no de servicio público de todas aquellas actividades legalmente previstas que inciden en la empleabilidad del demandante de empleo, junto a la intermediación, SÁNCHEZ RODAS, C.: La orientación e intermediación directa en el empleo” Rvta. Temas Laborales, n<sup>o</sup> 125/2014; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: “Mercado de Trabajo e Intermediación Laboral”, en DEL REY GUANTER, S. (Dir.) MARTÍNEZ FONS, D., SERRANO OLIVARES, R. (Coordinadores): La reforma del Mercado de Trabajo y su impacto en el sistema de Relaciones Laborales. Novedades de la Ley 3/2012, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, ed. La Ley, Las Rozas (Madrid), 2013, p. 52; Sobre la oportunidad de la autorización, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo. Análisis y propuestas, ed. La Ley, Madrid, 2012, pp. 477-478; Sobre los efectos jurídicos de la falta de autorización en el ordenamiento jurídico italiano, DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web: regole e opportunità” Rvta. Diritto delle Relazioni Industriali, num. 2/XXV 2015, Giuffrè Editore, Milano, pp. 436-438, 440-443.

men jurídico a aquellas entidades que desarrollan funciones de intermediación<sup>466</sup>, como son las agencias privadas de colocación<sup>467</sup> y las empresas de trabajo temporal<sup>468</sup>. No obstante, en aplicación del principio de jerarquía normativa, el Convenio 181 de la OIT una vez ratificado por España<sup>469</sup>, debería haber formado parte de nuestro derecho interno a través de una ley o norma jurídica que lo incorporase. Con la nueva Ley de Empleo se ha perdido una oportunidad importante sobre la previsión de un régimen jurídico concreto para todos aquellos sujetos que realicen alguna de las actividades de colocación utilizando las nuevas tecnologías, con independencia de la naturaleza jurídica que revistan. Desde el control de estas actividades se facilita la coordinación con los servicios públicos de empleo y la adopción de políticas activas de empleo acordes con las necesidades reales del mercado de trabajo, siendo permeable su regulación a la aparición de nuevos sujetos o la desaparición de los ya existentes.

## 2.2. LA LIBERALIDAD DE LAS EMPRESAS PRIVADAS DE EMPLEO EN LA UNIÓN EUROPEA

En la Unión Europea no puede decirse que exista un modelo específico de colocación, ni una normativa comunitaria sobre la materia, pese a que sus políticas económicas y laborales están muy condicionadas por el objetivo del empleo<sup>470</sup>. No obstante, todas las actuaciones que se rea-

<sup>466</sup> En este sentido, aunque referido a la Ley de Empleo de 2003, SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit. pp. 26-29.

<sup>467</sup> Real Decreto 1796/2010, de 30 de diciembre, por el que se regulan las agencias de colocación (BOE 31/12/2010).

<sup>468</sup> Artículo 33.2 TRLE y Artículo 1 de la Ley 14/1994, de 1 de junio, por la que se regulan las empresas de trabajo temporal (BOE 2-6-1994).

<sup>469</sup> Artículo 1.5 Código Civil, Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil.

«BOE» 25/07/1889. SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit., p. 29.

<sup>470</sup> El logro de un alto nivel de empleo en la Unión Europea aparece como objetivo para la consecución de un mercado común y de una unión económica y monetaria desde su creación a partir del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea, adoptado en Roma en 1957. Objetivo que se ha mantenido a través de los distintos Tratados y que, de forma expresa también recoge el Tratado de Maastricht, en el que en su artículo 3 señala que "la Unión establecerá un mercado interior. Obrará en pro del desarrollo sostenible de Europa basado en un crecimiento económico equilibrado y en la estabilidad de los precios, en una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social...". Para conseguir este objetivo, ha optado por la coordinación de las políticas de empleo de los distintos Estados miembros, dentro de una Estrategia Europea para el Empleo en lugar de aprobar una normativa europea, en CALVO GALLEGU, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Di-

lizan descansan en uno de los principios básicos y más importantes de su ordenamiento jurídico como es la libre circulación. La consolidación de este derecho ha afectado, entre otras cuestiones, al empleo y a sus instrumentos habiendo seguido éstos la misma evolución que en la OIT y en los Países miembros pasándose de un modelo monopolístico de gestión del mercado de trabajo a través de los servicios públicos de empleo a una progresiva liberalización caracterizada por la participación de la iniciativa privada<sup>471</sup>.

El artículo 3.2 del TUE<sup>472</sup> establece que “La Unión ofrecerá a sus ciudadanos un espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores, en el que esté garantizada la libre circulación de personas...”. Este derecho se ha construido bajo la necesidad de suprimir las restricciones que dificulten o impidan la movilidad de los ciudadanos, de cualquier Estado miembro a otro.

El empleo como objetivo del derecho comunitario se centra en la necesidad de facilitar el acceso de los trabajadores<sup>473</sup> a cualquier puesto de trabajo que pueda ofertarse dentro de la Unión y a la posibilidad de responder a las ofertas efectivas de trabajo<sup>474</sup> a través de los servicios de empleo públicos o privados existentes en cada uno de los Estados miembros o en el ámbito de la propia Unión Europea.

Dentro del mercado de trabajo, la colocación es considerada como una actividad económica por lo que todas las acciones que se realicen para su consecución, con independencia de la entidad que las desarrolle, su estatuto jurídico o su modo de financiación, tendrán la consideración

---

rectores): Colocación y servicios de empleo, op. cit. pp. 446-447; Sobre los efectos del sometimiento del Derecho del Trabajo a la economía y su independencia de la política de empleo, CASAS BAHAMONDE, ME.: “La transformación del Derecho del Trabajo” en ALARCÓN CARACUEL, MR., MIRÓN, MM.: “El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar, Ed. Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 202-208.

<sup>471</sup> SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación Laboral en las Comunidades Autónomas. Tirant lo Blanch. Valencia. 2004, p. 315.

<sup>472</sup> Versión consolidada, Diario Oficial de la Unión Europea C 202/15, (7-6-2016) [http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75e-d71a1.0023.01/DOC\\_2&format=PDF](http://eur-lex.europa.eu/resource.html?uri=cellar:9e8d52e1-2c70-11e6-b497-01aa75e-d71a1.0023.01/DOC_2&format=PDF)

<sup>473</sup> Este concepto “comprende a los demandantes de empleo, con independencia de que mantengan o no una relación laboral en el momento considerado”, en considerando 7º del Reglamento (UE) 2016/589 del Parlamento Europeo y del Consejo de 13 de abril de 2016, relativo a una red europea de servicios de empleo (EURES), al acceso de los trabajadores a los servicios de movilidad y a la mayor integración de los mercados de trabajo y por el que se modifican los Reglamentos (UE) n° 492/2011 y (UE) n° 1296/2013 Diario Oficial de la Unión Europea L 107/1, de 22 de abril de 2016.

<sup>474</sup> Artículo 45.3 a) del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, (DOUE C 115, 09/05/2008).

de empresa en sentido comunitario. La liberalidad de esta actividad no sólo afecta a las funciones que les son propias sino también a los sujetos o entidades que las prestan. Como parte integrante de las distintas estrategias de empleo, el derecho comunitario ha de garantizar la participación de todos sus ciudadanos en el intercambio entre oferta y demanda<sup>475</sup> y en todas sus actividades complementarias. Para ello se prevé la existencia de los Servicios Públicos de Empleo como las entidades que han de garantizar el ejercicio de este derecho de forma gratuita y en igualdad de condiciones. No obstante, su intervención obligada no significa que su gestión no pueda ser compartida por otros sujetos o entidades de carácter privado. Es precisamente la falta de definición comunitaria y de homogeneización sobre qué o quiénes pueden ejercer esta actividad lo que llevó al Tribunal de Justicia de la Unión Europea a interpretarlo.

La Sentencia Macrotron<sup>476</sup> como pionera de esta interpretación, a la que le han seguido otras sentencias en la misma línea<sup>477</sup>, considera que un servicio público de empleo es una empresa en la medida en la que ejerce una actividad económica y como tal su actividad está sujeta a las reglas de libre competencia como garantía de la libre circulación de ciudadanos. El carácter monopolista del servicio público de empleo alemán, entiende que constituye un abuso de posición dominante en el mercado<sup>478</sup>. Se trata de una interpretación muy amplia condicionada, no obstante, a la ineficacia de los servicios públicos de empleo<sup>479</sup>. La

<sup>475</sup> Artículo 46 TFUE (antiguo artículo 40 TCE). “El Parlamento Europeo y el Consejo, con arreglo al procedimiento legislativo ordinario y previa consulta al Comité Económico y Social, adoptarán, mediante directivas o reglamentos, las medidas necesarias a fin de hacer efectiva la libre circulación de los trabajadores, tal como queda definida en el artículo 45, en especial: d) estableciendo los mecanismos adecuados para poner en relación las ofertas y las demandas de empleo y facilitar su equilibrio en condiciones tales que no se ponga en grave peligro el nivel de vida y de empleo en las diversas regiones e industrias”. SEMPERE NAVARRO, A.V.: “Apuntes sobre libre circulación trabajadores y cuestiones conexas” en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla 2016, p. 314.

<sup>476</sup> STJCE, de 23 de abril de 1991, Asunto C-41/90 Oberlandesgericht München (República Federal de Alemania), contra Klaus Höfner y Fritz Eiser y Macrotron GmbH

<sup>477</sup> Sobre la libre prestación de servicios entre Estados miembros, STJUE, de 18 de junio de 1998, Asunto C-266/96; STJUE, de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-55/96, Job Centre coop.arl.

<sup>478</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 181.

<sup>479</sup> STJUE, de 8 de junio de 2000, Asunto C-258/9817, procedimiento penal contra Giovanni Carra y otros, Considerando 17: “... El Estado miembro que prohíbe toda actividad de mediación e interposición entre demandas y ofertas de trabajo cuando no la realizan dichas oficinas infringe el artículo 90, apartado 1, del Tratado si crea una situación en la que las oficinas públicas de empleo se ven necesariamente obligadas a infrin-



Comisión y el abogado del asunto Macrotron, comparten la misma interpretación sobre lo que hay que entender por falta de eficacia. No se trata tanto de no poder prestar el servicio como del hecho de no poder satisfacer de forma adecuada la exigencia de una de las partes o de las dos. La STJUE establece que “cuando un derecho nacional otorga un derecho exclusivo a alguien y dicha persona no logra los bienes y servicios a que se refiere el derecho exclusivo este fracaso puede representar un abuso de posición dominante”. Esta posición deviene de la finalidad garantista que la raíz de la posición de monopolio les otorga a los servicios públicos de empleo y que “solo se justifica si se satisfacen plenamente las exigencias del mercado, en caso contrario esta posición desaparecería generándose la necesidad, según las reglas de la competencia, de crear otros cauces para la satisfacción de sus necesidades”<sup>480</sup>.

La reducción del proceso de colocación a criterios economicistas implica el reconocimiento, como sujeto de este mercado, de toda entidad que desarrolle alguna de las actividades propias tanto de la intermediación, como de la colocación, entre la que se incluye la selección de trabajadores. Aunque la prestación de este servicio se hará sin sujeción a requisitos previos de constitución ni de funcionamiento<sup>481</sup>, el ejercicio de su actividad si estará sometido al cumplimiento del derecho a la libre circulación de trabajadores y al respeto de los derechos de contenido social que le afecten<sup>482</sup>.

---

gir los términos del artículo 86 del Tratado. Así sucede en particular cuando se cumplen los siguientes requisitos: Las oficinas públicas de empleo no están manifiestamente en condiciones de satisfacer la demanda del mercado para todos los tipos de actividad...”. Sobre la eficacia de los SPE de los distintos países europeos y su importancia real en la empleabilidad de los trabajadores a través de funciones de intermediación, a partir de una comparativa entre los años 1998 y 2006 ALUJAS RUIZ, J.A.: “Servicios públicos de empleo e intermediación laboral en la Unión Europea” Rvta. EKonomiaz, n° 71 2° cuatrimestre 2009.

<sup>480</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 195; SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo... op. cit. pp. 47, 49.

<sup>481</sup> La Directiva 2006/123/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006 relativa a los servicios en el mercado interior L 376/36 (DOUE 27-12-2006, reconoce en su artículo 1, la libertad de establecimiento de los prestadores de servicios y la libre circulación de los servicios, no formando parte de las exclusiones de estos servicios, previstas en su artículo 2, ninguna de las actividades propias de la colocación. Aunque sí, por ejemplo, las de las empresas de trabajo temporal; siendo el objetivo de la Unión Europea la libertad para el desarrollo de actividades económicas y no la igualdad de los ciudadanos se entiende la incardinación de la actividad de intermediación en el derecho de libre competencia, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado..., op. cit. pp. 179-197; SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., pp. 47, 52.

<sup>482</sup> Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 303, de 14/12/2007).



La relación entre desarrollo económico y empleo ya se planteaba en el Informe Delors o Libro blanco sobre crecimiento, competitividad y empleo<sup>483</sup> en el que se pone el acento sobre la necesidad de elaborar políticas dentro de la Unión y en cada uno de los Estados miembros que favorezcan el pleno empleo. Para lograrlo considera necesario mejorar desde la eficiencia la actividad y el funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo, promoviendo como una posible solución facilitar el acceso a la intermediación en el empleo de las empresas privadas<sup>484</sup>. Por otro lado, este Informe preconiza el contenido de las distintas Estrategias que sobre el empleo se han ido adoptando por la UE y que fijan como objetivo la creación de más y mejores empleos, aunque el carácter cualitativo de este objetivo ha ido cediendo hacia un elemento cuantitativo del mismo, rebajando incluso sus propios objetivos, pasando de uno tendente a la consecución del pleno empleo<sup>485</sup> a alcanzar, tras las sucesivas crisis y sobre todo la actual, una población ocupada de al menos el 75 % de la población de entre 20 y 64 años<sup>486</sup>.

Respecto a las empresas privadas de empleo, la competencia de los Estados Miembros sobre el desarrollo de su régimen jurídico<sup>487</sup> provoca, cada vez con más frecuencia, y a falta de una normativa comunitaria

<sup>483</sup> COM (93) 700. MONTOYA MELGAR, A.: “El Libro Blanco de la Comisión Europea y la reforma laboral española” *Rvta. Española de Derecho del Trabajo*, Cívitas, n° 68, 1994, pp. 863-872; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo... op. cit. p. 326.

<sup>484</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. p. 442.

<sup>485</sup> En la Orientación número 17 de la Estrategia Europea del Empleo se contempla como objetivo el desarrollo de “políticas de empleo conducentes al pleno empleo, la mejora de la calidad y la productividad del trabajo y el fortalecimiento de la cohesión social y territorial”, CALVO GALLEGO, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Directores): Colocación y servicios de empleo, op. cit., p. 447; En la Cumbre Extraordinaria de Lisboa se cuantifica por primer a vez este pleno empleo para el año 2010, en el 70% de toda la población activa en RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 330.

<sup>486</sup> Comunicación de la Comisión por la que se adopta la Estrategia Europea para el crecimiento y el empleo. Europa 2020, Bruselas, 3.3.2010 COM (2010). Sus Directrices van dirigidas a la consecución de un crecimiento inteligente, sostenible e integrador en el que, entre otros objetivos se incremente la participación de los distintos sujetos en el mercado de trabajo, se reduzca el desempleo, se promueva la inclusión social y se facilite un aprendizaje permanente para adecuarse a las necesidades del mercado.

<sup>487</sup> “El empleo sigue permaneciendo en el ámbito de las atribuciones estatales, por lo tanto, la intervención supranacional se hace, básicamente, a través de las relaciones intergubernamentales, por lo que las Directrices emanadas de las distintas Cumbres adolecen de exigibilidad” RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 339.

armonizadora<sup>488</sup>, la exclusión del mismo de webs y plataformas que con distinta intensidad intervienen en el mercado de trabajo. Su falta de calificación jurídica no implica, como ya hemos dicho, que en el ejercicio de su actividad no estén sometidas a las exigencias de la libre circulación de trabajadores<sup>489</sup> y a las reglas del libre mercado y competencia<sup>490</sup>, en el que la transparencia en su funcionamiento y la prohibición de toda discriminación constituyen la garantía de su propio cumplimiento.

### 3. LA COLOCACIÓN COMO FIN DE LA POLÍTICA DE EMPLEO<sup>491</sup>

Trasladar la normativa comunitaria y la de la OIT al concepto de mercado de trabajo y de empleo nos acerca a multitud de opciones que, aparentemente, responderían de forma plena a todos los elementos constitutivos de las Agencias Privadas de Empleo pero que cuando se subsume en las legislaciones nacionales presentan elementos o características que les excluyen del concepto.

La falta de coincidencia plena entre el contenido del Convenio 181 y el Real Decreto 1796/2010, por el que se regulan las agencias privadas de colocación, hace que se excluya de esta consideración a cualquier ente que, aun participando activamente en el mercado de trabajo, no se identifique plenamente con sus elementos definitorios, llegándose a una situación de ilegalidad en el ejercicio de su actividad o cuanto menos de alegalidad.

<sup>488</sup> Sería deseable la adopción de una Directiva Marco que dote a la actividad de colocación de un régimen jurídico armonizado para todos los Países de la Unión Europea, integrando en su contenido al Convenio 181 de la OIT, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: "Derecho del Trabajo y disciplina de mercado" Rvta. RL, n<sup>o</sup> 21, 2001, p. 6; RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., p. 343.

<sup>489</sup> Artículo 45 TUE (antiguo artículo 39 TCE). 2. "La libre circulación supondrá la abolición de toda discriminación por razón de la nacionalidad entre los trabajadores de los Estados miembros, con respecto al empleo, la retribución y las demás condiciones de trabajo." Sobre la consideración del derecho al trabajo como derecho de libertad, tanto en sentido positivo y negativo en el Derecho Comunitario, CALVO GALLEGO, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M. (Directores): Colocación y Servicios de Empleo, op. cit., pp. 70-72; En todo caso "tiene que haber un equilibrio entre el principio de protección del trabajador y el parámetro de rendimiento o eficiencia económica vinculado a la libertad de empresa en el marco del sistema de economía social de mercado" en SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación..., op. cit., p. 474.

<sup>490</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit. pp. 196-197.

<sup>491</sup> SERRANO FALCÓN, C.: Colocación e intermediación: el modelo legal vigente en España" en AA.VV.: la política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales 2016, evolución normativa desde 1980, 429-432.

Su falta de regulación no puede, sin embargo, servir de justificación para prohibir o ignorar su existencia, cuando la ilegalidad de su actividad no proviene del contenido de la misma sino de su incardinación o no en los supuestos legales sobre quien puede realizarla. Cualquier valoración jurídica que sobre estos entes pueda hacerse, ha de provenir de la identificación de su actividad como propia de la intermediación y/o colocación para lo que es necesario definir qué se entiende legalmente por ellas.

Legalmente no existe un concepto sobre colocación, definiéndose a través de la finalidad que con la misma se persigue. Dentro del acervo jurídico-normativo internacional y europeo al proceso de colocación laboral, “se la equipara con un procedimiento dinámico en el que las diferentes acciones que lo conforman se disponen de forma ordenada para favorecer el acceso al mercado de trabajo de los ciudadanos”<sup>492</sup>. En nuestro ordenamiento jurídico participa de un doble significado, por un lado, se refiere a “la actividad realizada por los poderes públicos dirigida a conseguir que los trabajadores sin empleo puedan acceder a un puesto de trabajo”<sup>493</sup> y por otro “facilitar a los empleadores la mano de obra necesaria para el normal desenvolvimiento de sus actividades productivas”<sup>494</sup>. La colocación como fin de cualquier política de empleo busca la materialización de los contratos de trabajo y para conseguirlo se sirve de la intermediación y de la coordinación entre las políticas activas de empleo y las políticas pasivas para hacerla efectiva<sup>495</sup>.

La intermediación laboral, por su parte, es un término que aparece y se define en la Ley de Empleo del año 2003<sup>496</sup> para referirse a la intervención de los poderes públicos en el mercado de trabajo, frente al término tradicional de colocación<sup>497</sup>. Su creación ha dado lugar a

<sup>492</sup> SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral”, en AA.VV.: La política y el Derecho del Empleo en la nueva sociedad del trabajo, libro homenaje a la profesora Rosa Quesada Segura, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales 2016, p. 480.

<sup>493</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. p. 437.

<sup>494</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los Servicios Públicos de Empleo” en AA.VV.: Empleo y mercado de trabajo: nuevas demandas, nuevas políticas, nuevos derechos. XXIII Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales, Mergablum, Sevilla, 2005, 4 162-163.

<sup>495</sup> Artículo 5 TRLE “Son instrumentos de la política de empleo los siguientes: a) La intermediación laboral. b) Las políticas activas de empleo. c) La coordinación entre las políticas activas y la protección económica frente al desempleo”.

<sup>496</sup> Ley 56/2003, de 16 de diciembre, de Empleo, (BOE 17/12/2003).

<sup>497</sup> La diferencia conceptual del término: intermediación en la Ley de Empleo en relación con el Convenio 88 OIT y Convenio sobre el servicio de empleo de 1948, en RA-

una importante confusión terminológica que, aún hoy, plantea dudas interpretativas sobre su contenido utilizándose, incluso por la propia Ley, como término sinónimo al empleo o colocación cuando realmente es solo un medio de éste<sup>498</sup>.

Orgánicamente la intermediación en el mercado de trabajo es “un instrumento básico de la política de empleo, en la que cabe la colaboración con la sociedad civil, con respeto a los principios constitucionales y de acuerdo a criterios de objetividad y eficacia”<sup>499</sup> y que se define como “el conjunto de acciones que tienen por objeto poner en contacto las ofertas de trabajo con los trabajadores que buscan un empleo, para su colocación”<sup>500</sup>. Se trata de la prestación de un servicio público<sup>501</sup> a partir del cual se busca conectar a los trabajadores que demanda un empleo con los empresarios que lo ofertan a través de una actividad de mediación que puede ser desarrollada tanto por un sujeto público como privado<sup>502</sup>.

La acción de intermediación, como instrumento de la política de empleo<sup>503</sup>, es un elemento más dentro de los que definen la colocación que necesita para su cumplimiento de todas aquellas actividades que facilitan la conclusión del proceso de conectar la oferta con la demanda<sup>504</sup>.

---

MÍREZ GONZÁLEZ, L.M.: “Contexto Normativo y Legal de la Intermediación Laboral en España y Andalucía”. Revista Trabajo n° 24, Universidad de Huelva 2011, pp. 93-94; SALAS PORRAS, M.: “La Intermediación Laboral en Europa: Distintas Perspectivas de una Misma Realidad”. Cuadernos del Mercado de Trabajo n° 6/2011; pp. 35-48.

<sup>498</sup> En todo caso, la existencia de un concepto legal de intermediación “no es óbice de que aún siga existiendo a juicio de algunos autores- numerosas deficiencias técnicas e incoherencias que hacen que el tratamiento de esta materia esté aun disperso y fragmentado”, RAMÍREZ GONZÁLEZ, L.M.: “Contexto Normativo y Legal de la Intermediación Laboral en España y Andalucía”. op. cit. p. 93, 94; LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado..., op. cit., p. 112; SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación e intermediación...” op. cit. pp. 89-113.

<sup>499</sup> Exposición de Motivos de la Ley 53/2003, de Empleo.

<sup>500</sup> Artículo 31 del TRLE.

<sup>501</sup> Artículo 31.3 TRLE. Sobre la intermediación como servicio público y la adaptación del concepto cuando es prestado por un ente privado, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado..., op. cit., pp. 235-239.

<sup>502</sup> GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “Los Servicios Públicos de Empleo”, op. cit. pp. 162-163; GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. pp. 447, 592.

<sup>503</sup> El status jurídico de política activa de empleo se consigue “con la normativización de sus aspectos procedimentales, de los sujetos intervinientes, de las relaciones jurídicas que constituyen y de los estatutos de derechos y obligaciones en que las mismas consisten”, GORELLI HERNÁNDEZ, J.: “El servicio público de Empleo Estatal”, op. cit. p. 441.

<sup>504</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación laboral..., op. cit.

Aunque no puede establecerse una identidad plena entre las medidas integrantes de este proceso para todos los supuestos de intermediación, si resulta fácil identificar una serie de actos preparatorios que son comunes a todos ellos como la elaboración previa de una base de datos, la clasificación de las ofertas y las demandas o la búsqueda y preselección de los demandantes de empleo con un perfil adecuado a la oferta presentada<sup>505</sup>. Se trata de una información que no solo va a servir a la intermediación, sino que como instrumento de la colocación va a permitir definir nuestro mercado de trabajo, identificar sus necesidades, carencias o excesos o, detectar los nuevos nichos de empleo. Todos estos datos van ser tenidos en cuenta por otros de sus instrumentos como son la información, la orientación profesional, la formación profesional y el empleo<sup>506</sup>.

Dentro de ellos la orientación profesional como política activa de empleo tiene como función primordial “la de guiar eficazmente al usuario demandante de empleo hacia áreas efectivamente demandadas por los empleadores”<sup>507</sup>, orientándole sobre el propio mercado de trabajo, sobre sus salidas profesionales, en función de sus competencias y capacidades y sobre la necesidad, en su caso, de la formación profesional requerida para ello. Forma parte de esta orientación el acceso a los distintos programas o cursos formativos contenidos en el Sistema de Formación para el empleo<sup>508</sup> más adecuado a sus necesidades.

Se trata de un servicio personalizado dirigido tanto a trabajadores empleados como desempleados. Para los primeros, la orientación personalizada se fundamenta en el artículo 23.3 del TRET<sup>509</sup> y va dirigida a

<sup>505</sup> SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en..., op. cit. p. 481; CALVO GALLEGU, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO (Directores): Colocación y servicios de empleo, op. cit. p. 20.

<sup>506</sup> Artículo 36.1 Real Decreto Legislativo 3/2015, de 23 de octubre, “Se entiende por políticas activas de empleo el conjunto de servicios y programas de orientación, empleo y formación profesional para el empleo en el ámbito laboral dirigidas a mejorar las posibilidades de acceso al empleo, por cuenta ajena o propia, de las personas desempleadas, al mantenimiento del empleo y a la promoción profesional de las personas ocupadas y al fomento del espíritu empresarial y de la economía social”.

<sup>507</sup> SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en..., op. cit. p. 481.

<sup>508</sup> Ley 30/2015, de 9 de septiembre, por la que se regula el Sistema de Formación Profesional para el empleo en el ámbito laboral. (BOE 10-09-2015).

<sup>509</sup> Artículo 23.3 TRET “Los trabajadores con al menos un año de antigüedad en la empresa tienen derecho a un permiso retribuido de veinte horas anuales de formación profesional para el empleo, vinculada a la actividad de la empresa, acumulables por un periodo de hasta cinco años. El derecho se entenderá cumplido en todo caso cuando el trabajador pueda realizar las acciones formativas dirigidas a la obtención de la formación profesional para el empleo en el marco de un plan de formación desarrollado

la recualificación profesional como necesidad de mantenimiento del puesto de trabajo o para la promoción profesional.

Respecto de los trabajadores desempleados la orientación y, en su caso, la elaboración de un itinerario personalizado<sup>510</sup> se convierte en un derecho<sup>511</sup> e incluye, entre otras acciones, su capacitación profesional en función de su formación, cualificación y competencias acreditadas, el aprendizaje de técnicas de búsqueda de empleo y la preparación para las entrevistas de empleo o formación para el autoempleo<sup>512</sup>. Se trata, en definitiva, de “facilitar que el demandante de empleo mejore su posición en el mercado de trabajo y la búsqueda de trabajo por cuenta ajena”<sup>513</sup>, excluyéndose del contenido de este derecho a los trabajadores autónomos, lo que no se contradice con las acciones de asesoramiento para el autoempleo que se les ofrece a los demandantes de empleo como vía de acceso al mercado laboral<sup>514</sup>.

---

por iniciativa empresarial o comprometido por la negociación colectiva...”; SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en..., op. cit. p. 482; SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación e intermediación...”, op. cit.

<sup>510</sup> Artículo 28.2 TRLE.

<sup>511</sup> Así parece deducirse del contenido del apartado 3 del Real Decreto 751/2014, de 5 de septiembre, por el que se aprueba la Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 (BOE 23/09/2014) (EEAE), en el que dentro del eje 1 de las políticas de activación para el empleo, en el que se compendian los objetivos estructurales sobre orientación, se prevén: la realización de un diagnóstico individualizado para poder “gestionar itinerarios individuales personalizados de empleo que incluyen una propuesta de derivación a acciones para la mejora de la empleabilidad (desarrollo de aspectos personales, búsqueda activa de empleo, trayectoria formativa individual, emprendimiento, entre otros)” y todo ello desde el conocimiento del mercado de trabajo a través de la información recibida por los Servicios Públicos de Empleo y del desarrollo que éstos hacen sobre las políticas activas y pasivas de empleo.

<sup>512</sup> Artículo 37.1 TRLE; En el 2. Eje de las políticas de activación para el empleo de la EEAE). Se trata de elaborar y programar cursos de formación a partir de un seguimiento personalizado, en el que el centro de atención es el trabajador parado y las necesidades reales de la empresa. La formación ha de aportar una posibilidad real de encontrar trabajo. La adecuación de la formación a las necesidades de trabajador y empresa “puede ayudar a frenar la tendencia a que los programas de perpetúen a sí mismos con el único fin de mantener la amplitud del menú de cursos”, en MALO OCAÑA, M.A.: “Las políticas activas de mercado de trabajo en España en medio de la gran recesión”, en PÉREZ INFANTE, J.I., RUESGA BENITO, S.M., VALDÉS DAL-RE, F. (Directores): Relaciones Laborales en la crisis. España 2011, ed. Cinca, Madrid, 2012, p. 109.

<sup>513</sup> SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación e intermediación...” op. cit.

<sup>514</sup> Eje 1. de la EEAE sobre orientación 1.1. “Informar sobre el mercado de trabajo y las medidas y servicios ofrecidos por los Servicios Públicos de Empleo: Informar sobre el mercado de trabajo y las ofertas de empleo existentes, las políticas activas y pasivas de los Servicios Públicos de Empleo, así como los incentivos y medios disponibles para el apoyo a las iniciativas emprendedoras y la mejora de la cualificación”.

La identificación de la actividad de estos sujetos con toda o parte de los instrumentos propios de la colocación nos va a servir para conocer el grado o nivel de su implicación en el mercado de trabajo y la necesidad de proceder a su regulación.

#### 4. LAS PLATAFORMAS VIRTUALES Y LA INTERMEDIACIÓN

En el ámbito de la tecnología la plataforma virtual se define como “un sistema que permite la ejecución de diversas aplicaciones bajo un mismo entorno, dando a los usuarios la posibilidad de acceder a ellas a través de internet”<sup>515</sup>. Cuando este entorno es el mercado de trabajo, lo realmente importante es el papel que desempeñan las nuevas tecnologías sobre sus tres pilares básicos, la demanda, la oferta y las instituciones que lo regulan<sup>516</sup> y dado que una de sus principales características “es que facilitan el tratamiento y la difusión de la información, éstas también han contribuido a facilitar el emparejamiento entre desempleados y puestos de trabajo vacantes”<sup>517</sup>.

Las Tics han alterado la forma de organización del mercado laboral y las normas de incorporación de la mano de obra al sistema productivo<sup>518</sup>. De entre los distintos efectos que genera esta situación, se aduce la reducción de costes asociados a la búsqueda de empleo como uno de los más relevantes y la mejora en su eficacia de la intermediación laboral<sup>519</sup>. La utilización de las Tics como herramientas de búsqueda de empleo añade un dinamismo a una posible intermediación laboral de la que carecen los sistemas tradicionales afectando muy directamente a los procesos y procedimientos de desarrollo propios de la intermediación<sup>520</sup> y del resto de actividades propias del proceso de colocación.

<sup>515</sup> <http://definicion.de/plataforma-virtual>.

<sup>516</sup> HERCE SAN MIGUEL, J.A.: Prólogo del libro, en AA.VV.: Nuevas tecnologías, nuevos mercados de trabajo, Fundación SEPI, ed. Mundi-Prensa, Madrid 2008, p. 9.

<sup>517</sup> GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, J.F.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo” op. cit. p. 15.

<sup>518</sup> PÉREZ GARCÍA, J., PULIDO SAN ROMÁN, A.: Mercado de trabajo y tecnologías de la información op. cit., pág 18.

<sup>519</sup> TULLINI, P.: C’e lavoro sul web? Rvta. Labour&Law Issues, vol. 1, n° 1, 2015, pp. 5-6; ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: La intermediación laboral como instrumento..., op. cit., p., 235; GARCÍA GARCÍA, E., MAROTO ILLERA, R., PÉREZ BERMEJO, F., JIMENO SERRANO, J.F.: “Nuevas tecnologías y mercado de trabajo”, op. cit. p. 15.

<sup>520</sup> Siguiendo las reflexiones de los distintos informes realizados por la OIT justificativos, entre otros, del Informe que prepara la Oficina de la Organización, para la Conferencia de 1997, donde se adopta el convenio 181, el suministro de información sobre la oferta y la demanda contribuye a la transparencia del mercado de trabajo, facilitando



No se puede negar la ingente cantidad de datos que internet posee de cada uno de nosotros, todos ellos extraídos de la información que directa, indirectamente, voluntaria o involuntariamente facilitamos a la Red y que puede ser utilizada para realizar un perfil sobre nosotros cuando una empresa busca candidatos. Esta actividad, aunque con una mayor complejidad, no difiere de la solicitud tradicional de “referencias” sobre la aptitud y actitud de un trabajador, escapando por tanto al interés del derecho<sup>521</sup>.

La realidad, sin embargo, es mucho más compleja, no se trata solo de la búsqueda de datos. Estos en sí mismos no son inteligentes, ni dinámicos, es necesario filtrar la información con la que contamos para poder responder a las preguntas que se formulan, pasando del denominado *big data* al *Smart data*<sup>522</sup>. No se trata solo de acumular información sino de darle un tratamiento inteligente para lo consecución de un fin. Pese a lo abstracto del concepto, la disciplina del *Smart data* está pensada para alcanzar resultados concretos a partir de la resolución de problemas también concretos<sup>523</sup>. Por lo que, cuando estos datos son recepcionados, filtrados, tratados o gestionados en una plataforma o red social con el propósito de relacionar a su titular, demandante de empleo, con empresas o contactos profesionales que pudieran estar interesados en ellos o, a la inversa esta intervención se aproxima más a la figura de un mediador que a la de un mero instrumento que facilita o posibilita un contacto profesional. El hecho que el manejo de todos estos datos se realice aparentemente de forma automática no significa que detrás de cada plataforma, red o algoritmo realizado no haya profesionales que los creen, desarrollen y den soporte a estas nuevas tecnologías<sup>524</sup>. Ha-

---

el cumplimiento de los objetivos de la intermediación, LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La Intermediación en el mercado..., op. cit., p. 157; FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, op. cit.

<sup>521</sup> “Por ejemplo en el sector de recursos humanos las compañías pueden conocer mucho más sobre los candidatos a un puesto gracias a los datos que ofrecen sus redes sociales”, [http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento\\_digital/1478535225\\_341110.html](http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html)

<sup>522</sup> “La acumulación de datos o “el big data gravita sobre cuatro uves (el volumen de datos, la velocidad con la que se toman y transfieren, la variedad de fuentes y la veracidad), el smart data añade una uve más: el valor que producen para tomar decisiones y ejecutar acciones en consecuencia”, explica ESTEBAN GARCÍA-CUESTA, director del máster de Big Data Analytics de la Universidad Europea de Madrid, [http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento\\_digital/1478535225\\_341110.html](http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html)

<sup>523</sup> “En el smart data lo primero no es recopilar información, ni poner el foco en la tecnología, sino enfocarse en resolver el problema. Es una disciplina pensada desde el primer momento para alcanzar resultados concretos”. [http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento\\_digital/1478535225\\_341110.html](http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html)

<sup>524</sup> PÉREZ GARCÍA, J., PULIDO SAN ROMÁN, A.: Mercado de trabajo y tecnologías de la información...” op. cit., p. 21.



cen falta personas que hagan brotar los *Smart* de los *data* para garantizar criterios de calidad y eficiencia<sup>525</sup>, es decir, de gestionar los recursos de los que se disponen para la consecución de un determinado fin.

La intermediación va más allá de contar con la información suficiente para hacerla efectiva. Pese a su aparente sencillez casar una oferta concreta con un perfil determinado de un trabajador no es tarea fácil siendo el resultado de esta acción, realizada por un mediador, el que la define. Y este es uno de sus problemas fundamentales: identificar la figura del mediador. Cuando se habla de la intervención de un tercero en el proceso de intermediación pensamos en una persona física, sin embargo, esta creencia queda superada, en la mayor parte de las ocasiones, por la realidad virtual. Como se ha dicho la cantidad de datos, voluntarios o no, que todos introducimos en internet hace que, mediante incontables algoritmos y métodos de análisis, pueda extraerse un perfil de cada uno de nosotros bastante certero. Si esa utilidad se concentra en el ámbito profesional, la adecuación de un puesto de trabajo a las características de uno o varios trabajadores podrá realizarse en fracciones de segundo<sup>526</sup>, lo que no implica que la actividad de intermediación desaparezca, pero sí la forma de entenderla y su relevancia como elemento central e identificativo de la calificación jurídica de los agentes que intervienen en el mercado de trabajo<sup>527</sup>.

La ausencia de límites territoriales en la utilización de plataformas virtuales no significa que no hayan de someterse al ordenamiento jurídico interno del país donde, regularmente o no, realicen su actividad, pero tampoco que afecte a su naturaleza jurídica que en ningún caso se verá alterada por realizarse a través de internet<sup>528</sup>.

<sup>525</sup> “Aunque con los avances que está habiendo en Inteligencia Artificial las herramientas van a ser cada vez más sencillas de manejar a un nivel técnico y probablemente lo que se necesite entonces sea gente que sepa hacer las preguntas pertinentes, como psicólogos o filósofos”, concluye el experto. Mentas que hagan brotar lo smart de los data.” [http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento\\_digital/1478535225\\_341110.html](http://elpais.com/elpais/2016/11/07/talento_digital/1478535225_341110.html)

<sup>526</sup> En el informe saliente de la 81 reunión de la Conferencia de la OIT en la que se determina la necesidad de modificar el Convenio 96 ya se vislumbra el papel que las TICs van a desempeñar en el mercado de trabajo, entendiendo que a “raíz del desarrollo de sistemas de difusión por mensajería informática y por teletexto, algunas agencias se especializan en la utilización de ordenadores para crear bancos de datos relativos a las ofertas de empleo y a los postulantes”, las nuevas tecnologías irán “suplantando los métodos tradicionales”, FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, op. cit.

<sup>527</sup> El mercado de trabajo actual también está alterando la comprensión tradicional del papel y del funcionamiento de los Servicios Públicos de Empleo desplazando la intermediación del centro de su actividad en CALVO GALLEGO, FJ., RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: Colocación y servicios de empleo..., op. cit. p. 12.

<sup>528</sup> SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., p. 252.

El carácter poliédrico de las plataformas digitales, en general, y de las relacionadas con el empleo, en particular, necesitan para su contextualización jurídica o no, la identificación previa de la existencia de conceptos básicos integradores de la colocación.

## 5. EL MERCADO DE TRABAJO Y SUS OTROS AGENTES

De la multitud de sujetos públicos o privados que intervienen en el mercado de trabajo a través de la Red de Internet<sup>529</sup>, solo nos van a interesar aquellos que, al menos formalmente, no forman parte de ese mercado, bien porque no se ajustan a los parámetros legales o porque su objetivo principal son las relaciones y la búsqueda de contactos y no la de empleo. Dentro de los primeros y, en nuestro ordenamiento jurídico, las empresas de selección o los portales de empleo son un claro ejemplo del mismo y dentro de los segundos las redes sociales y en concreto las autodenominadas profesionales serían otro.

El papel que desempeñan las empresas de selección<sup>530</sup> a través de internet, al menos en apariencia, podríamos denominarlo “tradicional”. Sus elementos definitorios no van a verse alterados, por el hecho de desarrollar su actividad virtualmente, encontrándose con los mismos problemas identificativos en su proximidad a la intermediación<sup>531</sup>. Se trata de empresas que actúan “bajo el principio de libre iniciativa económica y de competencia mercantil”<sup>532</sup>, práctica consolidada por el derecho internacional y el ordenamiento comunitario<sup>533</sup> y que tienen como “misión fundamental la de satisfacer las necesidades de determinadas empresas en un mercado de trabajo altamente especializado. Su intención no es la de conseguir y ayudar a un trabajador a buscar un empleo sin más, sino la de facilitar a la empresa-cliente pretendientes que se adecuen al perfil del puesto de trabajo”<sup>534</sup>, para

<sup>529</sup> DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web...”, op. cit. p. 435.

<sup>530</sup> Sobre su clasificación y régimen jurídico, SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit., pp. 220-223.

<sup>531</sup> El análisis que normalmente se hace sobre estas empresas versa sobre la licitud o no de su actuación, en SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo..., op. cit. pp. 218-219 y su ausencia de regulación en, ALARCÓN CASTELLANOS, M.M.: La Intermediación Laboral como un instrumento eficaz..., op. cit., pp., 168 y 171.

<sup>532</sup> SERRANO FALCÓN, C.: Servicios públicos de empleo e intermediación..., op. cit. p. 469.

<sup>533</sup> STJCE, de 23 de abril de 1991, Asunto C- 41/1990 TJCE, Hofnery Elsecaseo y STJUE, de 11 de diciembre de 1997, Asunto C-55/96, Job Centre coop.arl.

<sup>534</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado de trabajo, ed. Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2003, pp. 87-89; SERRANO FALCÓN, C.:

ello pueden buscar los candidatos entre sus propias bases de datos o fuera de ellas.

Dirimir la posición de las empresas de selección dentro de internet como elemento excluyente de su consideración como intermediarios en el mercado de trabajo, resulta muy difícil toda vez que la Red facilita la existencia de bases de datos que permiten acercarla a esta actividad. Si tradicionalmente estas empresas son contratadas directamente por una empresa para que les facilite los candidatos más idóneos a sus necesidades, cada vez con más frecuencia esta oferta es subida a internet por la propia empresa de selección a la que da respuesta con candidatos de su base de datos<sup>535</sup>, por lo que siempre habrá que estar al caso concreto para determinar si realmente actúa o no como empresa de selección. Disyuntiva que aún se hace más difícil de solucionar en nuestro derecho interno toda vez que este papel también le es atribuido a las agencias de colocación, por tratarse de una actuación relacionada con la búsqueda de empleo<sup>536</sup>.

Junto a estas empresas también podemos encontrarnos con portales de empleo que funcionan como meros transmisores de información de las ofertas y demandas existentes sin que se les haya practicado ningún tipo de filtro o éste sea mínimo como, por ejemplo, una clasificación genérica por sectores de producción. El problema fundamental de estos portales radica, principalmente, en la cantidad de información que puede emitir y en la dificultad de seleccionar lo que realmente pueda interesarle al demandante u oferente de empleo. Una variedad de estos portales que simplifica de forma considerable cualquier búsqueda relacionada con la oferta o la demanda son los denominados metabuscadores<sup>537</sup>, se trata de unas webs que se encargan de seleccionar todas

---

Servicios públicos de empleo..., op. cit., p. 224; SERRANO FALCÓN, c.: "Colocación e intermediación: el modelo legal..." op. cit., p. 473; conceptualmente a través de la intermediación las empresas eligen directamente al candidato, en la selección la empresa lo elige para ofrecérselo a la empresa-cliente, SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., pp. 218-222.

<sup>535</sup> BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 197.

<sup>536</sup> Artículo 33.1 del TRLE, "Asimismo, podrán desarrollar actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo, tales como orientación e información profesional, y con la selección de personal". LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: "Mercado de Trabajo e Intermediación Laboral" ..., op. cit., p. 50.

<sup>537</sup> Son motores de búsqueda que generalmente, no cuentan con una base de datos propia, sino que reflejan datos que ofrecen otras páginas. "Se trata de una web que agrupa las ofertas de trabajo de otras páginas sin necesidad de ir mirando una por una. De este modo la cantidad de tiempo que se dedica a ver las ofertas de empleo publicadas se ve reducida". <http://www.citapreviainem.es/metabuscadores-de-empleo/>; En un ranking de metabuscadores realizado en 2015, los cinco metabuscadores más votados

las ofertas que hay en la red y que, a partir de un simple tratamiento de datos, en función del interés manifestado por el demandante, facilita su acceso por un solo camino, realmente es un portal de portales<sup>538</sup> que se limita a simplificar la búsqueda en materia de empleo.

Esta actividad, sin embargo, se transforma cuando se incrementa su complejidad, es decir, cuando estas webs cuentan con suficientes datos para la elección de candidatos o la búsqueda de empleo a través de ella<sup>539</sup>, de tal forma que con la aplicación de determinadas operaciones matemáticas identifican perfiles concretos y facilitan los datos de contacto. Por tanto, y aunque siempre hay que estar al caso concreto, se trataría de una actividad que va más allá de la simple notificación de la existencia de un potencial contratante<sup>540</sup> encontrándonos más próximos a alguna de las actividades propias de la colocación que a una mera información.

Un ejemplo de esta realidad son las redes sociales, sobre todo las de carácter profesional en las que, cada vez con más frecuencia, se utilizan para la búsqueda de empleo. Internet se ha convertido en un escaparate en el que hay que estar. Cualquier persona o profesional que busque un puesto de trabajo u ocupación ha de posicionarse en la red, lo que se consigue participando y compartiendo<sup>541</sup> sus competencias, capacidades y habilidades. Las redes sociales están alterando el proceso normal de la búsqueda de empleo tanto para las empresas como para los demandantes de empleo.

Lo primero que puede llegar a generar confusión sobre su papel en el mercado de trabajo es su propia denominación. Lo que entendemos como “redes sociales” son en realidad una web creada para prestar un servicio bajo una estructura de red social, en la que “sus usuarios, personas, organizaciones u otras entidades, puedan conectar e interactuar entre ellos”<sup>542</sup>. En definitiva, se trata de crear una red clientelar que se va extendiendo en progresión geométrica con los contactos que

---

fueron, por este orden a: Jobatus, Indeed, Opcionempleo, Mitula y Jobrapido <http://listas.20minutos.es/lista/los-mejores-metabuscadores-de-empleo-de-espana-400452>

<sup>538</sup> Son solo bancos de datos informáticos que transmiten información, en LÁZARO SÁNCHEZ, J.L.: La intermediación en el mercado de trabajo, op. cit., p. 104; BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 197.

<sup>539</sup> FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: “La intermediación laboral virtual”, op. cit.

<sup>540</sup> ALARCÓN CASTELLANOS, MM.: La Intermediación Laboral como Instrumento..., op. cit., p. 238.

<sup>541</sup> BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 235.

<sup>542</sup> BRITO ÁLVARO, E.: Como encontrar trabajo..., op. cit., p. 233.

sus miembros hacen o los que el sistema genera automáticamente. Y en la que el empleo es solo una “pestaña” más entre su numerosa oferta de opciones que faciliten esas relaciones.

A través de estos contactos el empresario, en su papel tradicional de oferente, buscará al trabajador más idóneo a sus necesidades entre toda la información que aparece recogida en la red y que puede ser o no de carácter laboral, siendo sus propios departamentos de recursos humanos los que hayan de valorar esta información. Estas nuevas relaciones también pueden alterar la posición del trabajador convirtiéndolo en sujeto activo en la búsqueda de empleo, es decir, no se trata de facilitar un Curriculum o demostrar unas competencias o capacidades, sino que además es el propio trabajador el que ofrece directamente sus servicios, porque conoce las necesidades de la empresa y los perfiles que demanda o, sencillamente al interesarse por la empresa, su actitud le genera esa necesidad. Cuando estas relaciones, en un sentido u otro, se producen a través de contactos directos entre los interesados, sin más mediación que la de servir de soporte a esta relación, la red social actúa como tal.

Al tratarse de redes sociales de carácter profesional parece deducirse que todos sus usuarios tendrán esta consideración y que las relaciones que en ella se desarrollen se harán en este plano<sup>543</sup>. Es decir, se trataría de “personas que practican habitualmente una profesión de la cual viven”<sup>544</sup> y que generalmente la ejercen por cuenta propia. No obstante, el carácter profesional de estas redes sociales hay que entenderlo como un concepto inclusivo en el que lo realmente importante son las competencias o habilidades que una persona posee o puede acreditar, con independencia de si las ha obtenido a través de su experiencia laboral, profesional o de vías formales o no de formación<sup>545</sup> y que le per-

<sup>543</sup> En la concepción de esta idea se encuentra el desarrollo que la economía colaborativa está teniendo en internet y su utilización interesada por la economía de mercado para establecer diferencias, en muchos casos inexistentes, entre actividad profesional y no profesional, SIERRA BENÍTEZ, EM.: “Los conductores de vehículos privados de Uberpop: una nueva situación de anomia laboral” en AA.VV.: El derecho del trabajo y la seguridad social en la encrucijada: retos para la disciplina laboral, ed. Laborum, Murcia 2016, p. 253.

<sup>544</sup> Concepto dado por la RALE en su tercera acepción de “profesional”.

<sup>545</sup> Real Decreto 1224/2009, de 17 de julio, de reconocimiento de las competencias profesionales adquiridas por experiencia laboral (BOE 25/08/2009); AGUILAR DEL CASTILLO, MC.: “La visibilidad de la experiencia laboral” en MORALES ORTEGA, J:M (Coord.): El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos, ed. Laborum, 2016, pp. 181-182.

mite desarrollar con plena capacidad una actividad remunerada por cuenta propia o ajena.

Las redes sociales profesionales se centran en multitud de tareas, entre la que se encuentra la relativa al empleo, actividad que adquiere carácter de habitualidad<sup>546</sup> cuando gran parte de sus usuarios lo convierten en el objetivo central de su pertenencia a la misma. A diferencia de los portales de empleo, las redes sociales no suelen anunciar sus ofertas de trabajo de forma indiscriminada<sup>547</sup> o, al menos, no lo hacen con la publicidad propia de aquellos. Los usuarios demandantes de empleo no van a tener acceso a sus bases de datos sino solo a aquellas ofertas que, en función de su perfil, considera el propio sistema que responden mejor a sus exigencias. Por lo tanto, solo tendrán conocimiento de su existencia tras superar el filtro que la propia red prevea<sup>548</sup> sin que el demandante de empleo conozca los parámetros del mismo. Al gestionar y relacionar las ofertas y demandas los sujetos se sitúan en una posición bidireccional en la que el demandante de empleo va a aparecer tanto como sujeto pasivo como activo en su búsqueda de empleo. Pasivo porque es el propio sistema el que le facilita información sobre todas las ofertas disponibles que se ajustan a su perfil y activo porque a partir de ese conocimiento será el demandante de empleo el que tome la iniciativa para dirigirse a la/s empresa/s que considere responden mejor a sus intereses. Por otro lado, las empresas oferentes también reciben la misma información sobre el trabajador pudiendo o no tomar directamente la iniciativa para establecer el contacto en función de los datos recibidos. En estos supuestos la red social no solo es el vehículo que facilita y permite el conocimiento entre las partes, sino que también lo gestiona. Es la gestión de estos datos lo que nos hace plantearnos la pregunta sobre la calificación jurídica de las redes sociales cuando intervienen directamente en las relaciones entre oferta y demanda que se generan en el mercado de trabajo.

---

CALVO GALLEGO, FJ.: “Los mayores en el nuevo derecho del empleo” ..., op. cit. pp. 341-349, 409; CAMAS RODA, F.: “La edad y la formación para el empleo. Especial referencia a la estrategia de aprendizaje permanente en el ámbito europeo y español” en CABEZA PEREIRO, J, BALLESTER PASTOR, MA. y FERNÁNDEZ PRIETO, M. (Directores): La relevancia de la edad en la relación laboral y de seguridad social, ed. Aranzadi S.A, Navarra, 2009, pp. 321-329.

<sup>546</sup> La habitualidad es una de las características que integran el concepto de intermediación laboral, LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 121.

<sup>547</sup> Algunas redes sociales sí crean plataformas de empleo donde solo se recogen ofertas de trabajo como LinkedIn Jobs <https://es.linkedin.com/jobs/view-all>

<sup>548</sup> LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: La intermediación en el mercado..., op. cit., p. 109.

## **6. LAS REDES SOCIALES PROFESIONALES COMO EMPRESAS PRIVADAS DE EMPLEO, ENTRE SU CALIFICACIÓN JURÍDICA FORMAL Y MATERIAL**

Resulta innegable la participación de las redes sociales profesionales en el mercado de trabajo, así como la ausencia de límites territoriales en el desarrollo de su actividad. La conjunción de ambas realidades dificulta de forma considerable su calificación jurídica, por cuanto que son los distintos ordenamientos jurídicos quienes la definen. No obstante, la internacionalización de su actividad y la aplicación del principio de jerarquía normativa permiten sustraernos de los derechos internos en favor del derecho comunitario e internacional.

Comenzando por el ámbito jurídico menos normado, el derecho comunitario, su consideración como empresa privada de empleo dependerá de la regulación jurídica del Estado miembro donde desarrolle su actividad, de tal forma que en nuestro País solo tendrán esa consideración aquellas que tengan por objeto el desarrollo de funciones de intermediación. En el resto de supuestos estas entidades serán calificadas como “empresas” en el momento en el que participan en un mercado, aunque sea el de trabajo realizando alguna de las actividades propias del mismo, sin estar sujetas a más exigencias que las derivadas del respeto a la libre circulación y a las reglas de la libre competencia<sup>549</sup>.

Una segunda interpretación sobre su calificación o no como empresa privada de empleo hay que buscarla en el derecho internacional, en concreto en alguno de los supuestos previstos en el Convenio 181 OIT. En este caso resulta difícil subsumir a una red social como instrumento de relaciones en alguno de sus supuestos, sin embargo, cuando su intervención fomenta las posibilidades reales de colocación de sus usuarios desde el acercamiento entre oferta y demanda, favorece una opinión contraria. No obstante, y a diferencia de lo que ocurre en la normativa comunitaria, el Convenio 181 exige que para tener la consideración de empresas privadas de colocación y poder actuar como tales, la autorización se convierte en requisito constitutivo de la misma.

A tenor de lo dicho la posibilidad de calificar como empresa privada de empleo a una red social puede llegar a ser cuestionable. Sin embargo, como se ha repetido en diversas ocasiones a lo largo de este trabajo, no se trata de aplicar un determinado régimen jurídico que en, alguno de los supuestos, pocas o ningunas consecuencias jurídicas va a tener sobre su incumplimiento, cuanto analizar si una actividad como la que

<sup>549</sup> RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: La intermediación en el mercado de trabajo..., op. cit., pp. 339-343.



desarrollan estas redes sociales coincide o no con la prevista normativamente.

La falta de amparo jurídico interno de las redes sociales las acerca, en la prestación de sus servicios relacionados con la empleabilidad de sus usuarios y en su actividad de información sobre la búsqueda de empleo, al tercero de los supuestos previstos en el Convenio 181 en el que, por la amplitud y flexibilidad de su casuística, favorece su inclusión en el concepto de empresas privadas de empleo<sup>550</sup>, pero también la limitación de su conducta solo a la aplicación de Códigos Deontológicos<sup>551</sup> como los previstos en la de la Recomendación número 188 de la OIT<sup>552</sup> que lo desarrolla.

La inclusión de la actividad de las redes sociales en los otros dos supuestos es más cuestionable, aunque su dificultad obedece más a la falta de elementos definitorios tradicionales que a su integración en uno de sus determinados conceptos. Obviando la posibilidad de desarrollar funciones de interposición en el mercado de trabajo, cuya trascendencia jurídica en nuestro país puede conllevar, incluso responsabilidad penal, nos vamos a centrar solo en el primero de ellos, es decir, en la posibilidad de que desarrollen funciones de intermediación, entendiéndola siempre desde su constatación material y no formal de la misma.

### 6.1. LA REALIDAD VIRTUAL EN EL CONTACTO ENTRE OFERTA Y DEMANDA

La puesta en contacto entre oferta y demanda como finalidad de la intermediación es el resultado de la suma de un conjunto de actividades que lo completan<sup>553</sup>, no siendo siempre fácil identificar las fases preparatorias del proceso de colocación en las redes sociales.

Se están realizando actividades propias de la intermediación desde el momento en el que el usuario introduce sus datos identificativos, su formación, especialidad o profesión y a partir de ellos se generan otros nuevos a solicitud de la web. Datos que se van a ir expandiendo como

<sup>550</sup> En este sentido, DONINI, A.: "Mercato del lavoro sul web...", op. cit., p. 437; LÁZARO SÁNCHEZ, JL.: "Mercado de Trabajo e Intermediación Laboral", op. cit.

<sup>551</sup> SERRANO FALCÓN, C.: Servicios Públicos de Empleo..., op. cit., p. 217.

<sup>552</sup> Recomendación 188 sobre las agencias de empleo privadas adoptada en la 85<sup>a</sup> reunión celebrada en Ginebra, el 19 de junio de 1997. Disposición 2.2 "Cuando sea conveniente, la legislación nacional aplicable a las agencias de empleo privadas debería completarse con normas técnicas, directrices, códigos de deontología, procedimientos de autocontrol o por otros medios que sean conformes a la práctica nacional".

<sup>553</sup> Artículo 2 del RD 1796/2010, son actuaciones relacionadas con la búsqueda de empleo la orientación, la información profesional y la selección de personal.



en un árbol de decisiones y que van a ser analizados, procesados y valorados a través de una aplicación matemática. Se trata de un algoritmo, generalmente único, con innumerables variables que permite otorgar un valor determinado a cada uno de los datos que se le someten y que será igual para todos los usuarios que posean esa cualidad, competencias, capacitación, formación o cualquier otra circunstancia personal o profesional evaluable.

La suma de todos estos datos va a configurar un determinado perfil profesional del usuario sobre el que la propia red va a actuar en función de las ofertas de trabajo de que dispone. La preferencia de un candidato sobre otro dependerá de las características del puesto de trabajo que se ofrezca, siendo la propia oferta quien las defina. El sistema, a partir de ellas, será quien elija y pondere el resultado final a través de la suma de los valores que inicialmente atribuyó a un conjunto de datos objetivamente individualizados y atribuibles al sujeto. La idoneidad del candidato vendrá dada por un determinado perfil, que podrá coincidir con el inicialmente atribuido al usuario y que es el resultado de una valoración subjetiva condicionada por las exigencias de la oferta de trabajo<sup>554</sup>, pudiéndose atribuir perfiles diferentes en función de las distintas necesidades que se generen.

Quién o como se realice esta valoración no afecta a la existencia de una intervención activa, como tampoco lo hace la traslación de los resultados obtenidos a las partes interesadas, oferente y demandante. La participación de las redes sociales profesionales en el mercado de trabajo es una realidad desde el momento en el que todo lo que rodea a uno de sus usuarios puede convertirse en datos matemáticamente analizables, cuyo resultado puede llegar a predecir comportamientos y definir capacidades y aptitudes para el desarrollo de una determinada actividad.

A diferencia de las webs que realizan una mera transmisión de información, las redes sociales profesionales además de tener conocimiento del número y cualidades de los demandantes que entran en relación con el oferente<sup>555</sup>, gestionan los datos y determinan su nivel de com-

<sup>554</sup> No se trata solo de cuantificar los conocimientos acreditados, sino que el sistema ha de interpretarlos para dar respuesta al perfil solicitado. Las nuevas formas de trabajo reclaman unas cualidades en los sujetos que difícilmente pueden valorarse objetivamente, en CALVO GALLEGU, FJ.: "Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo", Rvta. Creatividad y Sociedad, nº 26, dic.2016, p. 210.

<sup>555</sup> FONS TORRES, J., NAVARRO DOMENICHELLI, R., BOIX CUENCA, A.: "La intermediación laboral virtual", op. cit.; ALARCÓN CASTELLANOS, MM.: La Intermediación Laboral como un Instrumento eficaz..., op. cit., p. 238.

plementariedad, resultado que comunica a ambos sujetos a través de su propia web o cualquier otro medio de comunicación como emails, *wahtsapp* o mensajes a móviles<sup>556</sup>.

La forma en la que se facilita el contacto entre oferta y demanda es la que plantea problemas interpretativos sobre si se realiza o no una labor de intermediación, por entenderse que, en la relación virtual, solo se facilitan los datos de contacto dejando a la voluntad de las partes establecerlo. Esto es cierto, pero también lo es que no solo se facilita esta identificación, sino que se personaliza en función de la oferta requerida. Cuando una empresa busca candidatos para un determinado puesto de trabajo, resulta difícil entender que no va a ponerse en contacto con ellos cuando la propia plataforma tras elegirlos, facilita todos los datos que le hacen compatible con la oferta y todos los necesarios para promover su encuentro físico o virtual.

Creemos conveniente incluir la figura del mediador virtual, por entender que toda la labor identificativa previa no solo forma parte de la intermediación, sino que la concluye. En la mediación tradicional se concierta una entrevista y se envía al candidato, con la intermediación virtual el resultado es el mismo, pero la puesta en contacto la genera el propio sistema cuando busca perfiles concretos y no generales para una oferta individualizada y facilita la información necesaria para realizarla. Por otro lado, la utilización de las nuevas tecnologías para facilitar el contacto, es mucho más eficaz y responde mejor a la disponibilidad de las partes para celebrarlo. Conocimiento y rapidez que favorece la eficacia de la gestión y el dinamismo en el mercado de trabajo, pero que también necesita de un sistema de control adecuado que garantice los derechos de los sujetos intervinientes y la transparencia en la gestión de los datos. El mercado de trabajo no puede ignorar esta realidad, porque solo se puede controlar aquello que existe.

## 6.2. LINKEDIN COMO REALIDAD EMPÍRICA

De entre las distintas redes sociales de carácter profesional LinkedIn es sin duda una de las más importantes, calificándose ella misma como

<sup>556</sup> FERNÁNDEZ GARRIDO, J.: “Los retos de los Servicios Públicos de Empleo. Una visión externa” Rvta. Trabajo, n° 24, 2011, p. 114. Sobre las inercias analíticas de los datos que provocan efectos negativos en el mercado de trabajo y en las políticas de empleo, TEZANOS, JF.: El trabajo perdido. ¿Hacia una civilización postlaboral? Ed. Biblioteca Nueva, Madrid 2001, pp. 52 y ss.

“la mayor red profesional del mundo”<sup>557</sup>. En su concepto de profesional incluye a todos sus usuarios en función de su capacidad y competencias con independencia de si ha realizado alguna vez una actividad profesional, si lo ha hecho por cuenta propia o ajena o si en la actualidad está trabajando o desempleado.

Plantear la posibilidad de que esté realizando una actividad de colocación obedece a la importancia que tienen en la conclusión de relaciones profesionales lucrativas y de contratos de trabajo, a través de contactos entre sus usuarios<sup>558</sup>.

Es evidente que las relaciones profesionales y laborales que se generan a través de esta red influyen en la empleabilidad de los sujetos que la integran. Pero también lo es, que, entre sus distintas opciones de actividad, la búsqueda de empleo sea una de ellas. Referirse a esta red social es abrir la puerta a posibilidades de trabajo. Como ya hemos mencionado anteriormente cuando estas relaciones surgen por los contactos que la propia red favorece, sin más intervención que una afinidad profesional, esta intervención tiene poca o nula relevancia jurídica. No obstante, cuando se accede con la intención de clicar en la pestaña de empleo que figura en su página de inicio, se acerca más a las actividades propias de la colocación, facilitando al usuario, en función del perfil que le atribuye, distintas soluciones formativas, que la misma plataforma ofrece u orientaciones para mejorar su perfil.

La diferencia con el sistema tradicional de mediación es la inmediatez en la que se produce esta relación y conexión entre los datos, característica, no por repetida, menos cierta de la propia Red.

Solo a título de ejemplo y sin entrar a valorar la oportunidad de su gratuidad en la prestación de alguno de sus servicios y teniendo en cuenta el sentido amplio del término “profesional” la propia red social anuncia entre sus novedades para el año 2017 una plataforma mucho más potente y renovada, frente a la anterior *Premium*, sería la *Premium Career* para los profesionales y *Business* para las empresas<sup>559</sup>. La primera ofrece, entre sus ventajas, un acceso ilimitado a la formación ayudando a los usuarios “a identificar sus habilidades para avanzar” en su carrera profesional o mejorar su “marca” para conseguir un em-

<sup>557</sup> <https://es.linkedin.com/>. Solo nos interesa LinkedIn como red social y no su vertiente LinkedIn jobs, <https://es.linkedin.com/jobs/view-all> que actúa como plataforma de empleo, donde solo se recogen ofertas de trabajo.

<sup>558</sup> Sobre algunos elementos identificativos de esta red social en DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web...”, op. cit., p. 442.

<sup>559</sup> <http://www.trecebits.com/2017/02/10/las-novedades-incorpora-linkedin-premium/>

pleo. También facilita información detallada sobre las características del puesto de trabajo y de la compañía a la que se opta, incluido el salario que se ofrece y la existencia de otros puestos de trabajo dentro de la misma, aunque no coincidan plenamente con su perfil.

Respecto a la opción *Business* para las empresas la elección de un candidato puede hacerse solicitando información sobre alguien que se conoce o buscarlo a través de un perfil determinado, siendo suficiente para que la plataforma vuelque toda la información de que dispone sobre los posibles candidatos incluir palabras claves como ubicación o profesión. Esta elección se hace a través de un filtrado de datos, mejorado en esta nueva aplicación, en el que se combinan variables como sectores, idiomas, empresa actual, empresa anterior, formación o nivel de educación, entre otros muchos.

En cualquiera de los supuestos y, según la propia compañía LikedIn, el acceso a esta nueva plataforma no solo facilita al empresario la búsqueda de los candidatos más idóneos a su oferta de trabajo sino también sus datos de contacto para enviarles un email. La diferencia de esta actividad con la de intermediación es quién envía el mensaje. Duda que desaparece si se accede a estos candidatos a través de la herramienta *Recruiter Lite*, que permite “encontrar con mayor rapidez a los candidatos pasivos más relevantes y contactarlos directamente mediante un mensaje *InMail*, incluso si no se conocen”.

Su calificación como agencia privada de colocación, puede resultar excesiva para nuestro derecho interno, toda vez que el legislador es muy restrictivo en su identificación, no obstante, es difícil cuestionar su participación en el mercado de trabajo como sujeto de intermediación laboral, al menos en el desarrollo de alguna de sus actividades.

## 7. EFECTOS DE LA INDIFERENCIA CONSCIENTE DE UNA REALIDAD

No puede entenderse ninguna Estrategia sobre empleo si no es desde la premisa del reconocimiento de todos los agentes que intervienen o tienen capacidad real de hacerlo en el mercado de trabajo. La Estrategia Española de Activación para el Empleo 2014-2016 aprobada en el marco de la Estrategia Europa 2020<sup>560</sup>, así lo pone de manifiesto,

<sup>560</sup> Comunicación de la Comisión denominada «Europa 2020: Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador» [COM(2010) 2020 de 3.3.2010] aplicada en el marco del semestre europeo a través de orientaciones de política económica de los países de la UE y la UE (Recomendación del Consejo (UE) 2015/1184) y de orientaciones para la política de empleo de los países de la UE (Decisión del Con-

cuando prevé como objetivo global “la coordinación, para identificar y canalizar de forma ordenada los esfuerzos que realizan los distintos agentes del sistema para mejorar la eficacia y eficiencia de las políticas a favor de la activación para el empleo”. Entendiendo que todas aquellas actuaciones que se ajusten a alguno de los objetivos estructurales<sup>561</sup> previstos en la Estrategia deberán ser consideradas integrantes de la política activa de empleo o de intermediación laboral<sup>562</sup>. La falta de reconocimiento de las redes sociales profesionales como agentes del sistema implica tanto la ignorancia de su actividad, como de sus efectos sobre la exigida eficacia y eficiencia de la política de empleo y la calidad del servicio público que presta.

La importancia de estas webs en el mercado de trabajo es una realidad innegable que precisa de unos mínimos normativos exigibles para el ejercicio de su actividad<sup>563</sup>. La complejidad de su regulación, entre otras razones, por sus propias estructuras orgánicas, diversidad de objetivos o por su, prácticamente, ilimitado ámbito territorial hace que sea el derecho internacional o, en su caso comunitario los que, a falta

---

sejo (UE) 2015/1848). Para España la Recomendación del Consejo, para el segundo semestre, de 12 de julio de 2016 relativa al Programa Nacional de Reformas de 2016 de España y por la que se emite un dictamen del Consejo sobre el Programa de Estabilidad de 2016 de España (2016/C 299/02) <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=URISERV%3Aem0028>; MULAS GRANADO, C. y FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, R; “El Empleo en España Frente al Reto de la Estrategia 2020”. Cuadernos del Mercado de Trabajo nº 6/2011, pp. 12-13.

<sup>561</sup> “Los objetivos estructurales, tienen naturaleza estable, por lo que precisan políticas y actividades que se mantengan en el tiempo y que, dependiendo de las circunstancias del mercado, requerirán mayor o menor atención en momentos determinados, pero difícilmente se van a interrumpir por completo”. Estos objetivos se estructuran en 6 grandes Ejes: orientación, formación, oportunidades de empleo, igualdad de oportunidades en el acceso al empleo, emprendimiento y mejora del marco institucional del Sistema Nacional de Empleo. Todos estos objetivos serán desarrollados de forma mucho más intensa a través de la definición de los objetivos estratégicos o prioritarios que les afecten. [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/publicaciones/pdf/pdf\\_empleo/estrategia\\_14\\_16.pdf](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/estrategia_14_16.pdf)

<sup>562</sup> “Una actuación que no se ajuste a ningún objetivo estructural no podrá ser considerada de política activa de empleo o de intermediación laboral” [https://www.sepe.es/contenidos/que\\_es\\_el\\_sepe/publicaciones/pdf/pdf\\_empleo/estrategia\\_14\\_16.pdf](https://www.sepe.es/contenidos/que_es_el_sepe/publicaciones/pdf/pdf_empleo/estrategia_14_16.pdf)

<sup>563</sup> Aunque referido a la economía colaborativa la conclusión 8.1.2 del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo de 25 y 26 de mayo de 2016 (2016/C 303/05) “ha defendido, de forma reiterada y coherente, que cualquier actividad económica debe estar amparada por el Derecho; lo que, al contrario, también ha defendido es que esta regulación puede ser de varios tipos que deben articularse de forma armoniosa”; continuando con este tema y sobre la necesidad de implicar conjuntamente a todo el ordenamiento jurídico, RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO, M.: “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal” *Rvta. Creatividad y Sociedad*, nº 26, Dic. 2016, pp. 63-65.

de una regulación interna en los distintos Estados, les sea de aplicación en los términos ya vistos<sup>564</sup>.

El acceso al empleo es un derecho de todos los ciudadanos que ha de ser garantizado por los poderes públicos, por lo que su “no existencia” genera una falta de reconocimiento de derechos y obligaciones en cascada. Siendo uno de sus objetivos el acceso al empleo para sus usuarios, resulta innegable la trascendencia que estas webs tienen en el mercado de trabajo, por lo que su actividad ha de estar sujeta a las reglas de la transparencia<sup>565</sup>, información y control exigibles a todas las entidades privadas que actúan en él alterándolo. Solo desde este reconocimiento se puede garantizar la gratuidad por la prestación de servicios, la igualdad de todos sus usuarios, la prohibición de cualquier tipo de discriminación en el acceso al empleo y el respeto a la intimidad y dignidad a las personas trabajadoras en el tratamiento de sus datos<sup>566</sup>.

La eficacia y eficiencia de la actividad de intermediación y colocación que tienen atribuida los servicios públicos de empleo<sup>567</sup> solo es entendible desde la cooperación y coordinación público-privada<sup>568</sup> exigible

<sup>564</sup> Países de la Unión Europea que han ratificado el Convenio 181 [http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment\\_statistics/es](http://ec.europa.eu/eurostat/statistics-explained/index.php/Employment_statistics/es)

<sup>565</sup> Artículo 34.1 TRLE “La intermediación laboral realizada por los servicios públicos de empleo y las agencias de colocación, así como las acciones de intermediación que puedan realizar otras entidades colaboradoras de aquéllos, se prestarán de acuerdo a los principios constitucionales de igualdad de oportunidades en el acceso al empleo y no discriminación, garantizándose la plena transparencia en el funcionamiento de los mismos”.

<sup>566</sup> Exposición de Motivos del RD 1796/2010; La Decisión de 8 de mayo de 2014 adoptada por el Consejo de Ministros Europeo, aunque dirigida a los servicios públicos de empleo de los distintos Estados Miembros, centra su objetivo principal en la necesidad de cooperación entre todos ellos como requisito esencial para implementar las distintas políticas de empleo dentro de la Estrategia Europa 2020. Se trata de la prestación de un servicio de interés económico general del que forman parte, artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea, versión consolidada. (DOUE C 326/01 de 26/10/2012) y artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (DOUE C 303, de 14/12/2007). SÁNCHEZ RODAS, C.: “La orientación y la intermediación...” op. cit.; ALUJAS RUIZ, J.A.: “La Eficacia del Servicio Público...” op. cit.

<sup>567</sup> Son considerados como servicios de interés general y están incluidos en el ámbito de aplicación del artículo 14 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea y del artículo 36 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

<sup>568</sup> Artículo 13. 3º TRLE “Los Servicios Públicos de Empleo son los responsables de asumir, en los términos establecidos en esta ley, la ejecución de las políticas activas de empleo, sin perjuicio de que puedan establecerse instrumentos de colaboración con otras entidades, que actuarán bajo su coordinación”. SALAS PORRAS, M.: “El proceso de colocación laboral” en... op. cit., p. 484; DONINI, A.: “Mercato del lavoro sul web...”

a todos los agentes que intervienen en la prestación de este servicio público<sup>569</sup>. El principio de transparencia y de unidad de mercado<sup>570</sup> exige el conocimiento de toda la información relativa a las ofertas y demandas de empleo existentes, incluidas las gestionadas por las redes sociales, para su difusión a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas. Esta información garantiza no solo su necesaria coordinación, sino que facilita la eficacia del propio Sistema, como integrador de la política de empleo de cada país<sup>571</sup>.

La falta de regulación interna no puede justificar la ignorancia de su actividad, aunque esta sea consciente. No se trata de prohibirla o perseguirla, sino de reconocerla como requisito para su control.

## 8. CONCLUSIONES

Sobre internet se desarrolla el mayor mercado de trabajo que en la actualidad existe en el que conviven entidades plenamente regladas frente a las que actúan con total indemnidad. Es necesario controlar este mercado desde su oferta, pero, fundamentalmente, desde el contenido de la misma, al menos cuando se trata de sujetos que jurídicamente están excluidos de su ámbito de regulación, pero que cuentan con una estructura capaz de afectarlo directamente.

---

op. cit., p. 434, 440; TULLINI, P.: "Ragioni e filosofie della collaborazione tra pubblico e privato nel mercato del lavoro", *Rvta. Diritti Lavori Mercati*, II, 2011, p. 578; sobre la necesidad de cooperación entre todos los agentes del mercado, RODRÍGUEZ ESCANCIANO, S.: *La intermediación en el mercado de trabajo...*, op. cit., p. 309.

<sup>569</sup> Exposición de Motivos del RD 1796/2010.

<sup>570</sup> En el artículo 13.2 se establece la "Existencia de una base de datos común, Portal Único de Empleo, que posibilite la difusión de las ofertas, demandas de empleo y oportunidades de formación existentes en todo el territorio del Estado, así como en el resto de los países del Espacio Económico Europeo, respetando lo establecido en la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal", siendo responsabilidad del Servicio Público de Empleo garantizar su difusión a todos los ciudadanos, empresas y administraciones públicas como garantía de transparencia y unidad de mercado". SOBRINO GONZÁLES, GM.: "La red EURES: un instrumento para la movilidad europea", en VALDÉS DAL-RE, F. ZUFIAUR NARVAIZA, JM.: *Hacia un mercado europeo de empleo*, ed. Ministerio de Trabajo y Asuntos sociales, Madrid, 2006.

<sup>571</sup> ALARCÓN CASTELLANOS, MM.: *La Intermediación laboral como un instrumento...*, op. cit., p. 238; DONINI, A.: "Mercato del lavoro sul web..." op. cit., p. 450; Conclusión y Recomendación 1.7. del Dictamen del Comité Económico y Social Europeo sobre "La evolución de la naturaleza de las relaciones de trabajo y su impacto en el mantenimiento de un salario digno, así como la incidencia de los avances tecnológicos en el sistema de seguridad social y el Derecho laboral", (DOUE C 303/07 de 19-08-2016); <http://www.ilo.org/public/spanish/region/ampro/mdtsanjose/papers/notah1.htm>.



No se trata tanto de identificar la actividad que realizan las redes sociales profesionales, la cual evidentemente constituye una premisa ineludible, cuanto el alcance jurídico y reconocimiento legal que se le otorga a la misma. La eficacia en la gestión del mercado de trabajo como exigencia de la política de empleo hace necesaria una revisión de la identificación de los sujetos que intervienen en él y de la regulación de sus obligaciones. Internet no es, ni puede ser el caos para el mercado de trabajo. Muy al contrario, consideramos que es imprescindible para su desarrollo y para promover los principios que lo inspiran. Pero, para ello es necesario que se establezcan unas mínimas reglas de funcionamiento que garanticen su respeto.

El largo camino que, normativamente hablando, parece estar recorriendo la aceptación de estas nuevas realidades hace necesaria una actuación de los poderes públicos que garanticen unos mínimos que, sin afectar al libre mercado o a la libertad de movilidad en la Red, protejan el sistema y a sus sujetos, pudiendo intervenir directamente a través de medidas coercitivas si no actúan conforme a derecho.

La actuación sobre estas redes sociales ha de operarse en un doble sentido: jurídico y material, aunque ambos han de confluir necesariamente en un punto determinado, que es la capacidad de control sobre la misma. Jurídicamente les será de aplicación el derecho internacional en la medida en la que los países donde intervienen hayan ratificado los correspondientes Convenios de la OIT y comunitario si se trata de Países miembros. En ambos casos han de ser los derechos internos los que den contenido a su régimen jurídico.

Esto nos lleva a la realidad material de la actividad de las redes sociales, en cuanto es esta la que se aproxima a la intermediación y colocación como instrumentos de la política de empleo. La diversa casuística con la que podemos encontrarnos impide atribuir, con carácter general, funciones de intermediación a las actividades relacionadas con la gestión de datos, aunque muchas de ellas, por la complejidad del proceso de evaluación, valoración, adecuación y transmisión de los mismos, nos puede llevar a la conclusión de que realmente desarrolla esta función incluso de forma mucho más eficaz y objetiva que la realizada a través de un mediador físico.

La delgadez en la línea divisoria sobre qué se entiende por “poner en contacto la oferta y la demanda” nos lleva a concluir que es necesaria una nueva definición de intermediación, en la que se integren todas las posibilidades que ofrecen las nuevas tecnologías como vehículos de comunicación y no solo de transmisión de datos.



No se trata de prohibir la intervención de las redes sociales en el mercado de trabajo, sino de reconocer su actividad como sujeto activo del mismo y dotarlas de un régimen jurídico concreto lo suficientemente amplio o flexible como para poder responder con las debidas garantías al mayor número de realidades posibles. Solo así se podrá minorar la distorsión que estas realidades provocan o pueden llegar a hacerlo en el propio mercado de trabajo y en el desarrollo de las distintas políticas de empleo.

La dificultad actual de adoptar una calificación jurídica unívoca para estas actividades, con independencia de la web o plataforma que la desarrolle, no significa que puedan actuar libremente en el mercado de trabajo, sino que en cualquier caso y, siempre que actúen en el ámbito de la Unión Europea o de la OIT estarán sometidas a las exigencias de las reglas de la transparencia que lo define.



# UBERPOP COMO SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN O COMO EMPRESA DE TRANSPORTE: SU IMPORTANCIA PARA Y DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO<sup>572</sup>

*Fco. Javier Calvo Gallego*  
*Profesor Titular de Universidad.*  
*Universidad de Sevilla.*

## 1. INTRODUCCIÓN

El pasado 13 de marzo de 2017 la Sala Tercera del Tribunal Supremo<sup>573</sup> acordó admitir el recurso de casación nº 313/2016 interpuesto por la representación procesal de la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia de 6 de octubre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 15 de Barcelona, dictada en el procedimiento abreviado núm. 434/2015-F. En el mencionado Auto se declaraba expresamente –a efectos de cumplir los requisitos actualmente impuestos por el art. 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la redacción dada por la LO 7/2015 de 21 de julio (en adelante LJCA)– que la mencionada sentencia contemplaba, por un lado, una doctrina que hipotética o potencialmente podría llegar a ser gravemente dañosa para los intereses generales y que, por el otro, al afectar a la libertad de establecimiento y a la unidad de mercado podría ser susceptible de extensión de efectos –art. 110 LJCA–. Finalmente, el mismo Auto consideraba que la cuestión presentaba interés casacional objetivo –para la formación de la jurisprudencia ex art. 88 LJCA–, consistiendo este “*en determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte*”.

<sup>572</sup> El contenido de este trabajo forma parte del resultado científico del Proyecto de Investigación de I+D DER 2015-63701-C3-3-R “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico 3.0”.

<sup>573</sup> Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 13 de marzo de 2017, rec. 313/2016 (Roj: ATS 2125/2017; ECLI: ES:TS:2017:2125A) disponible el 5/4/2017 en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=tch=TS&reference=7972790&links=Uber&optimize=20170328&publicinterface=true>

La cuestión, en definitiva, se centra en enmarcar tipológicamente los servicios o, en otras palabras, la actividad económica que desarrolla “UBER” o, más correctamente, UberPOP<sup>574</sup>; una actividad que, siguiendo el esquema aportado en el propio Auto consistiría en la gestión de “una plataforma o aplicación digital cuyo principal servicio consiste en poner en contacto a conductores particulares con usuarios que requieren de un servicio de desplazamiento dentro de la ciudad de Barcelona. La propia empresa define sus servicios como una fórmula de economía colaborativa que permite que conductor y usuario acuerden el trayecto, compartiendo los gastos del mismo. Se trataría, así, de una actividad de mediación entre particulares: entre los que realizan una actividad de transporte privado y los que se benefician del mismo”. “Por el contrario” –continúa el mismo Auto del Tribunal Supremo– “la Generalitat de Cataluña entiende que “UBER” realiza una actividad de transporte (aunque su ejecución efectiva se encomienda a terceros) consistente en la contratación o facturación de servicios de transporte sin la pertinente habilitación previa. En esta línea se pone de manifiesto en el expediente sancionador que el cliente de “UBER” paga por un servicio prácticamente idéntico al del taxi, con una tarifa preestablecida en función del tiempo y del recorrido y que los conductores de “UBER” están a plena disposición de los clientes y del trayecto que éstos seleccionen”. De este modo “UBER” participaría “directamente de la actividad de transporte pues, de un lado, gestiona los trayectos, los cobros y los pagos del servicio y, de otro lado, establece las condiciones de acceso de los conductores a la estructura de “UBER”, impartiendo cursos de formación previa a su contratación e imponiéndoles normas de conducta de trato con los clientes”.

En definitiva, “la cuestión jurídica que se plantea en casación es” –concluye el Auto– “la de determinar si una actividad como la descrita se enmarca en el ámbito de la normativa de transportes –que exige el previo título habilitante para su ejercicio– o si, por el contrario, sus

<sup>574</sup> Como señala GERADIN, D. (2016): “Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case (April 5, 2016)” disponible en [https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN\\_ID2759893\\_code362710.pdf?abstractid=2759379&mirid=1](https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2759893_code362710.pdf?abstractid=2759379&mirid=1), p. 2, Uber presta una amplia batería de servicios que van –con algunas variaciones en función de los concretos países– desde uberPOP centrada en conductores sin licencia profesional, a UberX dependiente de conductores profesionales con licencia, pasando, por ejemplo por uberPOOL – un servicio para compartir vehículo-, uberRUSH, de entrega de paquetes, o incluso un servicio de botes en el Bósforo como sería, siempre según esta autora, uberBOAT. Obsérvese, no obstante, que como recuerda LAMBRECHT M. (2016): *L'économie des plateformes collaboratives*, Courrier hebdomadaire, n. 2311-2312, p. 42-43, las denominaciones pueden variar en función del país o de la zona económica de la que se trate.

particulares características la sitúan en el ámbito de la LSSI y, en última instancia, en el ámbito de la Directiva de Servicios –en el que la premisa de partida es el libre establecimiento y la libre prestación de servicios–; una cuestión, por tanto, aparentemente alejada del ámbito social, pero que en realidad, no lo está tanto, o, si se nos apura, en absoluto. Y ello por dos razones. La primera, porque un fallo desestimatorio del recurso podría conducir a una “liberalización total de los servicios” y a una “extensión de la competencia mundial mucho más allá de los más locos sueños de la promotores de la directiva Bolkestein”<sup>575</sup>, potenciando la tantas veces mencionada –y, en ocasiones temida– “uberización” de nuestras economías<sup>576</sup>. Y, en segundo lugar, porque la consideración de estos servicios como propios de la sociedad de la información o, en sentido contrario, como parte inescindible del servicio material de transporte, tiene también una importancia, a mi juicio fundamental, en la delimitación de los posibles polos de las relaciones jurídicas de servicios –laborales o no– enmarcadas en el campo de estas plataformas digitales, teóricamente colaborativas y que han disfrutado de un desarrollo exponencial durante estos últimos años<sup>577</sup>. Pero no adelantemos acontecimientos.

## 2. UBER Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Antes de abordar todas estas cuestiones, lo primero que seguramente debe destacarse a la hora de encuadrar y comprender la importancia de este Auto es que el mismo constituye, al menos por el momento, el último eslabón de una relativamente amplia serie de resoluciones de nuestros tribunales sobre UBER o, más concretamente sobre UberPOP; unas resoluciones que, por razones obvias parecen haberse focalizado en los órganos jurisdiccionales barceloneses y madrileños<sup>578</sup>

<sup>575</sup> Las expresiones están tomadas de DEGRYSE, C. (2016): *Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets* (February 10, 2016). ETUI Research Paper - Working Paper 2016.02, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2730550> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2730550>, p. 5 y 10.

<sup>576</sup> Véase, por mencionar solo un ejemplo expresivo a AUVERGNON, O. (2016): “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho laboral” en *Revista Derecho Social y Empresa*, n.º 6, diciembre 2016.

<sup>577</sup> Sobre este “ascenso” de las plataformas digitales, comparando las quince compañías basadas en internet por capitalización bursátil en los años 1995 y 2015, véase el llamativo estudio de OCDE (2016), *New Forms of Work in the Digital Economy*, OECD Digital Economy Papers, n. 260, p. 7 y ss.

<sup>578</sup> En 2014 Uber comenzó a prestar este servicio en Madrid, Barcelona y Valencia sin solicitar, evidentemente, autorización previa alguna utilizando el software bajo licencia de Uber BV, compañía localizada en Holanda. Uber Systems Spain solo ofrece servicios

–como es bien conocido, este modelo de negocio basado en llamamientos genéricos vía app solo son eficientes en grandes centros de población y, por tanto, con un amplio número de hipotéticos “prestadores de servicios”<sup>579</sup>-, y que además muestran un resultado ciertamente contradictorio en función del orden jurisdiccional y, por tanto, de la perspectiva normativa con la que es analizada la cuestión<sup>580</sup>.

Así, la sentencia ahora impugnada es solo una más de las varias resoluciones que los Juzgados de lo Contencioso Administrativo de esta ciudad catalana han ido dictando al hilo de las sanciones que la Generalitat impuso a dicha empresa a lo largo de 2015. Es cierto que varios de estos Juzgados optaron por suspender los autos hasta la resolución de la cuestión prejudicial planteada por el Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona, sobre la que volveremos inmediatamente<sup>581</sup>. Pero no lo es menos como al menos otros dos Juzgados sí entraron en el fondo de la cuestión y se decantaron claramente por anular las sanciones muy graves impuestas al amparo del art. 140.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT)<sup>582</sup>,

---

de apoyo y marketing - GERADIN, D. (2016): “Online Intermediation Platforms...”, cit., p. 6.

<sup>579</sup> En general, sobre la relación entre este tipo de plataformas de servicios y las concentraciones urbanas GOUDIN P. (2016): *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*, European Added Value Unit; Brussels, p. 13. Sobre otros factores para la adecuada casación entre oferta y demanda –más proveedores en zonas con PIB bajo y más demandantes con un PIB alto– y la capacidad, por tanto, de estas plataformas de satisfacer o no la demanda en todos los territorios, véase nuevamente OCDE (2016), *New Forms of Work...*, cit., p. 16-17.

<sup>580</sup> Sobre el tema –junto con alguna otra resolución sobre Cabify que consideramos de menor interés a estos efectos– puede consultarse igualmente CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo” en *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n. 406; TOURIÑO, A. (2016): “La economía colaborativa desde la óptica de la competencia desleal. Análisis de los autos de medidas cautelares dictados en los casos de Uber, Blablacar y Cabify”, en *Actualidad Civil*, n. 4, Abril 2016.

<sup>581</sup> Autos estos que, sin embargo, fueron revocados posteriormente por el TSJ de Cataluña en diversas sentencias al considerar que en estos casos lo pertinente hubiera sido plantear una cuestión prejudicial que no resultaría completamente parangonable a la suscitada por el Juzgado de lo Mercantil ya mencionado y a la que se remiten los diversos autos. Véase en este sentido las SSTSJ Cataluña. Sala de lo Contencioso de 24 y 27 de marzo de 2017, nº de Resolución 165/2017; 166/2017; 167/2017, 168/2017; 169/2017; 170/2017; 182/2017; 183/2017; 184/2017; 185/2017.

<sup>582</sup> Véase la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 17 de Barcelona n. 287/16 de 5 de octubre de 2016 en el recurso nº 436/2015-F2 Procedimiento abreviado, (Roj: SJCA 1739/2016; ECLI: ES:JCA:2016:1739) disponible en <http://bit.ly/2uloHdQ> que se remite, además, íntegramente a la previa Sentencia número 179/2016 de 18 de

Sin poder profundizar por ahora en esta cuestión, nos limitaremos a señalar cómo para estos magistrados la Generalitat habría aplicado indebidamente la regulación contenida en la LOTT ya que el servicio de mediación o intermediación prestado por “UBER” no podría incluirse en el ámbito de lo dispuesto en el art. 140.2 LOTT –ni, obviamente en el art. 122 LOTT, centrado en el transporte de mercancías– pero sí, en cambio, en el ámbito de la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI) al tratarse de un servicio prestado a título oneroso, a distancia y a petición del interesado<sup>583</sup>.

Por el contrario, los juzgados de lo mercantil que han abordado esta cuestión desde el posible comportamiento desleal de esta aplicación en el marco del art. 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero<sup>584</sup>, o han sido bastante más cautos en sus apreciaciones, o han alcanzado unas conclusiones radicalmente diferentes, al menos en apariencia, a las obtenidas por los dos órganos de la jurisdicción contenciosa previamente mencionados.

Así, por ejemplo, el Auto de 16 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona en el Asunto 929/2014D2<sup>585</sup>, ante la duda sobre esta misma cuestión o encuadramiento, optó por plantear una cuestión prejudicial<sup>586</sup> que, si bien se unió a otras anteriores de tribunales

---

julio de 2016 dictada por el Juzgado 15 de Barcelona en el recurso 439/2015-D (Roj: SJCA 1565/2016 - ECLI: ES:JCA:2016:1565), disponible en <http://bit.ly/2tscms1>.

<sup>583</sup> Así, y por mencionar tan solo un ejemplo, la ya mencionada sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 15 de Barcelona concluía que: “la actividad organizada llevada a cabo por la actora, ya se entienda de mediación o intermediación [...], ya se entienda de organización de un servicio a prestar contratado vía electrónica, enfocado en la temática del transporte urbano de viajeros, no es una de las actividades excluidas del art. 5 de la LSSI y, sin embargo, sí se incardina dentro del ámbito de aplicación del art. 1 de la LSSI, Ley ésta que por lo demás, establece un catálogo propia de infracciones e inclusive en su art. 6 postula la no autorización previa en relación a esta prestación de servicios ‘sui generis’”.

<sup>584</sup> Como se recordará, el art. 15.2 Ley 3/1991 considera como desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, sin requerir, por tanto, que, como sucede el primer párrafo, el infractor obtenga una ventaja competitiva mediante dicha infracción. En este sentido véase LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015): “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y car sharing): entre la economía colaborativa y la competencia desleal”, en Revista de Derecho Mercantil, número 296 (Abril-Junio 2015).

<sup>585</sup> (ROJ: AJM B 1359/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:1359A), disponible en <http://bit.ly/2u1b04i>. Un análisis de su contexto y contenido en JARNE MUÑOZ, P. (2015): “Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en línea en la calificación jurídica de los servicios prestados”, en Democracia Digital e Gobierno Electrónico, vol. 2, n. 13, p. 117 y ss.

<sup>586</sup> Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil n° 3 de Barcelona (España) el 7 de agosto de 2015, asunto C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

franceses<sup>587</sup> y belgas<sup>588</sup>, parece que vendrá definitivamente a solventar la cuestión. En el mencionado Auto, el Juzgado de lo Mercantil interponía al Tribunal de Justicia sobre si, en primer lugar, la actividad de UBER “debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información”; en segundo lugar, sobre si esta actividad podría considerarse “parcialmente un servicio de la sociedad de la información, y, en ese caso, si se debería beneficiar el servicio electrónico de intermediación del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria”; y finalmente, y por lo que aquí interesa –obviamos así la tercera cuestión–, sobre si de confirmarse “que la directiva 2000/31/CE es aplicable al servicio prestado por UBER SYSTEMS SPAIN S.L.... las restricciones de un estado miembro recepto” “a la libre prestación del servicio electrónico de intermediación desde otro Estado miembro, en forma de sometimiento del servicio a autorización o licencia, o en forma de orden judicial de cesación de la prestación del servicio electrónico de intermediación fundada en la aplicación de la normativa nacional de competencia desleal, constituyen válidas medidas que constituyen excepciones al apartado 2 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Directiva 2000/31/CE”.

Sin embargo, en otras ocasiones estos mismos órganos jurisdiccionales sí han ido bastante más lejos y han apreciado al menos una apariencia de buen derecho en la petición, como medida cautelar, del cese en la prestación de este servicio en todo el territorio nacional y las consiguientes de acceso o uso del soporte tecnológico o informático ligadas a ello. Así ha ocurrido, señaladamente, con el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014<sup>589</sup>, posteriormente matizado –en cuanto se limitó estas restricciones al servi-

<sup>587</sup> Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Grande Instance de Lille (Francia) el 6 de junio de 2016 – Proceso penal contra Uber France SAS (Asunto C-320/16).

<sup>588</sup> Auto del TJUE de 27 octubre 2016, C-526/15, asunto Uber Belgium BVBA contra Taxi Radio Bruxellois NV que declara inadmisibile dicha cuestión prejudicial al plantearse sobre uno de los modelos de negocio de esta aplicación –el no retribuido o profesional, de simple covoiturage o ridesharing y compensación de costes– que, por tanto, escapaba de los supuestos en los que era necesaria la licencia administrativa de acuerdo con la normativa belga. Obsérvese, no obstante, que los tribunales de aquel país sí consideraron una violación de su regulación el otro modelo de negocio de UBER, en el que sí se contemplaba una retribución y, por tanto, resultaba profesionalizado.

<sup>589</sup> (Roj: AJM M 74/2014 - ECLI: ES:JMM:2014:74A) disponible en <http://bit.ly/2umcIwO>. Un breve recordatorio del contenido y contexto de la misma en JARNE MUÑOZ. P. (2015), “Uber ante el Tribunal de Justicia...”, cit., p. 115 y ss.



cio UberPOP– por el Auto del mismo Juzgado de lo Mercantil de 22 de mayo de 2015<sup>590</sup> que, por cierto, contrasta meridianamente con la Sentencia n. 30/2017, de este mismo órgano judicial, de 2 de febrero de 2017, en relación con otra aplicación solo aparentemente similar –dada la ausencia en este caso de profesionalidad de los conductores– como es BlaBlaCar<sup>591</sup>. Pero sobre esta cuestión volveremos, aunque sea puntualmente, en un trabajo posterior.

Por ahora nos interesa destacar cómo la resolución más beligerante en este punto –y, por tanto, la aparentemente más opuesta a las resoluciones de los dos juzgados de lo contencioso-administrativo barceloneses antes mencionados– ha sido el Auto n. 15/2017 de 23 de enero de 2017, de la Sección Vigésimooctava de la Audiencia Provincial de Madrid, en relación, precisamente, con el recurso de apelación a las medidas cautelares tomadas y confirmadas por el Juzgado n. 2 de lo Mercantil de Madrid. Sin poder detenernos aquí, nuevamente, en su amplia argumentación, nos limitaremos a recordar cómo, tras traer a colación oportunamente la conocida Sentencia Google del TJUE<sup>592</sup> para evitar cualquier intento de elusión de responsabilidades por parte de Uber en relación con su filial Uber BV –señalando incluso que a estos efectos

<sup>590</sup> (ROJ: AJM M 1428/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:1428A), disponible en <http://bit.ly/2toAWsG>

<sup>591</sup> Sentencia 30/2017, de 2 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Madrid en el procedimiento ordinario 343/2015 (Roj: SJM M 6/2017 - ECLI: ES:JMM:2017:6) disponible <http://bit.ly/2spHMu5>. En relación con esta Sentencia es de interés la lectura del Auto del TJUE de 27 octubre 2016, C-526/15, asunto Uber Belgium BVBA contra Taxi Radio Bruxellois NV, que aborda igualmente la cuestión del uso de esta concreta aplicación (UBER) cuando no conlleva retribución alguna para el conductor, sino simple compensación por los gastos generados, en línea con el modelo de negocio que parece diseñar BlaBlaCar. Más en general, sobre la ausencia de competencia desleal en los supuestos de ausencia de profesionalidad o de elemento retributivo, LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015): “Los nuevos sistemas de utilización compartida...”, cit., con diversos ejemplos de derecho comparado en la nota n. 104 y expresa referencia a la sentencia pronunciada por el Tribunal de Grande Instance de Briey (2006, Caso Moselle) que “declara la licitud de este tipo de actividad, considerando que no se trata de una práctica desleal, dado que se identifica de lleno con una actividad colaborativa, voluntaria y no profesional, que en nada afecta a la unidad de mercado”. Igualmente para CARBONELL PORRAS, E. (2016): “Competencia y mercado en el transporte en vehículos turismo ante el reto de las nuevas tecnologías”, en *Revista Española de Derecho Administrativo*, núm. 179 (Julio-Septiembre 2016), cuando “unas personas, que tienen que desplazarse un mismo día al mismo lugar y con horario coincidente, utilizan una plataforma digital como BlaBlaCar para ponerse de acuerdo y emplear un mismo vehículo, están realizando transporte privado particular”y, por tanto, no sujeto a autorización ex art. 101.2 LOTT.

<sup>592</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, C-131/12, asunto Google Spain, S.L., Google Inc.y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

la plataforma no solo cooperaría, sino que incluso participaría materialmente en el teórico ilícito-, la resolución rechaza, en primer lugar, que incluso considerando la actividad de esta mercantil como servicio de la sociedad de la información, lo que como veremos negará, Uber pudiera quedar exonerado de responsabilidad; esto es, que ni tan siquiera pretendiendo disociar el mero comercio o servicio electrónico –la intermediación– con la prestación de servicios física o sin medios electrónicos –como por ejemplo hace (y esto lo añadimos nosotros) la conocida STJUE Ker-Optika<sup>593</sup>–, cabría eludir tal responsabilidad. Y ello porque, a diferencia de aquel caso, en este sí existe una actuación ilegal, aunque solo fuese del prestador físico de servicios. Y como recuerda el propio Auto, trayendo a colación el texto del considerando 44 de la Directiva 2000/31 y la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia L’Oreal contra Ebay<sup>594</sup>, incluso un prestador de servicios “mero intermediario” no podría beneficiarse de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades en los arts. 12 a 14 de la Directiva cuando colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales; actuando de este modo se rebasarían las actividades de mero transporte (*mere conduit*)<sup>595</sup> o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada “memoria tampón” (*caching*)<sup>596</sup>. Y ello más aún cuando el art. 14 de la mencionada Directiva excluye lógicamente la mencionada exoneración cuando “el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios”. Pero sobre ello y su posible aplicación al caso UBER volveremos más tarde.

Por ahora nos interesa destacar como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid va aún más lejos y señala cómo al establecer las tarifas del servicio y al seleccionar a los conductores –punto 89– dicha mercantil no podría considerarse como un mero operador tecnológico o neutral –punto 96–, como un mero intermediario de transportes. Para

<sup>593</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de diciembre de 2010, asunto C-108/09, Ker-Optika bt contra ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet.

<sup>594</sup> Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, L’Oreal y otros contra Ebay International AG y otros.

<sup>595</sup> Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de septiembre de 2016, Asunto C-484/14 Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment Germany GmbH

<sup>596</sup> Un primer estudio del tema en BAISTROCCHI, P. (2002): “Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce”, 19 Santa Clara High Tech. L.J. 111 (2002) disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol19/iss1/3>. Igualmente véase HATZOPOULOS, V., ROMA, S., “Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law” en *Common Market Law Review*, 2017, n° 54, p. 103 y ss.

el Auto, muy al contrario, UBER se articularía como un sistema de distribución vertical integrado, como una empresa de transporte que emplea su propia plataforma –ya que “los usuarios no son realmente clientes de los conductores sino que son clientes de UBER”, –punto 90–, sin que eso sí, en ningún momento –y esto es lo importante a los efectos que aquí interesan– la Audiencia entre a valorar la naturaleza laboral o mercantil, dependiente o autónoma, del trabajo o de los servicios de los conductores, al considerar que dicha calificación no es “precisa” a estos efectos, por lo que no resulta “necesario profundizar en este aspecto”.

### 3. ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EXPERIENCIA JUDICIAL COMPARADA

En cualquier caso, y como ya implícitamente se ha avanzado, los problemas jurídicos derivados del posible incumplimiento de exigencias administrativas impuestas para el desarrollo de la actividad de transporte público o de la posible competencia desleal de esta aplicación –UberPop en Europa– con el sector del taxi no son exclusivos de nuestro país. Una polémica jurídica similar –y dejamos a un lado, por tanto, las manifestaciones no jurídicas del conflicto, especialmente virulentas en algunos casos– han ido apareciendo paulatinamente en distintos países de la Unión, conectada, lógicamente, con una actitud empresarial, propia de muchas de estas empresas “disruptivas”<sup>597</sup>, propensas a una rápida expansión sin prestar gran atención a las posibles trabas legales y, en especial, administrativas de estos sectores –“*better to ask for forgiveness than permission*”<sup>598</sup>.

Pues bien, en líneas generales, la posición de los distintos tribunales europeos parece haberse decantado mayoritariamente por imponer la prohibición de esta concreta aplicación cuando es utilizada por conductores sin la pertinente licencia, diferenciándola en algunas ocasiones, ya sea del mero uso colaborativo y no profesional propio de otro tipo de empresas, ya sea de otras aplicaciones en la que los prestatarios del servicio físico de transporte sí disponen de la correspondiente autorización administrativa<sup>599</sup>. Y todo ello sin olvidar como nuevamente,

<sup>597</sup> Véase FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., (2016) “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada economía disruptiva” en Derecho Laboral, Tomo LIX, n. 261, p. 37 en especial.

<sup>598</sup> Véase, en general, LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 18-19; FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016) “Las empresas...”, cit., p 42.

<sup>599</sup> Para un estudio reciente de la situación de Uber, no solo en los países de la Unión, se recomienda el trabajo de DOSEN, I., ROSOLEN, H. (2016): *Uber and Ridesharing*, Re-

y en especial en algunos países, esta prohibición se ha obtenido más fácilmente aludiendo a la posible competencia desleal de la correspondiente mercantil que en el campo de las posibles sanciones administrativas<sup>600</sup>, ya sea a los conductores o a la propia empresa<sup>601</sup>, quizás por el carácter más abierto y finalista en la delimitación de los actos prohibidos propio del primer campo normativo, frente a los mayores rigores –tipicidad, culpabilidad...– impuestos en el segundo ámbito por los principios propios del *ius puniendi* del Estado.

Pues bien, sin ánimo de ser exhaustivos, esto es lo que ha ocurrido, por centrarnos en un caso concreto, en Italia. En el país transalpino la utilización de esta concreta aplicación –UberPop– fue paralizada cautelarmente por competencia desleal y para todo el territorio italiano por la muy interesante Ordenanza del Tribunale de Milano, Sezione specializzata in materia d’impresa de 25 de mayo de 2015<sup>602</sup>. Esta pri-

---

search Paper, n. 2, October 2016, Parliamentary Library and Information Service, consultado el 21 April 2017, y disponible en <http://apo.org.au/node/68502>. Igualmente, una amplia información del tratamiento de esta cuestión en otros países en HATZOPOULOS, V., ROMA, S.: “Caring for Sharing?...”, cit., p. 90 y ss. y COMISIÓN EUROPEA, “Commission Staff Working Document accompanying the document Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions - A European Agenda For The Collaborative Economy European Agenda For The Collaborative Economy - Supporting Analysis” [Com(2016) 356 Final disponible en <http://bit.ly/2tnMM6T>, p. 27 y ss. Véase igualmente para más información sobre estos países GERADIN, D., “Online Intermediation Platforms”..., cit., p. 5. Específicamente sobre esta prohibición en Buenos Aires RASO DELGUE, J. (2017): “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo” en Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo, 2017, Volumen 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, p. 14 y ss., que proporciona además información sobre la situación en otras ciudades sudamericanas. Sobre otros países sudamericanos, GAUTHIER, G. (2016): “El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano”, en Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, V. 19, n. 37, DOI: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p117> p. 117 y ss. Sobre la prohibición de Uber en algunos territorios estadounidenses al considerar que eran operadores de taxi ilegales KATZ, V. (2015): “Regulating the sharing economy”, en Berkeley Technology Law Journal, Vol. 30, Issue 4, p. 1086, especialmente n. 111 y 113. No obstante, véase a la misma autora y obra, p. 1088, para conocer otros supuestos como Colorado, Chicago o Columbia, en los que las autoridades competentes se han aproximado a las TNC mediante la creación de nuevas reglas para este específico tipo de servicio.

<sup>600</sup> Sobre el uso de esta doble vía por parte de sujetos públicos o privados en Estados Unidos véase, igualmente, KATZ, V. (2015): “Regulating...”, cit., p. 1090 a 1092.

<sup>601</sup> Además de las experiencias europeas aquí reseñadas, véase la experiencia norteamericana en KATZ, V. (2015): “Regulating...”, cit, p. 1089-1090. Más información en relación con otros países y la actividad sindical en relación con Uber en TRILLO PÁRRAGA, F. (2016): “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, en Revista de Derecho Social, n. 76, p. 79 y 80.

<sup>602</sup> Disponible en <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2015/05/trib.pdf>. Sobre la misma puede verse el estudio de SURDI, D., (2015) “Concorrenza sleale e nuove

mera resolución fue confirmada posteriormente por el Tribunale ordinario di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa mediante Ordenanza de 2 de julio de 2015<sup>603</sup>. En esencia, y para este Tribunal, la ausencia de autorización administrativa, unida a los menores costes derivados de aquella, supondría una competencia desleal frente al sector del taxi.

Es cierto, que posteriormente el no menos interesante Parecer del Consejo de Estado de 23 de diciembre de 2015 –Numero 03586/2015–<sup>604</sup>, en sede nuevamente de sanciones administrativas –y no, por tanto, de competencia desleal–, señaló la novedad del tema y la insuficiencia de la normativa italiana en este concreto ámbito del transporte. De hecho, la posterior Circular del Ministerio del Interior del 11 de marzo de 2016<sup>605</sup> reforzó las dudas sobre la aplicabilidad o no a estos casos de los tipos previstos en los art. 85 y 86 del Codice della Strada italiano<sup>606</sup>. Pero más allá de todo esto, seguramente lo más interesante de esta densa, y en ocasiones criticada<sup>607</sup> resolución del Consiglio di Stato italiano, fue la expresa consideración de que “dicha actividad no puede ser considerada como de mera mediación entre prestación y oferta de trabajo, de hecho, de la dinámica contractual se deduce que la prestación de transporte es una obligación directa de la sociedad, que ofrece, además, servicios complementarios de tipo financiero, telemático y eventualmente legales... desde un punto de vista jurídico, se puede describir el negocio atípico en cuestión como un supuesto doblemente bilateral que coloca en el vértice de las dos relaciones distintas, no ligadas entre sí, a la empresa que gestiona la plataforma informática, que por un lado está ligada mediante una relación sinalagmática con la persona que disfruta del servicio de transporte y los conexos de telecomunicaciones y financieros, y que por el otro está vinculada al

---

forme di trasporto condiviso: il Tribunale di Milano inibisce «uber pop», en la Rivista di diritto dell’Economia, dei Trasporti e dell’Ambiente, vol. XIII. p. 375 y ss, disponible en <http://bit.ly/2u1xrGM>.

<sup>603</sup> Disponible en <http://www.altalex.com/documents/news/2016/04/26/trasporto-di-persone-taxi-servizio-equivalente>

<sup>604</sup> Disponible en [http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/cds\\_/cds\\_pare-re\\_3586\\_2015.pdf](http://www.astrid-online.it/static/upload/protected/cds_/cds_pare-re_3586_2015.pdf)

<sup>605</sup> Circolare del 14 de marzo de 2016, n. 1842, disponible en [https://www.tuttocamere.it/files/psicurezza/2016\\_1842\\_Circ\\_Min\\_Int.pdf](https://www.tuttocamere.it/files/psicurezza/2016_1842_Circ_Min_Int.pdf)

<sup>606</sup> Aunque esta misma circular recuerda que permanecería la aplicabilidad al caso de las sanciones establecidas en el art. 82 del mencionado cuerpo normativo, con sanciones de entre 84 y 335 euros.

<sup>607</sup> Véase AMOROSO, R. (2016): “Uber: problemi giuridici risolti?” disponible en <http://www.altalex.com/documents/news/2016/04/26/uber>

transportista al que reconocerá una parte de la compensación recibida como remuneración por la actividad ejercitada en favor de un tercero. Como el alquiler con chofer (“noleggio con conducente”), aunque dirigida al público, el servicio en cuestión tendría la naturaleza jurídica de transporte privado no de línea (trasporto privato non di linea)...”.

Sea como fuere, y tras señalar al menos, por un lado, la interesante Propuesta específica en relación con esta materia planteada por la Autorità di Regolazione dei Trasporti el 21 de mayo de 2015<sup>608</sup>, y por el otro, la presentación, más genérica, el 27 de enero de 2016 de una Proposición de Ley sobre la “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”<sup>609</sup>, nos limitaremos aquí a destacar cómo esta prohibición de UberPop en Italia ha sido confirmada muy recientemente por sendas resoluciones de los Tribunales de Turín de 24 de marzo de 2017<sup>610</sup> y Roma de 7 de abril de 2017<sup>611</sup> por razones ciertamente similares a las ya señaladas por el Tribunal de Milán, si bien en el caso de Roma se aborda la aplicación UberBV, de la que, eso sí, se vuelve a insistir –como en el caso de Turín– en su carácter de organizador material de un servicio de transporte público y no de mero intermediario –electrónico, añadiríamos nosotros–.

En cualquier caso, una dinámica similar es, por otra parte, la que se puede constatar en otras ciudades alemanas, suecas u holandesas. Y ello ya que el lanzamiento de esta aplicación se realiza habitualmente no para el conjunto del territorio del Estado, sino por concretas poblaciones –“available locally, expanding globally”–; un carácter local que nuevamente refleja su similitud con servicios de transporte público como el del taxi.

<sup>608</sup> Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull’autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità disponibile en [http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/06/Atto-di-segnalazione\\_signed.pdf](http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/06/Atto-di-segnalazione_signed.pdf). Esta propuesta admitía la figura con algunas condiciones de entre las que destacamos el hecho de que “il conducente privato dovrebbe essere un lavoratore occasionale, tenuto al rispetto di un tetto massimo di reddito annuale e ad un limite di lavoro settimanale non eccedente le quindici ore”.

<sup>609</sup> Disponible en [http://www.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf) y que, por lo que aquí interesa, expresamente señala en su art. 2 que “tra gestori e utenti non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato”.

<sup>610</sup> Tribunale, Torino, sez. I civile, sentenza 24/03/2017 n° 1553 disponible en <http://www.altalex.com/documents/news/2017/03/31/uber-taxi-ordinanza-tribunale-torino> con nota de Giuseppina Mattiello.

<sup>611</sup> Tribunale, Roma, sez. IX civile, ordinanza 07/04/2017 disponible en <http://www.altalex.com/~media/Altalex/allegati/2017/allegati-free/ordinanza-tribunale-roma-uber-taxi%20pdf.pdf>



Así, por ejemplo, y de forma extraordinariamente resumida, podríamos recordar cómo la prohibición de esta aplicación en distintas ciudades alemanas se inició con la medida cautelar adoptada el 25 de agosto de 2014 por un Tribunal de Distrito Frankfurt am Main<sup>612</sup>. Esta prohibición inicial fue, sin embargo, levantada poco más tarde por el mismo Tribunal, eso sí, por problemas básicamente procesales. Con todo, y apenas transcurrido un mes, el 26 de septiembre de 2014, Tribunales locales de Hamburgo y Berlín ratificaron esta misma prohibición en sus respectivas jurisdicciones<sup>613</sup> señalando por ejemplo este último cómo aunque Uber no disponía por sí misma ni de coches ni de conductores, esta misma empresa no podía ser considerada como un mero intermediario de servicios de viaje ya que actuaba frente a los pasajeros como un auténtico contratista de transportes. Esta última decisión fue confirmada el 16 de abril de 2015 por la Corte de Apelación de Berlín-Brandemburgo. Y finalmente, en marzo de 2015 un Tribunal Regional de Frankfurt estableció una prohibición nacional contra UberPop –no así contra UberBlack y UberTaxi, que sí emplean conductores con sus correspondientes licencias-, decisión esta que fue confirmada finalmente por el Tribunal de Apelación en junio de 2016<sup>614</sup>.

Por lo demás, una situación similar parece haberse dado en Gothenborg, Malmo y Estocolomo en Suecia o en Amsterdam en Holanda. De hecho, en Suecia, a mediados de 2016, existían ya más de veinte decisiones de Tribunales de distrito contra conductores de UberPop y setenta estaban aún pendientes<sup>615</sup>. Y en Ámsterdam, la Corte de Apelación falló el 8 de diciembre de 2014 contra Uber, tras la sanción impuesta a varios de sus conductores por el correspondiente Ministerio basada en el uso de UberPop y la realización de transporte profesional sin licencia<sup>616</sup>.

<sup>612</sup> Landgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 25.08.2014, Az.: 2-03 O 329/14 citado por The cost of non-Europe II, cit., p. 142 y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015): “Los nuevos sistemas...” cit., nota n 96 quien sintetiza el fallo recordando como el tribunal no solo prohíbe la actuación de la sociedad holandesa sino que también estableció multas coercitivas de hasta 250.000 euros para el caso de que se incumpliese la resolución. Y ello ya que esta mercantil se estaría prevaliendo de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes que regulan la conducta concurrencial de dicho sector.

<sup>613</sup> Véase el comunicado de prensa sobre la misma –consultado el 17 de mayo de 2017– en <http://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2014/pressemitteilung.425681.php>

<sup>614</sup> <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-09/uber-loses-german-appeals-case-against-ban-of-uberpop-service>

<sup>615</sup> Para más información GUSTAVSSON, P. Uber and UbePop – to be or not to be banned in the EU?, Srping 2016, p. 31-32 disponible en <http://bit.ly/2skJsJZ>

<sup>616</sup> El fallo en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CBB:2014:450>

En todo caso, la reacción más intensa frente a esta aplicación ha tenido lugar, sin duda, en Francia, uno de los primeros países europeos en los que desembarcó Uber y uno, como se sabrá, en los que la conflictividad social ligada a este proceso ha sido más virulenta. Nuevamente de forma casi telegráfica nos limitaremos a recordar aquí como en este territorio la principal reacción, ciertamente restrictiva, se articuló mediante medidas legislativas específicas de naturaleza sancionadora. Sin poder detenernos en el análisis de algunas decisiones judiciales extraordinariamente interesantes y que consideraron determinadas actuaciones de esta empresa como prácticas comerciales “engañosas” (*pratique commerciale trompeuse*)<sup>617</sup>, lo cierto es, como decimos, que esta reacción represora se centró en la aprobación de la denominada Ley Thévenoud - Loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 *relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur*<sup>618</sup>.

Tras su modificación en 2015, esta Ley distingue claramente<sup>619</sup> el mero transporte colaborativo en el que la compensación económica es solo la parte proporcional de los costes de un viaje cuyo realización es previa y autónomamente decida por el conductor –el modelo tradicional, por ejemplo, de Blablacar-, de fórmulas como las de Uberpop que siguen siendo claramente sancionadas por el artículo 3124-13 del Código de Transporte<sup>620</sup>.

<sup>617</sup> Véase LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 13 n. 31 en relación con la decisión del Tribunal Correccional de París de 16 de octubre de 2014 confirmada por la corte de apelación de la París el 7 de diciembre de 2015. Un análisis de las mismas en LECLERC, M. (2016) «Uberpop», une pratique commerciale jugée trompeuse – Analyse de la décision de la Cour d'appel de Paris du 7 décembre 2015, disponible en <http://bit.ly/2s4SJ40>

<sup>618</sup> JORF n° 0228 de 2 de octubre de 2014, p. 15938 disponible en [www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/10/1/2014-1104/jo/texte](http://www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/10/1/2014-1104/jo/texte), posteriormente modificada por LOI n°2016-1920 de 29 diciembre de 2016 y LOI n° 2015-990 de 6 agosto de 2015. Un estudio de la misma y su impacto sobre la actividad de UberPop en LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 52 y ss.

<sup>619</sup> Véase DE SEVIN, B., (2015): “Uberpop et Blablacar ou comment délimiter l'économie du partage” en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 40 – 5 octobre 2015, disponible en <http://bit.ly/2tpsttH>; Igualmente, LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit, p. 54-55.

<sup>620</sup> « Art. L. 3124-13. - Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent aux activités mentionnées à l'article L. 3120-1 sans être ni des entreprises de transport routier pouvant effectuer les services occasionnels mentionnés au chapitre II du titre Ier du présent livre, ni des taxis, des véhicules motorisés à deux ou trois roues ou des voitures de transport avec chauffeur au sens du présent titre.» Les personnes morales déclarées responsables pénalement du délit prévu au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues aux 2° à 9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2°



Esta regulación fue básicamente respetada por la Corte Constitucional francesa en sus sentencias de 22 de mayo<sup>621</sup> y, muy especialmente, de 22 de septiembre de 2015<sup>622</sup>, lo que permitió que dos directivos de Uber fueran arrestados y posteriormente condenados, junto con la propia mercantil, por un Tribunal parisino. Pero, con todo, quizás no esté de más recordar cómo, en primer lugar, el 6 de junio de 2016 el Tribunal de Grande Instance de Lille planteó cuestión prejudicial centrada en la posible consideración de mismo artículo L. 3124-13 del Código de Transportes como un reglamento técnico nuevo, relativo a uno o varios servicios de la información y, por tanto, si del posible incumplimiento por parte de Francia de sus obligaciones de información sobre el mismo podría deducirse la imposibilidad de invocarlo en el ámbito penal<sup>623</sup>. Y lo segundo, como esta misma cuestión se encuentra en el epicentro del posterior Arrêt del Consejo de Estado de 9 de marzo de 2016 que anuló, como decimos, por motivos similares ciertas disposiciones de un decreto de aplicación de la tantas veces mencionada Ley Thévenoud<sup>624</sup>.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es que en múltiples ocasiones el escenario dista de ser claro. Baste recordar en este sentido la situación en la región de Bruselas. En ella el Tribunal de Comercio de habla neerlandesa –Rechtbank van Koophandel– pareció seguir la senda tradicional o mayoritaria en el resto de países europeos, al considerar el 23 de septiembre de 2015 una práctica comercial deshonesta la actividad de Uberpop en relación con “carreras” o viajes de carácter profesional o retribuido<sup>625</sup>. Pero más allá de las posibles consecuencias sobre este tema del denominado “Plan Taxi” del ministro de movilidad Pascal Smet<sup>626</sup>, quizás lo más sorprendente es que muy recientemente este mismo Tribunal parece –al menos así se deduce por las referencias

---

du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée maximale de cinq ans».

<sup>621</sup> Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015 disponible en <http://bit.ly/2umJopG>

<sup>622</sup> Décision n° 2015-484 QPC du 22 septembre 2015 disponible en <http://bit.ly/1ivN4PQ>

<sup>623</sup> Véase supra nota n. 589.

<sup>624</sup> Más información, nuevamente en LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 54.

<sup>625</sup> Sobre la orden de cese de actividad previa –de 31 de marzo de 2014– y las razones y argumentos del Tribunal nos remitimos, nuevamente a LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 45 y siguientes.

<sup>626</sup> Sobre el mismo y sus vicisitudes, nuevamente, LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 49.

en internet– haber rechazado aplicar esta la prohibición de actividades de Uber en el aeropuerto de Bruselas al considerar la regulación administrativa aplicable contraria al Derecho Europeo<sup>627</sup>.

#### **4. EL MARCO NORMATIVO DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: BREVES NOTAS SOBRE SU DELIMITACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO**

Pues bien, tras todo lo antes dicho parece obvio que, al menos en este primer momento, las controversias judiciales de UBER, tanto en España como en la mayoría de países europeos, se han centrado en solo una de las múltiples cuestiones<sup>628</sup> que plantea el progresivo desarrollo de lo que podríamos denominar como economía de las plataformas digitales colaborativas<sup>629</sup>; más en concreto, en la necesidad o no de que estas aplicaciones o sitios de internet, que permiten la interacción entre varias categorías de usuarios para el intercambio o la puesta en común de información, de bienes o de servicios, a título comercial o no<sup>630</sup>, obtengan la autorización que, al amparo de la normativa del sector económico en el que “se intermedia” –en este caso, obviamente, el transporte terrestre– los distintos ordenamientos reclaman.

Sin poder entrar aquí en la compleja y quizás interesada discusión sobre si todas estas plataformas forman parte o no de lo que se ha dado en llamar economía colaborativa<sup>631</sup>, lo que también se deduce con facilidad es que esta concreta vertiente administrativa y mercantil –que en nuestro país ha paralizado también las incipientes controversias laborales y las consiguientes infracciones imputadas en su caso por la

<sup>627</sup> Véase <http://www.taxi-times.com/en/brussels-commercial-court-refuses-to-ban-uber-from-brussels-airport/> y <https://theculturetrip.com/europe/belgium/articles/is-uber-legal-in-brussels-belgium/>

<sup>628</sup> Sobre las diversas dudas que, por ejemplo, suscita esta misma aplicación en el ámbito tributario véase FALCÓN Y TELLA, R. (2014): “La tributación de UBER (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, n. 13, julio 2014.

<sup>629</sup> Utilizamos, por tanto, la terminología de LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 10 por las mismas razones señaladas por el autor; esto es, evitar su confusión con los simples buscadores y agregadores de noticias en las que la bilateralidad es una exigencia para su forma de financiación pero no como en este caso –plataformas de mise en relation– para su funcionamiento.

<sup>630</sup> Nuevamente LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 10. Un concepto similar de plataforma colaborativa en MONTERO PASCUAL, J.J. (2017), “El régimen jurídico de las plataformas colaborativas”, en AAVV., *La regulación de la economía colaborativa*, (dir. J.J. MONTERO PASCUAL), Tuirant lo Blanch, Valencia, p. 87 y ss.

<sup>631</sup> De interés sobre el tema puede ser la lectura de RASO DELGUE, J.: “La empresa virtual: nuevos...”, cit., p. 9 y ss.

ITSS– está directamente conectada con los problemas derivados de su posible calificación como empresa prestadora de servicios de la sociedad de la información y, más específicamente, de servicios de intermediación. Y ello ya que esta calificación supondría el sometimiento de dichos actos jurídicos, prestaciones y empresas a una normativa específica, especialmente protectora de la libertad de prestación de servicios y centrada, por lo que aquí interesa, en la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico (DCE en adelante) y, en el caso español, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI en adelante).

No es este el momento, obviamente, de profundizar en un tema que, como decimos, escaparía, al menos en apariencia –y repetimos, al menos en apariencia–, del campo del Derecho laboral en el que se enmarca este documento y que, además, suele plantearse en relación con casi todas estas plataformas digitales que pretenden actuar sobre mercados duales<sup>632</sup>. Por ello, nos limitaremos simplemente a recordar cómo esta DCE parte –art. 3– de que todo Estado Miembro deberá velar porque los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador establecido en su territorio<sup>633</sup> “respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho estado miembro que formen parte del ámbito coordinado”<sup>634</sup>, mientras que el resto de estados “no podrá restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado”<sup>635</sup>. Si a ello sumamos la regla del art. 4.1 DCE de acuerdo con la cual “los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalen-

<sup>632</sup> Véase por todos MONTERO PASCUAL, J.J.. (2017): “La regulación de la economía...”, cit., p. 25 y ss.

<sup>633</sup> Sobre la determinación del lugar de establecimiento véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): Derecho Privado de Internet, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 136 y ss. quien recuerda como del art. 2.c) de la Directiva 2000/31/CE se deduce que la norma hace referencia a un establecimiento fijo, durante un periodo indefinido puesto que la simple “presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios”.

<sup>634</sup> Véase igualmente MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 106.

<sup>635</sup> Sobre el hecho de que esta norma no impone una solución conflictual, siendo suficiente con que las normas aplicables en cada caso solo resulten desplazables por la legislación de origen en la medida en la que aquella impongan restricciones no previstas y, por tanto, resulten contrarias al mandato de la DCE, véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): Derecho Privado..., cit., p. 162 y ss.

tes”, sin perjuicio, eso sí, –art. 4.2– “de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información”<sup>636</sup>, comprenderemos la importancia que a estos efectos plantea la delimitación de qué debe entenderse por servicio de la sociedad de la información y, consiguientemente del denominado ámbito coordinado.

Pues bien, solo a estos efectos nos limitaremos a recordar cómo, en primer lugar, la Directiva 2000/31 no incorpora expresamente una definición de servicio de la sociedad de la información, remitiéndose para ello al artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, y hoy derogada por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015. De acuerdo con dicha norma se trataría de “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”<sup>637</sup>.

En cambio, esta primera Directiva (DCE) sí delimita en su art. 2 el ámbito coordinado al identificarlo con “los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (o) a los servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos”. De este modo el ámbito coordinado se referiría a los requisitos que debería cumplir el prestador de servicios en relación con: “el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones” y al “ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios”. En cambio, el ámbito coordinado no se referiría –y esto es importante remarcarlo– a los “requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos”<sup>638</sup>.

<sup>636</sup> Más ampliamente MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 107 y ss.

<sup>637</sup> Sobre esta definición, por todos, MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 101 y ss. quien recuerda cómo, aunque la definición recogida por la LSSI no coincide literalmente con la comunitaria, no parece modificarla en lo sustancial. Véase igualmente DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): Derecho Privado..., cit., p. 127 y ss.

<sup>638</sup> Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): Derecho Privado..., cit., p. 160.

Por lo demás, resulta obvio que la normativa española en esta materia se centra –por lo que aquí interesa– en la ya mencionada LSSI cuyos preceptos normalmente –aunque no siempre– son consecuentes con los preceptos comunitarios. Por ello, y dejando a un lado las dudas sobre si nos encontramos o no ante un prestador de servicios establecido o con un establecimiento permanente en España –véase la amplitud en este caso del art. 2 LSSI<sup>639</sup>– nos limitaremos a aquí recordar cómo, de acuerdo con el art. 7 de la mencionada Ley “la prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 –aplicación de la Ley a determinadas materias cuando el destinatario de los servicios radique en España– y 8 LSSI –que viene a transponer el art.3.2 Directiva 2000/31–; del mismo modo que las distintas limitaciones en las responsabilidades aparecen contempladas en los arts. 14 –proveedores de acceso y operadores de redes–, 15 –copia temporal de datos–, 16 –alojamiento y almacenamiento de datos– y 17 –facilitación de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda–<sup>640</sup>.

## **5. SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO Y SOBRE SUS CAUSAS ÚLTIMAS: LA DISTINTA TIPOLOGÍA DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA**

Pues bien, centrada así la cuestión, es posible intuir cómo la raíz última de toda esta discusión –focalizada por ahora en UberPop, pero plenamente trasladable a otras plataformas de economía digital verticalmente integradas y señaladamente a otras empresas de redes de transporte (TCN)<sup>641</sup>– se encuentra seguramente en la progresiva evolución y diversificación tipológica y funcional de algunas de estas plataformas digitales; una evolución conectada, por un lado, con lo que se ha dado en llamar Tercera o Cuarta Revolución Industrial y el pro-

<sup>639</sup> Sobre los problemas generados, no obstante, por la distinta regulación comunitaria y española véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): *Derecho Privado...*, cit., p. 157-158.

<sup>640</sup> Sobre estas normas, por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015): *Derecho Privado...*, cit., p.231 y ss.

<sup>641</sup> Sobre la regulación impuesta a este tipo de empresas LEIÑENA MENDIZÁBAL, E. (2015): “Los nuevos sistemas de utilización compartida...”, cit., apartado 3.1.

gresivo proceso de implantación de un “capitalismo distribuido”<sup>642</sup> y, por el otro, al menos aparentemente –en especial en el caso de Uber-Pop<sup>643</sup>–, con el auge de lo que se ha dado en llamar “economía colaborativa” y la aparición de los “prosumidores”. Pero vayamos por partes.

Dejando a un lado otros aspectos sobre los que volveremos en un trabajo posterior, parece evidente que el punto de partida de todo este proceso se encuentra en la universalización, no solo del acceso a internet, sino también, y sobre todo, en el uso de tecnologías móviles. Estas tecnologías han permitido la creación, de forma extraordinariamente simple, de comunidades cada vez más amplias<sup>644</sup>, así como la interacción segura entre sus miembros, reduciendo mediante algoritmos, no solo las dificultades de encuentro entre las partes interesadas, sino también, y desde una perspectiva económica, los costes de transacción<sup>645</sup> con todo lo que ello supone de incentivo a los fenómenos de externalización y descentralización productiva y de potenciación del trabajo aparentemente autónomo<sup>646</sup>.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es que esta generalización del internet 2.0 y de estas nuevas aplicaciones, prácticamente universalizadas, permitieron, junto con el desarrollo una mayor concienciación ecológica y el deseo de rehumanizar y horizontalizar este tipo de relaciones<sup>647</sup>, la potenciación de viejas fórmulas altruistas y no

<sup>642</sup> Véase RIFKIN, J. (2011): *La Tercera Revolución Industrial: Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Paidós, Barcelona, y del mismo autor RIFKIN, J. (2014): *La sociedad de coste marginal cero: El internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Paidós, Barcelona. Esta conexión es expresamente destacada, por ejemplo, por TRILLO PÁRRAGA, F. (2016): “Economía digitalizada...”, cit., p. 59 y ss.

<sup>643</sup> De “plataformas digitales que han tergiversado la esencia de la economía colaborativa” habla acertada y gráficamente GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016): “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 6, diciembre de 2016, p. 3 del original disponible en internet en <http://bit.ly/2rlkokV>

<sup>644</sup> En un sentido similar, por mencionar alguno, GOUDIN P. (2016): *The Cost of Non-Europe...*, cit., p. 12.

<sup>645</sup> Por todos, DEGRYSE, C. (2016): *Digitalisation of the Economy...*, cit., p. 7 y ss.; ALBERT R., CABRILLO, F. (2017): “Taxi driver 2.0 ¿Por qué Uber ya ha Ganado la batalla?”, en *Papeles de Economía Española*, n. 151, p., 175 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 25 y ss.

<sup>646</sup> Sobre esta conexión entre trabajo en red, externalización productiva, modalidades de ocupación atípicas y reducción de los costes laborales TULLINI, P. (2016): “Economía digitale e lavoro non-standard” en *Labour & Law Issues*, vol. 2, n.2, p. 5.

<sup>647</sup> Sobre estas ideas fuerza de los distintos actores véase a LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 11 y ss.; HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017): “Caring for Sharing?...”, cit., p. 82 y ss. Igualmente GAUTHIER, G. (2016): “El Derecho Laboral...”, cit., p. 117 y ss.

profesionales de intercambio de servicios personales en el uso compartido de bienes<sup>648</sup> antes muchas veces infrautilizados. Viejas fórmulas, como los bancos de tiempo, el *carpooling* o la *covoiturage*, adquirieron así mecanismos de gestión fáciles y seguros que, unidos a otros factores, permitieron la rápida expansión de lo que sin duda constituye el núcleo más estricto, pero al mismo tiempo más claro e indubitado de lo que se ha dado en llamar economía colaborativa, compartida o de la puesta en común. La idea originaria de la bien conocida *coachsufing* puede ser un excelente ejemplo de lo que decimos y de este modelo de economía basada en el altruismo, el truke, la sostenibilidad ambiental y la buena voluntad, reforzada ahora por el desarrollo exponencial de estas nuevas tecnologías de la comunicación<sup>649</sup>.

El problema, al menos a nuestro juicio, es que junto a este primer modelo, pronto nacieron y se desarrollaron otros en los que las plataformas adquirieron ya un tinte comercial o de servicio económico, obteniendo ingresos en la construcción de estas comunidades, ya sea por la comercialización de espacios publicitarios en actividades aún no monetarizadas, altruistas o basadas en el simple trueque, o, dando un paso más allá, mediante el pago, ya sea de una cierta cantidad para el acceso al, o a ciertos servicios digitales, o mediante la retención de parte de los pagos que, a través de sus propias pasarelas<sup>650</sup>, ahora sí se realizan entre las partes –aunque aquellas cantidades lo fuesen simplemente como mera compensación a prorrata de los gastos ocasionados por la realización del servicio o por el uso temporal de un bien–.

Esta monetarización y mercantilización<sup>651</sup> va a permitir igualmente el desarrollo, junto con las anteriores, de plataformas digitales

<sup>648</sup> Y ello ya que como recuerda con acierto FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016): “Las empresas...”, cit., p. 38-39 la utilización de aplicaciones y plataformas no es en sí un elemento definitorio de la economía colaborativa.

<sup>649</sup> Véase en relación con esta perspectiva y la ambivalencia del concepto economía colaborativa, véase la interesante perspectiva de TRILLO PÁRRAGA, F. (2016): “Economía digitalizada...”, cit., p. 66 y siguientes.

<sup>650</sup> Para ejemplos de ambos tipos de sistemas, con posibles combinaciones, véase EUROFOUND (2015): *New forms of employment*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, p. 110, disponible en [https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef\\_publication/field\\_ef\\_document/ef1461en.pdf](https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf). Por otra parte, la cuantía de estos “transaction fees” puede variar considerablemente de una a otra plataforma, desde el tres al veinte por ciento –KATZ, V. (2015): “Regulating ...”, cit., p. 1072–.

<sup>651</sup> Este término en GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016): “Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU.”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 187, p. 163 y 164.



“disruptivas”<sup>652</sup>, creadoras de mercados, no ya solo locales o nacionales, sino también con una clara vocación universal; mercados abiertos al intercambio, tanto en el uso de una amplia variedad de bienes o de servicios –generalistas–, como de un tipo más o menos concreto de aquellos –especializadas–, y en los que además, el servicio podía prestarse y remitirse o bien a distancia, mediante medios telemáticos –*on line*–, o bien desarrollarse físicamente y de forma necesariamente presencial –*off line*–. En cualquier caso, uno de los rasgos más llamativos de estas plataformas digitales –cuyo uso, además, se ha visto fomentado por las últimas crisis económicas ante el deseo tanto de incrementar el ahorro, como de obtener ingresos extras por bienes en muchas ocasiones infrautilizados<sup>653</sup>– es, como decimos, que ante la ausencia de un poder público que regule este nuevo tipo de mercados supraterritoriales, serán las propias plataformas las que lo hagan de forma análoga a lo que aconteció en su momento con los mercados locales y con los nacionales, pero bajo reglas ahora estrictamente privadas. De este modo serán estas plataformas y sus propias aplicaciones la que crearán las condiciones o criterios –¿normas?– tanto de acceso como de permanencia en estos nuevos “mercados” mediante, eso sí, simples contratos de adhesión; serán estas mismas plataformas y aplicaciones las que regulen en muchas ocasiones las normas de intercambio de este uso de bienes o de servicios y de seguridad en el tráfico, imponiendo normalmente el uso de pasarelas y reglas de pago propias; o las que, por último, intentarán evitar los posibles defectos de información mediante mecanismos o instrumentos reputacionales, para uno o para ambos lados de estos mercados, asentados sobre valoraciones públicas de previas transacciones en las que se haya participado<sup>654</sup>.

En cualquier caso, el problema con el que finalmente nos enfrentamos se plantea cuando junto a estas plataformas “horizontales”, dotadas de unas mínimas reglas<sup>655</sup>, que únicamente facilitan el encuentro real en-

<sup>652</sup> Con mayor profundidad FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016). “Las empresas...”, cit., p. 36 y ss.; KATZ, V. (2015): “Regulating...”, p. 1069.

<sup>653</sup> Por todos, GOUDIN P. (2016): *The Cost of Non-Europe...*, cit., p.12; CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 29.

<sup>654</sup> Sobre estos temas resultan de interés las innovadoras observaciones de SMORTO G. (2015): “I contratti della sharing economy”, en *Il Foro Italiano*, aprile 2015, V, 221.

<sup>655</sup> Que en ocasiones abarcan la fijación de un precio mínimo de servicios personales y en otras no. Ejemplos de unas y otras en EUROFOUND (2015) *New forms of employment...*, cit., p. 110. En este sentido, es cierto que como señala KATZ, V. (2015): “Regulating ...”, cit., p. 1072 todas estas plataformas colaborativas –al menos las que cobran por su uso– ejercen un cierto grado de control sobre todas las transacciones realizadas en su seno, necesario sin duda para dotar de confianza y reducir los costes de transacción. Pero obsérvese que a nuestro juicio la cuestión no se centra en la existencia de ta-



tre oferentes y demandantes en el uso temporal de bienes y servicios, aparecen, como decimos, plataformas fuertemente integradas desde una perspectiva vertical. Ciertamente estas plataformas pueden ser vistas igualmente como creadoras de mercados (*market makers*) en los que posteriormente intermedian, permitiendo el acceso a los mismos y el encuentro entre oferentes y demandantes de bienes y servicios de uso temporal. El problema, como decimos, es que junto a esta perspectiva clásica y segmentadora, que compartimenta el papel del creador e intermediario electrónico –servicio de la sociedad de la información– de los oferentes de bienes y servicios, –prosumidores convertidos en aparentes autónomos–, cabe otra más integradora y material, al menos para ciertos tipos de plataformas.

Esta segunda perspectiva es, como ya hemos visto, la que parecen haber acogido la mayor parte de los tribunales europeos en relación con UberPop y parte, en esencia, de que en estos casos el papel integrador de la plataforma y de sus aplicaciones dista mucho del de simple y mero creador –y más tarde intermediador mediante una singular actividad electrónica con reminiscencias de corretaje<sup>656</sup>– de estos singulares mercados. Muy al contrario, más que ante una clásica plataforma en un mercado multilateral<sup>657</sup>, nos encontraríamos ante la titular de los elementos productivos principales –la plataforma y la aplicación– que le permitirían organizar y dirigir el resto de factores de producción que ahora se convertirían en accesorios –lo característico de esta nueva revolución industrial– y que son canalizados para prestar un servicio específico a un mercado concreto como es, en este caso, el del transporte<sup>658</sup>; un servicio subyacente, en definitiva, al que la plataforma dota de unas características específicas para competir con otras aplicaciones o prestadores de estos servicios ajenos a la misma; y unas características que, obsérvese, identificarían estos servicios, no

---

les mecanismos, sino en su intensidad; o, en otras palabras, cuando estamos ante unas reglas mínimas que permiten construir un mercado al que acuden las partes realmente autónomas, y cuando, por el contrario, estamos ante una regulación tan completa que lo que existe es una ordenación de factores de producción para producir un servicio homogéneo que se ofrece al mercado. Pero sobre ello volveremos inmediatamente.

<sup>656</sup> Más ampliamente, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017): “El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa”, en AAVV., *La regulación de la economía...*, cit., p. 130 y ss.

<sup>657</sup> Sobre estos conceptos son de interés las aportaciones de MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “La regulación...”, p. 25 y ss. y SORIA BARTOLOMÉ (2017) “Aspectos económicos de la economía colaborativa”, en AAVV., *La regulación de la economía...*, cit., p. 72 y ss.

<sup>658</sup> O, como de forma expresiva recuerda de BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economia: un approccio critico”, en *Labour & Law Issues*, vol. 2, no. 2, p. 67, Uber vendería “rides” y no “softwares”.

ya con el materialmente fungible prestador en cada momento del servicio físico, sino con el tipo de prestación uniformada que articula la plataforma/aplicación, y que se ofrece, por tanto, a los consumidores materialmente como una marca.

En otras palabras, y por llevarlo al caso concreto, cuando utilizamos UberPop no buscamos, seleccionamos y contratamos en este teórico “mercado” a un concreto transportista por las características propias y específicas de aquel y del servicio específico que presta; acudimos realmente a un proveedor de un servicio estandarizado según sus reglas –Uber–. Y ello ya que es la propia plataforma la que mediante fórmulas materialmente vinculantes en el proceso de entrada –requisitos de acceso– y de mantenimiento –manual del conductor, posibilidad de desconexión por incumplimientos del mismo– fija un servicio cuyo coste, además, es ella la que lo fija y lo percibe materialmente. Se trata, por tanto, de un servicio estandarizado e identificado por la –y con la– plataforma/aplicación, que garantiza a sus usuarios una actividad que se realizará con unos medios normalizados, por un personal estandarizado, y con unas características –música, limpieza, recogida, ayuda en caso de lluvia– igualmente prefijadas e identificativas del servicio que para el lenguaje común prestaría la propia plataforma mediante sus transportistas<sup>659</sup>. De hecho, y al menos a nuestro juicio, sería esta específica búsqueda de una identificación y distinción de tales servicios frente al resto de competidores, de este carácter material de “marca”, en el que las características específicas del concreto prestador individual pierden materialmente importancia, la que nos permitiría distinguir cuando a través de la plataforma se presta un mero servicio de intermediación electrónica –normalmente incardinable en los servicios de la sociedad de la información–, escindible o separable del servicio presencial o cuando, por el contrario, por su trascendencia e intensidad esta preordenación de los servicios a los que puede accederse por la misma la convierten en algo más, en el prestador igualmente de un servicio específico y distinto, que, además, y en esta ocasión, se desarrolla de manera física y, por lo tanto, fuera del ámbito coordinado y del comercio electrónico. Y todo ello, claro está, dejando a un lado las más que serias dudas sobre la posible consideración de UberPop como un ejemplo de economía colaborativa, al menos desde la perspectiva de eficiencia energética y menor huella ecológica<sup>660</sup>.

<sup>659</sup> Véase en este sentido HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017): “Caring for Sharing?...”, cit., p. 96 y ss.

<sup>660</sup> Véanse en este sentido la opinión de GINÈS Y FABRELLAS, A. (2016): “Crowdsourcing sites...”, cit., 3 o de BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economia...”, cit., 64-

En definitiva, y por recapitular, cuando nos encontramos ante una plataforma horizontal, abierta al comercio de una amplia amalgama de productos o servicios y en el que las reglas se limitan a la configuración general de mismo, creando simplemente un espacio virtual donde libremente las partes pueden actuar, encontrarse y negociar las condiciones fundamentales del intercambio, resulta evidente que el titular de la plataforma solo crea este mercado, actuando por tanto –si cumple con las exigencias antes señaladas–, como una empresa de servicios de la sociedad de la información que fomenta el encuentro entre oferentes y demandantes cuyas características personales y profesionales sí son valoradas y entran en concurso y competencia entre sí.

En cambio, cuando nos encontramos ante una plataforma estrictamente vertical y profundamente integrada, en la que bajo la apariencia de la creación de un mercado, lo que se hace realmente es construir una auténtica organización productiva en línea o en red; cuando utilizando la actual centralidad del tratamiento de la información sobre los viejos medios materiales de producción, lo que hace la plataforma es fijar los precios de los servicios y señalar las condiciones básicas en las que estos han de prestarse –los elementos centrales del negocio aparentemente subyacente– impidiendo en gran parte la individualización de los teóricos prestatarios, la competencia entre los mismos y la capacidad de negociación entre estos y los teóricos usuarios; cuando, en definitiva, el poder organizativo de la plataforma hace que lo que solicitemos no sea realmente el servicio de un concreto prestador, seleccionado en función de sus características específicas, sino un servicio identificado incluso por y con la misma plataforma –piénsese en el carácter más informal de los servicios “de” Lyft frente a los “de” Uber–, difícilmente cabrá sostener, en definitiva, que nos encontramos ante meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, desligados del servicio físico en el que teórica o formalmente solo intermediarían<sup>661</sup>.

65. Igualmente, y de forma más general, puede consultarse a LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 13 quien plantea incluso la necesidad de un análisis casuístico del impacto de la economía “de la fonctionnalité” teniendo en cuenta los efectos sustitución y rebote.

<sup>661</sup> En contra, por ejemplo, BARNÉS, J. (2017): “Un falso dilema: taxis vs Uber” en *Diario la Ley*, n. 8942, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2017, quien sostiene la naturaleza de servicios de la sociedad de la información de la actividad de intermediación de Uber distinguiéndola de los servicios subyacentes de transporte. Igualmente, reconduce indiscriminadamente el régimen jurídico de estas plataformas a los servicios de la sociedad de la información MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “La regulación de la economía colaborativa”, en AAVV. *La regulación de la economía colaborativa*. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas, (director MONTERO PASCUAL), Tirant Lo

De hecho, esta necesaria diferenciación y sus consecuencias han sido reconocidas por la propia Comisión Europea al señalar como en determinados supuestos una plataforma puede llegar a ser también un proveedor del servicio subyacente y, por tanto, estar sujeta a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios<sup>662</sup>.

Intentando simplificar la argumentación de la Comisión, baste destacar como, de acuerdo con la misma, y en estos casos, resultaría necesario valorar varios elementos de hecho y de Derecho que definirían el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de tales servicios. En particular, la Comisión señala tres criterios que valora como “claves”, junto a otros dos que también podrían desempeñar, al parecer más limitadamente, un cierto papel en esta calificación. Los tres indicios claves se centrarían, según esta institución, en aspectos relativos al precio del servicio, a la determinación de otras condiciones contractuales clave y a la propiedad de los activos igualmente centrales para el desarrollo del servicio físico o no electrónico. Así, en relación con el primero, la Comisión considera “central” analizar si la plataforma colaborativa fija o no el precio final que debe

---

Blanch, Valencia, p. 38 y ss. así, como del mismo autor y en la misma obra MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 104.

Por el contrario, en JARNE MUÑOZ, P. (2015): “Uber ante el Tribunal de Justicia...”, cit., p. 120 la incidencia de estos “soportes electrónicos” aunque con “incidencia habrá de ser planteada necesariamente como accesorio, no resultando apta en consecuencia para desvirtuar la calificación de la actividad desarrollada por Uber como de transporte”. Desde una perspectiva más amplia, y en una línea aún más restrictiva con la posible consideración de estas plataformas colaborativas electrónicas de prestación de servicios como empresas que se limitarían a prestar servicios de sociedad de la información véase GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 14 y 15; y ello, no tanto por considerar que cuando estas plataformas intervienen de forma clara, activa y directa en la prestación de servicios, en la fijación del sistema de retribución, en el establecimiento de recomendaciones o instrucciones de la prestación, en el sistema de evaluación para controlar la actividad o se reservan la capacidad de desconectar a los prestadores “pierden la condición de meras empresas tecnológicas” –lo que evidentemente sucede, al menos a nuestro juicio, en Uberpop–, sino por el hecho de que la autora traslada estas conclusiones al caso de Amazon Mechanical Turk en el que esta consideración como plataforma vertical suscita, por las peculiaridades de la misma, muchas más dudas, al menos al autor de estas líneas.

<sup>662</sup> 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”, COM(2016) 356 final, Bruselas, 2.6.2016, p. 6. En relación con esta Comunicación, su contenido y antecedentes con un interesante estudio de la posición en relación con la economía colaborativa de distintos organismos de la Unión puede consultarse a CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 35.

pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, si la plataforma solo recomienda un precio o si, en el otro extremo, el prestador de los servicios subyacentes es completamente libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa. En relación con el segundo indicio, la Comisión destaca la conveniencia de analizar si la plataforma colaborativa establece o no los términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, dando instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio, incluida cualquier obligación de prestarlo). Y finalmente, en relación con el tercero, la institución europea se limita a plantear la necesidad de distinguir en función de si la plataforma es o no la titular de los activos clave para prestar el servicio subyacente. En palabras de la propia Comisión, cuando se cumplieren estos tres criterios habría “indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de una servicio de la sociedad de la información)”.

Además, y junto a estos tres y como otros criterios que “en función del caso podrían también desempeñar un papel”, la Comisión resalta aspectos como que plataforma colaborativa sufrague o no los gastos y asuma o no todos los riesgos relacionados con la prestación del servicio subyacente, o –obsérvese la ubicación– si existía o no una relación laboral entre la plataforma colaborativa y la persona que presta el servicio subyacente en cuestión.

En conclusión, y en palabras de la propia Comisión, “estos elementos podrían indicar que la plataforma colaborativa ejerce un gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente. En cambio, las plataformas colaborativas pueden estar solamente asistiendo al prestador de los servicios subyacentes al ofrecer la posibilidad de realizar determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información ofrecidos por la plataforma como intermediaria entre el prestador de los servicios subyacentes y sus usuarios (p. ej., modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios postventa, etc.). Esto no constituye por sí mismo una prueba de influencia y control por lo que respecta al servicio subyacente. Del mismo modo, la oferta de mecanismos de evaluación o calificación tampoco es por sí misma una prueba de influencia o control significativo. Sin embargo, en general, cuanto más gestionan y organizan las plataformas colaborativas la selección de los

proveedores de los servicios subyacentes y la manera en que se prestan dichos servicios –por ejemplo, verificando y gestionando directamente la calidad de los servicios–, más evidente resulta que la plataforma colaborativa puede tener que ser considerada también ella misma como proveedora de los servicios”.

En definitiva, coincidimos con la Comisión en que lo realmente importante a estos efectos sería el nivel real y efectivo de control e influencia que la plataforma/aplicación tenga materialmente en la determinación de las obligaciones que aparentemente surgirían entre las partes. El problema es que, como en todo concepto jurídico indeterminado, junto a supuestos de absoluta certidumbre positiva – por ejemplo, cuando los medios materiales con los que se realiza el servicio son propios de la plataforma, que también es la empleadora de las personas físicas que los llevan a cabo, fijando el precio y las condiciones de intercambio y asumiendo el riesgo de la misma– o negativa –cuando, en cambio, el precio y las condiciones del intercambio fueran fijadas de forma absolutamente libre por las partes, compitiendo los oferentes y demandantes entre sí en el intercambio de bienes o servicios prestados con sus propios medios y corriendo ellos mismo con los riesgos derivados de aquellos– existirían importantes zonas de penumbra en donde, por desgracia se posicionan buena parte de estas aplicaciones.

Es en esas zonas de incertidumbre donde se aprecia, sobre todo en su argumentación, un cierto deseo –al menos a nuestro juicio– de excluir esta influencia por parte de la Comisión<sup>663</sup>. Y ello porque, al menos a nuestro juicio, no sería absolutamente necesario que se diesen los tres elementos clave –y especialmente la titularidad de los bienes– para que pudiera apreciarse un claro indicio de control e influencia. La pre-determinación, de hecho o de derecho, del precio y del contenido general de las prestaciones subyacentes debiera ser bastante para constatar cómo, más que ante la creación de un mercado en el que se intermedia, lo que nos encontramos es ante una auténtica empresa en red, organizada y dirigida por la plataforma/aplicación, que ofrecería un servicio estandarizado y con el que se la identifica –a ella y no a los “colaboradores”–. Del mismo modo que parece evidente que la utilización de trabajadores propios impide ya desde un principio, y como indicio no accesorio sino central, hablar de una mera intermediación y no de un

<sup>663</sup> Esta perspectiva “pro-sharing” de la Comunicación de la Comisión también es detectada por HATZOPOULOS, V., ROMA, S.: “Caring for Sharing?...”, cit., p. 98 quienes igualmente destacan como siguiendo el test propuesto por la Comisión resultaría bastante difícil alcanzar la conclusión de que la plataforma participa activamente en el servicio subyacente.

servicio específico prestado físicamente por la misma plataforma que ha tramitado, eso sí, por vía electrónica su contratación. En definitiva, que lo fundamental sería medir el grado y la intensidad de este control e influencia en la caracterización del producto ofrecido a los consumidores, sin dotar de mayor importancia a meros indicios, ni exigir rígidamente reglas acumulativas que podrían terminar por desvirtuar el elemento nuclear: esto es, el control e influencia de la plataforma en la configuración y control de los servicios subyacentes. Y todo ello, claro está, sin olvidar que si bien la utilización de trabajadores propios de la plataforma en la prestación de dichos servicios físicos, o de bienes centrales para la misma de su propiedad excluiría segura y radicalmente su pretendida ajenidad del servicio físico, lo contrario –esto es la no utilización de bienes o personal formalmente propio– no tendría que conducir necesariamente a la conclusión contraria –su mera consideración como intermediario de la sociedad de la información– sobre todo cuando de otros rasgos, señaladamente la predeterminación del precio y de los rasgos esenciales de la prestación, pueda deducirse el tantas veces mencionado control o influencia.

En cualquier caso, lo que sí es cierto es que las recientísimas conclusiones del Abogado General Szpunar en el ya mencionado Asunto C-434/15<sup>664</sup> –conocidas una vez concluida la redacción inicial de este trabajo– parecen seguir esta vía. De acuerdo con las mismas, Uber no podría o debería ser considerada como una simple plataforma de uso compartido de vehículos cuya actividad se limitaría a intermediar entre oferta y demanda. Para el Abogado General, esta plataforma haría “bastante más”, al ser ella misma la que no solo crea la oferta, regulando “sus características esenciales”, sino que organiza también su funcionamiento –puntos 42 y 43–. Uber controlaría así “los factores económicamente pertinentes del servicio de transporte ofrecido en su plataforma” –p. 51–, lo que excluiría la posibilidad de considerarla como “un mero intermediario entre conductores y pasajeros”, considerando como secundaria la actividad de transporte. Muy al contrario, en este caso, este tipo de prestación sería sin lugar a dudas la principal y la que le confiere su sentido económico –p. 64–, más aún ante el sinsentido que supondría –concluye Szpunar– admitir teóricamente la intermediación, pero prohibir formalmente la actividad de transporte sin la cual aquella carece de sentido –p. 65 y 66–.

<sup>664</sup> ECLI:EU:C:2017:364, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1319703>



## **6. LA IMPORTANCIA DE ESTA CUESTIÓN PARA EL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL PROPIO DERECHO DEL TRABAJO PARA SU RESOLUCIÓN**

Pues bien, todo lo antes dicho nos permite alcanzar finalmente el objetivo real y central de este trabajo: esto es, mostrar la trascendencia de esta cuestión para el Derecho Social y, en sentido opuesto, la importancia que también ostenta, al menos a nuestro juicio, el propio Derecho del Trabajo para solventar esta misma cuestión. Pero vayamos nuevamente por partes.

### **6.1. LA TRASCENDENCIA DE ESTA CALIFICACIÓN PARA EL CAMPO SOCIAL DEL DERECHO**

En este sentido, es cierto, en primer lugar, que el carácter normalmente mercantil, económico-administrativo o simplemente administrativo-sancionador de esta cuestión podría hacernos creer que la misma carece toda relevancia o trascendencia a efectos laborales. De hecho, la cuestión que da origen a este comentario se plantea en la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en relación con la impugnación de una específica sanción administrativa y se conecta inevitablemente con otras en el campo de la competencia desleal. De ahí que de forma quizás apresurada pudiera pensarse que las consecuencias jurídico-sociales de este debate, y en especial, de la posible ilegalización definitiva de esta actividad, limitarían su impacto a las posibles consecuencias sobre las relaciones laborales –que de hecho o de derecho hubiera podido establecer dicha mercantil– y, consecuentemente sobre las posibles actas de infracción que, en su caso, hubiera podido levantar la ITSS<sup>665</sup>. Y, sin embargo, creemos que esto no es en absoluto así.

En realidad, el objeto contencioso planteado –esto es, la calificación de este tipo de empresas como prestadoras solo de servicios de la sociedad de la información o, por el contrario, de servicios complejos que incluiría el transporte– puede llegar a tener una notable trascendencia, en primer lugar, en relación con el progresivo y conocido debate sobre la naturaleza laboral o no de la relación entre Uber y sus conductores y, más en general, en relación con la posible calificación como laboral de las relaciones que pudieran existir entre este tipo de plataformas y los prestadores de servicios que las utilizan y que, como regla general, suelen ser identificados como autónomos. Intentaremos explicarnos.

A nuestro juicio, si tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia a nivel europeo calificaran finalmente a Uber como un simple

<sup>665</sup> Véase Inspecció de Treball de Catalunya de 9 de marzo de 2015 derivado de actuaciones realizadas a la empresa Uber Systems Spain, S.L. (núm. expediente 8/0025767/14)

intermediario, como una mera empresa de servicios de la sociedad de la información, que intermedia pero no presta un servicio físico – en este caso de transporte–, dicha declaración supondría, al menos a nuestro juicio, un obstáculo no ya serio, sino casi insalvable –siempre, claro está, que queramos conservar la coherencia del sistema–, para cualquier intento de articular una relación laboral entre estos mismos prestadores de servicios físicos y la plataforma/aplicación. Asumir esta perspectiva supondría, al menos en nuestra opinión, partir, acoger e impulsar una opción en la que la plataforma/aplicación se limitaría a crear un mercado y a fomentar la contratación del tipo de servicios entre autónomos y consumidores, rechazando por tanto implícitamente la posible existencia de relaciones laborales entre la plataforma y el prestador del servicio físico. Y ello ya que, al menos a nuestro juicio, esta consideración como mero intermediario solo sería asumible si se parte de la ausencia de toda relación laboral entre la mercantil y estos conductores, ya que solo así cabría hablar de la necesaria bilateralidad en la actividad de intermediación, máxime si, como recuerda la propia DCE en su considerando 18, “la relación contractual entre un empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información”. Y si esto es así con una plataforma vertical fuertemente integrada, lo mismo podría sostenerse, obviamente, con otras plataformas de este mismo tipo. De hecho, no es en absoluto casual que la mayor parte de autores que sostienen este carácter de meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, tanto de UberPop como, en general, de las restantes plataformas digitales, coincidan igualmente en rechazar de plano la posible existencia de una relación laboral entre estos conductores y la correspondiente mercantil titular de la plataforma y/o de la aplicación<sup>666</sup>.

En cambio, y esto es importante destacarlo, si se optará por considerar a Uber y a UberPop como empresas y servicios de transporte la conclusión no sería necesariamente la opuesta; esto es, la laboralidad de las relaciones de servicio. En este sentido es cierto que tal calificación es, como hemos dicho anteriormente, un requisito seguramente casi necesario para la posible calificación como laboral de tal relación entre estas dos partes; pero, al menos a nuestro juicio, debe destacarse como aun siendo necesaria, no sería, sin embargo, por sí misma suficiente.

En este sentido, es cierto que si esta calificación judicial de la naturaleza de la actividad de la aplicación se basase finalmente en el recono-

<sup>666</sup> Por todos, muy claramente, MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “La regulación...”, cit., p. 41 quien se refiere a un “análisis desenfocado” para referirse a aquellos estudios que han sostenido la posible existencia de relaciones laborales en este ámbito.

cimiento de la intensidad de control que esta plataforma/aplicación ejerce, no ya solo en la fijación real del precio, sino y sobre todo, en los elementos centrales de la prestación del servicio, tales rasgos debieran ser igualmente valorados como fuertes indicios de la posible laboralidad de la relación que media entre la mercantil y el prestador de servicio –y no, obsérvese, con el posible consumidor del servicio-, sobre todo por lo que esto supondría de reconocimiento de una indiciaria dependencia jurídica.

Pero obsérvese que ello no impediría, en primer lugar, que como consecuencia de exclusiones constitutivas –por ejemplo, art. 1.3.g ET en relación con otras aplicaciones de Uber– o, en segundo lugar, por la mera utilización de otros elementos o indicios específicos en el juicio de laboralidad –que desde esta perspectiva sería solo parcialmente coincidente al analizado con anterioridad– condujera a considerar estas relaciones como autónomas o por cuenta propia. De hecho, nada impediría que un empresario “digital” prestará servicios de transporte ya sea mediante trabajadores por cuenta ajena o mediante verdaderos autónomos. Lo que en cambio parece incompatible, como ya hemos señalado, es que una empresa exclusivamente intermediaria pudiera tener trabajadores por cuenta ajena destinados a prestar un servicio que, por su propia naturaleza física, quedaría excluido expresamente de la DCE y subsumido inexcusablemente en el ámbito, en este caso, del transporte.

## 6.2. LA INVERSA: LA TRASCENDENCIA DE LA POSIBLE LABORALIDAD DE LA RELACIÓN SOBRE LA CALIFICACIÓN JURÍDICA DE ESTAS PLATAFORMAS

Pues bien, esta última conclusión nos conduce directamente al segundo aspecto que nos interesa destacar aquí.

Como ya hemos visto, hasta el momento la cuestión de la laboralidad o no de la relación entre los conductores y UberPop ha sido considerada, todo lo más, como un aspecto o un factor menor o simplemente intrascendente en la mayoría de estos debates. Así, por ejemplo, en el ya analizado Auto n. 15/2017 de 23 de enero de 2017, la Sección Vigésimotava de la Audiencia Provincial de Madrid consideraba que, a estos efectos, el análisis de la calificación como laboral o mercantil, como dependiente o como autónoma del trabajo o de los servicios prestados por los conductores a Uberpop no era “preciso” o necesario en ese momento; en un sentido similar, el Abogado General Szpunar en sus conclusiones del tantas veces mencionado asunto C-434/15 consideraba igualmente que la polémica relativa al estatuto de los conductores –p. 54– “es completamente ajena a las cuestiones jurídicas que nos pre-

ocupan en el presente asunto”; y finalmente, y como ya hemos visto, la Comisión Europea, ha considerado a estas cuestiones –la existencia o no de una relación laboral entre los prestadores del servicio físico y la plataforma– como, todo lo más, un indicio, aunque eso sí, no clave, en la solución de este problema.

Pues bien, como se deduce de todo lo anterior, no creemos que esta sea la perspectiva correcta. En nuestra opinión, es cierto que si del grado de control e integración de la plataforma/aplicación sobre los elementos centrales del servicio físico prestado cupiera extraer con una cierta claridad que la misma sería también la prestataria del mismo –lo que ocurría, por ejemplo, en el mencionado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid–, la naturaleza jurídica de la relación entre la aplicación y los prestatarios de los servicios físicos ya no sería un factor de necesaria evaluación. Pero en cambio, cuando existan dudas sobre esta calificación, creemos que el análisis sobre la naturaleza laboral o no de dicha relación puede llegar a convertirse en un elemento clave –y no solo accesorio como parece sostener la Comisión– para la misma. Y ello ya que, como hemos sostenido anteriormente, de apreciarse este carácter asalariado difícilmente cabría sostener que la plataforma/aplicación fuera única y exclusivamente una empresa dedicada a los servicios de la sociedad de la información.

En concreto, el caso UberPop.

En el caso concreto de Uber y UberPop de los datos hasta ahora referidos parece extraerse la conclusión de que nos encontramos, seguramente, ante algo más que ante una mera empresa intermediaria en servicios de la sociedad de la información. Como ya hemos visto, por su grado de integración y control sobre la prestación de transporte, por la fijación de su precio –en función incluso de la demanda de los consumidores–, por la prohibición de propinas, por el proceso de selección de sus conductores, por las características requeridas a los vehículos, por las imposiciones en la prestación del servicio derivadas del denominado Manual del conductor –aparentemente orientativo, pero en la práctica vinculante–, o, por señalar un último aspecto, por las posibilidades de “desconexión” de estos mismos transportistas ligadas en ocasiones a la valoración, aparentemente realizada por los usuarios, pero asumida como propia por la plataforma/aplicación, cabría concluir excluyendo que nos encontrásemos ante una gestora de meros servicios de la información<sup>667</sup>.

<sup>667</sup> Aunque de forma colateral, esta parece ser también la opinión de ARAGÚEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como pla-

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es que a esta misma conclusión debiéramos llegar igualmente si en nuestro análisis se incorporará la vertiente ligada a la naturaleza laboral o no de la relación.

Sin poder detenernos excesivamente en esta cuestión, y asumiendo la aplicación a este supuesto de la legislación española –lo que, como veremos, no es un tema ni simple ni baladí<sup>668</sup>– nos limitaremos por ahora a señalar que, como ya sostuvimos en su momento<sup>669</sup>, y como parece ser la opinión mayoritaria en la doctrina iuslaboralista española<sup>670</sup>, la relación que media entre Uber y sus conductores de Uberpop, aunque presente ciertamente algunas singularidades, reúne igualmente los suficientes elementos caracterizadores como para considerarla una relación laboral o, al menos, una relación no meramente autónoma; una conclusión esta que, por lo demás, está en línea con las decisiones que en relación con este mismo supuesto han alcanzado la mayoría de órganos administrativos o judiciales norteamericanos<sup>671</sup>,

---

taforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo*, 2017, Volumen 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, p. 10, n. 26 disponible en [http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc\\_adapt/article/view/458/613](http://ejcls.adapt.it/index.php/rldc_adapt/article/view/458/613) y de acuerdo con la cual “esta idea” –su actuación como mero intermediario– no parece ser adecuada cuando sea la empresa quien cobra directamente el servicio del cliente para posteriormente entregarle el porcentaje que corresponda al conductor”.

<sup>668</sup> Véase *infra*, lo señalado a este respecto en el apartado 7 de este mismo trabajo, LA DIVERSIDAD TIPOLÓGICA DE LAS PLATAFORMAS Y SU IMPACTO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN.

<sup>669</sup> CALVO GALLEGO, F.J. (2016): “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”, en *Creatividad y sociedad*, n. 26, p. 229 y ss.

<sup>670</sup> Por mencionar algunos ARAGÚEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida:...” , cit., p. 17-18; GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016): “Las relaciones laborales...”, cit., p. 183 o CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 52 especialmente. Un repaso más completo en RASO DELGUE, J., “La empresa virtual:...”, cit., p. 20, n. 41, quien no obstante considera que nos encontraríamos ante “una nueva categoría de trabajador que opera conscientemente entre la subordinación y la independencia...una modalidad de trabajador semidependiente, responsable ante la autoridad del país donde trabaja (independencia) y vinculado a una organización que regula su trabajo (dependencia).” En la doctrina de otros países véase, por ejemplo, BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economia...”, cit., p. 67 y ss.

<sup>671</sup> Véanse, las decisiones de la Labor Commissioner of the State of California –*Berwick v. Uber Technologies, Inc.*, 3 June 2015–; Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon en su decisión de 14 de octubre de 2015; de la California Unemployment Insurance Appeals Board en su decisión de 1 de junio de 2015 (Case No, 5371509 – Reopened) y del United States District Court, Northern District of California *Cotter et al. v. Lyft Inc.*, Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015; *O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc.*, et al., Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015-. Sobre el tema puede consultarse CAVAS MARTÍ-

británicos<sup>672</sup> o algunos franceses<sup>673</sup> y en las que mayoritariamente se ha rechazado la pretendida naturaleza autónoma de esta relación ya sea a efectos contractuales o de protección social<sup>674</sup>.

NEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 48-49; GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016): “Las relaciones laborales...”, cit., p. 166 y ss.; RASO DELGUE, J.: “La empresa virtual: nuevos...”, cit., p. 13 y ss.; GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016): “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 4 n. 12 y GAUTHIER, G. (2016): “El Derecho Laboral...”, cit., p. 117 y ss. No obstante, debemos destacar como los indicadores americanos –extraídos en muchas ocasiones del caso Borello aunque con matizaciones específicas para estas actividades derivados de los asuntos *Yellow Cab Cooperative, Inc. v. Workers’ Comp. Appeals Bd.* (1991) 226 Cal.App.3d 1288, 277 Cal.Rptr. 434 y *Toyota Motor Sales U.S.A., Inc. v. Superior Court (Lee)* (1990), No. B047423. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division Three. May 22, 1990– no deben ser la clave, al menos a mi juicio, para la resolución de este mismo problema en España, si bien son ciertamente indicativos, por ejemplo, de la escasa trascendencia a estos efectos de aportar un vehículo cuando se está sometido al control por parte del empleador.

<sup>672</sup> En relación con la situación en el Reino Unido, véase nuevamente ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida...”, cit., p. 16 y ss.; CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 49; TRILLO PÁRRAGA, F. (2016): “Economía digitalizada...”, cit., p. 75 y LAMBRECHT, M. (2016): *L’économie des...*, cit., p. 22 quien resalta igualmente la importante decisión del London Employment Tribunal de 28 de octubre de 2016 el caso de *Aslam, Mr J Farrar and Others –V– Uber*, en el que, con una muy interesante argumentación –que algunos consideran al menos “audaz”–, se califica a estos conductores, ciertamente no como employees, pero sí, al menos como “workers” y no autónomos –independent contractor– lo que abre las puertas a que dichos conductores se beneficien de la protección por salario mínimo y de descansos pagados. El texto de esta muy interesante decisión en <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-y-aslam-mr-j-farrar-and-others-v-uber/>.

<sup>673</sup> Por lo que se refiere a su protección social, en Francia, y como recuerda LAMBRECHT, M. (2016): *L’économie des...*, cit., p. 22, la URSSAF de Ile-de-France decidió en 2016 recalificar el estatuto de los conductores de Uber como asalariados iniciando incluso acciones judiciales contra Uber tanto por las cuotas correspondientes como por trabajo no declarado.

<sup>674</sup> Por el contrario, LAMBRECHT, M. (2016): *L’économie des...*, cit., p. 23, señala como en el caso belga, el Secretario de Estado para la lucha contra el fraude social del gobierno federal anunció en noviembre de 2015 que, de acuerdo con un estudio de la Oficina Nacional de Seguridad Social, sus servicios consideraban a los conductores de Uber como trabajadores independientes. Por ello este mismo autor manifiesta sus dudas en relación con la naturaleza laboral o no de estas relaciones en Bélgica, si bien sí parece considerar como tales las de otras plataformas o aplicaciones similares como Deliveroo o Uber Eats en donde los rasgos tradicionales de dependencia se den con mayor vigor. No obstante, resulta igualmente interesante el acuerdo alcanzado entre estas empresas y la cooperativa Smart en virtud del cual los “repartidores” de estas plataformas podrían concluir un contrato de trabajo con Smart con el objetivo de unas condiciones de trabajo decentes. De acuerdo con aquel protocolo Smart asumiría la entera responsabilidad social como empleador si bien serían aquellas empresas las responsables de una declaración completa de las horas trabajadas, asumiendo además un compromiso mínimo de tres horas desde la primera carrera, el reembolso de los gastos profesionales o un seguro de accidentes de trabajo. Más información en <http://smartbe.be/fr/news/coursiers-velo-plus-quun-casque-et-des-genouilleres/>

Es cierto que en contra de este carácter se han destacado dos aspectos: por un lado, el hecho de que el conductor tenga que aportar y ser el titular de los medios materiales de transporte y tenga, además, que soportar los gastos ligados al mismo –lo que liga este fenómeno con la *shared economy*–; y, del otro, la aparente libertad del “oferente” para ponerse a disposición y para aceptar o no las propuestas de transporte recibidas vía aplicación –lo que lo incardina entre las fórmulas del *crowdsourcing* o de la denominada *on demand economy*–. Pero, como decimos, si se observa con atención, ninguno de estos obstáculos es en realidad suficiente para eliminar la existencia de una dependencia aún dulcificada y “digital” que sería sin duda lo fundamental a este respecto y lo que permitiría al menos sostener la posible laboralidad de dichas relaciones<sup>675</sup>.

Comenzando por lo primero, seguramente el dato previo del que resulta necesario partir es que, obviamente, y por la propia configuración de Uberpop, no nos encontramos ante sujetos que sean titulares de una autorización administrativa al amparo de la cual desarrollen la actividad de transporte. Si esto fuese así, la exclusión constitutiva del ámbito laboral del art. 1.3 ET seguramente haría inútil la cuestión<sup>676</sup>. El problema, como decimos, es que en este supuesto, por su propio modelo de negocio, UberPop parte de la ausencia de dicha autorización, lo que conduce a aplicar, al menos en este punto, la jurisprudencia previa a la reforma de 1994<sup>677</sup>. Y esta es quizás el ejemplo más claro de que cuando los materiales aportados por el trabajador no son realmente significativos, importantes y/o fundamentales en la concreta

<sup>675</sup> En este mismo sentido CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 52. Sobre la necesaria interpretación de esta dependencia desde las nuevas exigencias productivas véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016): “Las empresas...”, cit., p. 49. Igualmente GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016): “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 16 y ss.

<sup>676</sup> Planteando si en estos casos podría ser relevante su hipotética consideración como TRADE, GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016): “Las relaciones laborales...”, cit., p. 187 y 188. En cualquier caso, es obvio que esta exclusión puede tener trascendencia a los efectos de otras aplicaciones como UberX, por lo que parece activas en España –ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida...”, cit., p. 15– en la que a los conductores de la App se les requiera estar en posesión de una licencia o autorización de arrendamiento de vehículos con conductor. Sobre las licencias VTC y su evolución en España puede consultarse CARBONELL PORRAS, E. (2016): “Competencia y mercado...”, cit., punto II para su evolución, punto IV para la situación actual y punto V para una valoración de la posición crítica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

<sup>677</sup> En general, y por todos, LUJÁN ALCARAZ, J. (2009): “Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo: calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte” en Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración, n. 83, p. 101 y ss.



realidad socioeconómica, ni le dotan de una auténtica estructura empresarial, no deberían considerarse impedimento para su hipotética consideración como asalariado deducida de otros factores<sup>678</sup>.

En realidad, en este tipo de empresas “en la nube” los verdaderos medios de producción, lo fundamental y a lo que sigue lo accesorio, lo que permiten el control del negocio son los elementos tecnológicos; es la inversión en tecnología –que crea la plataforma virtual– la parte realmente costosa y fundamental, sobre todo si la comparamos con los instrumentos aportados por los conductores que a estos efectos resultan insignificantes en la dinámica, en la gestión y en el control organizativo de la actividad<sup>679</sup>. En este tipo de empresas en la nube, propias de la tercera o cuarta revolución industrial, los elementos organizativos básicos han dejado de ser por tanto los concretos medios físicos de producción, que se han generalizado y universalizado, perdiendo por tanto su rasgo de clásica barrera de entrada al sector. De ahí que el elemento clave sean ahora las aplicaciones o plataformas<sup>680</sup> –no deja de ser llamativo que Uber sí ponga a disposición de sus conductores un móvil iPhone con la aplicación<sup>681</sup>– que permiten este tipo de negocios globales asentados sobre economías de escala y que distan mucho de

<sup>678</sup> Véase, por todas la originaria Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 26 febrero 1986 (RJ 1986\834) que ya señalaba la importancia del “medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica, actividad personal que no es algo que en la empresa demandada tenga naturaleza subsidiaria en relación a otra principal, sino que constituye su fundamental objeto social, de tal modo que esos factores, carácter secundario de la aportación no personal del trabajador, y constituir el trabajo de éste, la actividad principal, la razón de ser de la empresa, impiden aplicar aquella doctrina a la realidad social, de reciente aparición en un uso generalizado, que por primera vez se examina por esta Sala”. Un ejemplo de la continuación en la aplicación de estos criterios cuando no existe obligación de autorización administrativa en las STS (Sala de lo Social) de 19 diciembre 2005 (RJ 2006\33); 18 octubre 2006 (RJ 2006\8986) y 22 de enero de 2008 (RJ 2008\1978) En palabras de CABALLERO PÉREZ M. J. (2006): “La laboralización de los transportistas con vehículo propio y la STS 19 diciembre 2005”, en Revista Doctrinal Aranzadi Social, n. 13, esta titularidad de los medios por parte del trabajador solo sería relevante cuando estos tengan una “entidad económica suficiente como para hacer de su explotación el elemento definidor y la finalidad fundamental del contrato”.

<sup>679</sup> TODOLI, A. (2015): El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo” en IUSLabor, (3), 1-25

<sup>680</sup> Como expresivamente recuerda DEGRYSE, C.: Digitalisation of the Economy..., cit., p. 13: “These information platforms become, so to speak, the factory of the 21st century”.

<sup>681</sup> Como señaló la tantas veces mencionada actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña. Véase ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida:...” , cit., p. 12.

ser simples empresas de servicios tecnológicos para convertirse en auténticas prestadora de servicios –poder de organización– en este caso de transportes.

E igualmente secundario, al menos a nuestro juicio, es la aparente capacidad del conductor de organizar unilateralmente los momentos en los que presta sus servicios. En primer lugar, porque, como ya puso de manifiesto el Informe de la Inspección de Trabajo en Catalunya antes mencionado, esta capacidad es, en ocasiones, más teórica que real: lo cierto es que Uber puede “desactivar” al conductor que rechace demasiados viajes, del mismo modo que la plataforma se reserva igualmente el derecho a desactivar al conductor si no trabaja en al menos 180 días<sup>682</sup>. Y todo ello tras recordar la presencia de un sistema de incentivos en atención a la realización de una conexión semanal mínima, o de que Uber “espere” que sus conductores acepten todos los viajes<sup>683</sup>.

Pero como decimos más allá de la existencia real o no de esta potestad, tampoco creemos que deba darse a este aspecto una importancia desmesurada. En primer lugar, porque como se recordará nuestro propio sistema conoce situaciones expresamente tuteladas como laborales –como la de los representantes de comercio– o en ocasiones reconocidas como tales por nuestra jurisprudencia –peritos tasadores<sup>684</sup>– que ostentan una amplísima libertad de organización de sus tiempos de actividad dentro, eso sí, y como ocurre en este caso, del ámbito de organización y dirección de su empleador. Y en segundo lugar, porque si bien es cierto es que este rasgo fue utilizado por nuestra jurisprudencia como indicio de la existencia o no de dependencia, esta utilización se hizo en el marco de un modelo de producción y de una tipología empresarial que no es ni la actual ni la que desde luego surge de esta nueva revolución industrial y de la expansión de una economía colaborativa interpretada en sentido amplio. Es más, si algo ha demostrado la dependencia como construcción científica y jurisprudencial es su indudable capacidad de adaptación a la progresiva evolución sociológica de las formas de trabajo asalariado. En el pasado, fue esta fle-

<sup>682</sup> Por todos, ARAGÜEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida:...” cit., p. 9 y 10; CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...” cit., p. 49 y ss.

<sup>683</sup> Véase más ampliamente TRILLO PÁRRAGA, F. (2016): “Economía digitalizada...” cit., p. 77.

<sup>684</sup> Sobre la situación jurídica de estos y los matices en su tratamiento jurisprudencial, así como sobre su posible utilización como indicador de la laboralidad de los conductores de UberPop véase GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016): “Las relaciones laborales...” cit., p. 179 y ss.

xibilidad la que le permitió pasar de su tradicional y rígida acepción –sentada en la completa preordenación de la prestación de trabajo–, a la más flexible y actual inserción en el ámbito organizativo del empresario. Y por similares razones creemos también que en un nuevo escenario productivo y social en la que el uso de plataformas basadas en economía de escalas y situaciones de desempleo estructural hacen innecesarias para las empresas garantizar un mínimo de prestadores de servicios –al poder utilizar para ellos convocatorias o llamamientos generalizados propios del más amplio concepto de crowd working<sup>685</sup>– resulte incompatible esta cierta capacidad individual, cuando, por lo demás, sí es posible detectar tanto la dependencia –predeterminación empresarial de la prestación y control mediato empresarial– como incluso la propia ajenidad en los medios de producción esenciales –informáticos– y, por supuesto en el mercado. De hecho, lo que resulta especialmente chocante es que las mismas voces que claman por adaptar nuestro ordenamiento a las nuevas realidades sociales y tecnológicas propias de esta cuarta revolución industrial, pretendan sin embargo impedir la natural adaptación de los conceptos clave del ámbito laboral, postulando, por el contrario, focalizar la cuestión en un aspecto puntual del anterior modelo social de trabajador que se pretende así fosilizar para excluir una realidad en la que, sin embargo, es posible encontrar el rasgo esencial que caracteriza como laboral una prestación de servicios: el poder de dirección y control empresarial.

Es cierto que en estos casos dicho poder de dirección se realiza bajo nuevos mecanismos, como “Manuales del conductor”, recomendaciones realizadas por correos electrónicos o mediante sistemas de incentivos aparentemente no vinculantes. Pero, en realidad, su conexión con la valoración del cliente, y la consiguiente posibilidad de “desactivación” en caso de incumplimiento permiten esta heterodeterminación de aspectos clave de la prestación como son la vestimenta, la apariencia y el aseo, la creación de ambiente (incluso mediante recomendaciones sobre el tipo de música en el vehículo), la forma de recepción o incluso

<sup>685</sup> Obsérvese que a estos efectos que utilizamos un concepto amplio de crowdwork que englobaría todo trabajo o actividad retribuida ofertado a un colectivo genérico e indeterminado de posibles prestadores mediante el uso de plataformas y que englobaría así tanto el work-on-demand-via app como el crowdwork interpretado en un sentido más estricto. Sobre esta distinción BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economia...”, cit., p. 63. Para una caracterización general de este nuevo tipo o forma de empleo EUROFOUND (2015) *New forms of employment...*, cit., p. 107 y ss. Igualmente para una interesante definición y tipología, así como un análisis de sus ventajas e inconvenientes, véase DAUBLER, W. KLEBE, T. (2016): “Crowdwork: datore di lavoro in fuga?” en *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, n. 151/2016, p. 474 y ss.

forma de atención al cliente durante el viaje<sup>686</sup>. La posible fijación de zonas preferentes donde se “espera” que se presten servicios y la exclusividad no ya tanto con otras plataformas sino con los clientes con los que no puede acordar servicios posteriores fuera de la Uberpop son en definitiva muestra de lo que desde la perspectiva anterior denominábamos como influencia y control y lo que en este caso no es sino poder de dirección en la pedeterminación del tipo de servicio que la empresa (Uber) ofrece a los consumidores<sup>687</sup>. De hecho, sería esta predeterminación de la prestación laboral, como elemento necesario para la individualización del servicio ofertado al mercado por la aplicación, la que permitiría distinguir estas plataformas verticales, que actúan como auténticos empresarios organizando e interponiéndose materialmente entre los factores de producción y los consumidores, de aquellas otras plataformas horizontales en las que sí las relaciones entre las partes sí serían exquisitamente triangulares y en la que todo lo más cabría plantear la posible existencia una relación laboral entre el cliente y el proveedor de servicio, pero no –al menos normalmente– entre este último y la titular de la estructura informática que aquí sí desarrollarían el papel de creador e intermediario de un auténtico mercado.

Y algo similar, obviamente, cabría sostener en relación con el poder de control. Es cierto que hay un desplazamiento formal del mismo hacia los clientes o usuarios, lo que permite un ahorro y una simplificación en la gestión características de este tipo de empresas. Pero desde luego lo que no impide es su presencia, aún mediata, y su utilización con posibles consecuencias –poder disciplinario– sobre la dinámica e incluso subsistencia –“desactivación”– de esta relación<sup>688</sup>.

Si a todo ello unimos el aparente carácter personalísimo que cabe deducir tanto del proceso de selección como el hecho indubitado de que el “*partner*” no pueda utilizar a un tercero para desarrollar estos servicios; su absoluta ajenidad frente al mercado y a las condiciones de contratación con el público como demuestra la fijación por la plataforma del mismo y el hecho de que la retribución no se recibe directamente

<sup>686</sup> Véase igualmente ARAGÚEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida...”, cit., p. 9 que igualmente se refiere a estas “recomendaciones” pero de “estricto cumplimiento”.

<sup>687</sup> De forma más amplia BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economía...”, cit., p. 67 y ss.

<sup>688</sup> De acuerdo con ARAGÚEZ VALENZUELA, L.: “Nuevos modelos de economía compartida...”, cit., p. 8, Uber pediría una puntuación de entre 4,6 a 4,8 sobre cinco, “desabilitando” en otro caso el acceso a la aplicación. Igualmente en esta misma línea BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economía...”, cit., p. 72.

del cliente, sino de la aplicación, tendremos, en definitiva, rasgos que permiten hablar de una más que probable relación laboral entre Uber y sus conductores al ser obviamente intrascendente la calificación que impropiamente le hayan dado las partes, cuando esta se contradice con el contenido obligacional deducido del contrato.

Y si esto es así, no cabría como conclusión sino sostener en buena lógica que Uber no prestaría un servicio de transporte cuando, precisamente tendría personal propio para dicho fin. En definitiva, y como decimos, un argumento de peso para rechazar la pretendida petición de Uber de ser considerada una mera intermediaria de servicios de sociedad de la información y, obsérvese, también para determinar en su caso el convenio colectivo que le sería de aplicación<sup>689</sup>.

## **7. LA DIVERSIDAD TIPOLÓGICA DE LAS PLATAFORMAS Y SU IMPACTO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN**

Ya para concluir, y pasando de lo concreto a lo general, quisiéramos destacar finalmente algunas ideas más amplias en relación con en este nuevo contexto tecnológico caracterizado por la abrupta irrupción de plataformas digitales colaborativas de servicios personales.

La primera es, obviamente, la imposibilidad de cualquier intento de extender las conclusiones aquí alcanzadas para UberPop –o incluso las que de forma opuesta se pudieran alcanzar en relación con esta misma aplicación– para todas las prestaciones de servicios articuladas a través de plataformas digitales colaborativas. Como ya hemos señalado, la diversidad tipológica de estas plataformas<sup>690</sup> y de los servicios articulados a través de las mismas es tan intensa que impide y seguramente hace inútil cualquier intento de caracterización conjunta<sup>691</sup>. Y ello

<sup>689</sup> Véase, por ejemplo, el caso resuelto por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el Expediente N.º 79/2016 de 14 de diciembre de 2016 así como otros de interés comentados por MUÑOZ RUIZ, A.B. (2017): “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”, en *Revista de Información Laboral*, n. 2. La autora concluye acertadamente señalando como “en los informes más recientes de la Comisión Consultiva se da prevalencia al test de la realidad económica frente al criterio de la estructura organizativa que pasa a un segundo plano en el análisis, recomendando aplicar el Convenio Colectivo sectorial que coincida con la actividad real de la empresa tecnológica”. Cuestión distinta son los consiguientes desajustes, varios de los cuales son analizados en el mismo trabajo.

<sup>690</sup> Algunos ejemplos en LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 10. Igualmente, y casi por todos, BIRGILLITO, M. (2016): “Lavoro e nuova economia...”, cit., p. 60.

<sup>691</sup> En las acertadas palabras de CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017), “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 45 “una heterogeneidad tan notable de condiciones impide obtener una respuesta unívoca a la calificación de las prestaciones de servicios que se realizan

ya que, al menos desde el punto de vista del Derecho Social, no pueden merecer el mismo tratamiento prestaciones realmente –y remarcaríamos realmente– de mero voluntariado<sup>692</sup>, que tienen que enmarcarse necesariamente ente los trabajos amistosos, benevolentes y de buena vecindad, excluidos por tanto del ámbito laboral y de la modalidad contributiva de la Seguridad Social, de aquellas realizadas de manera profesional y que, por tanto, van más allá de la simple compensación o distribución proporcional de los costes. Del mismo modo que, desde otra perspectiva, las cuestiones jurídicas planteadas por estas últimas aplicaciones son sustancialmente distintas de las suscitadas por las que podríamos denominar plataformas de cesión temporal de bienes o “de capital”<sup>693</sup> y cuya problemática es más fiscal, de derecho de la competencia o de derecho de los consumidores que estrictamente laboral<sup>694</sup>.

En cualquier caso, y focalizando nuestra atención, como decimos, en las plataformas colaborativas de servicios personales, la segunda observación que deseamos plantear se centraría en la necesaria distinción entre plataformas “horizontales”, simples intermediarias de un mercado que crean y en el que normalmente solo desarrollan servicios de la sociedad de la información, frente a las plataformas y aplicaciones verticales e integradas que, por su gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente, no pueden considerarse –al menos en un buen número de ocasiones– como meros o simples

---

en las plataformas en línea y a la determinación del régimen jurídico al que deben someterse cada una de ellas”.

<sup>692</sup> Vid. CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 45.

<sup>693</sup> Siguiendo la terminología de LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 26-27, quien destaca igualmente las diferencias en la cuantía y en la función de los ingresos de los prestadores en ambos tipos de plataformas. Esta misma distinción, por ejemplo, en FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016): “Las empresas...”, cit., p. 40-41; CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 47.

<sup>694</sup> Quizás por ello se ha señalado –GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, disponible en <https://adriantodoli.files.wordpress.com/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnolog3adas-en-el-mundo-del-trabajo.pdf>, p. 9– que en estas relaciones de intercambio en el uso de bienes, no parecerían existir razones que justificasen una intervención del Derecho del Trabajo. No obstante, tampoco cabe desconocer cómo estas mismas plataformas y aplicaciones sí suscitan dudas o problemáticas eminentes “sociales” como, por ejemplo, la posible delimitación del convenio colectivo aplicable a los usuarios que las utilizan para colocar en esos mercados el uso temporal de bienes y en los que los servicios personales tienen, como decimos, un mero carácter colateral o accesorio a la puesta a disposición temporal del goce de un bien; o incluso, y en segundo lugar, si son estos mismos titulares los que prestan estos servicios, por ejemplo de limpieza y mantenimiento del alojamiento ofrecido, su inclusión o no en los regímenes de aseguramiento de trabajadores autónomos.

prestadores de este tipo de servicios de la sociedad de la información sino como auténticos prestatarios del propio servicio subyacente<sup>695</sup>. Esta distinción, que como hemos visto se ha elaborado básicamente con miras a delimitar la actividad económica realmente desarrollada por la plataforma, puede resultar, sin embargo, de una extraordinaria importancia y utilidad para distinguir la naturaleza de las diversas relaciones entre las partes y, sobre todo, para concretar no ya solo la figura del hipotético empleador –si finalmente se constatase la existencia de una relación laboral–<sup>696</sup>, sino también, o sobre todo, de cuál de las diversas relaciones que nacen entre las partes puede llegar a tener naturaleza laboral. Intentaremos explicarnos.

En el caso de las plataformas horizontales, que se limitan a desarrollar servicios de la sociedad de la información, resulta evidente, al menos a nuestro juicio, que, por su propia definición, la relación que esta aplicación/plataforma mantenga, ya sea con el prestador, ya sea con el receptor del servicio, sería, todo lo más, de simple o atípica intermediación electrónica y no, como regla general, de trabajo dependiente y subordinado<sup>697</sup>. Es más, el hecho de que estos prestadores no desarrollen realmente una actividad para la aplicación sino para un usuario final, unido al dato de que estas plataformas solo intermedian en el pago –que realiza realmente el demandante de dichos servicios– hacen que, a falta de una regulación legal expresa, resulte a nuestro juicio imposible sostener la posible consideración de estos prestadores como autónomos económicamente dependientes de la plataforma, que no sería así, a estos efectos, cliente –art. 11 Ley 20/2007– de estos sujetos aunque esta intermedie en operaciones que supongan el 75% de sus ingresos económicos o profesionales<sup>698</sup>. En cambio, estas dudas sobre la posible existencia de una hipotética relación laboral sí se podrían suscitar con el usuario que reclama dicho servicio en cuyo caso, obsérvese la plataforma/aplicación solo habría desarrollado funciones cercanas, aunque seguramente no completas, de intermediación y colocación “laboral”.

<sup>695</sup> Incorporando igualmente esta distinción, CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 45 y 54.

<sup>696</sup> Un ejemplo de la trascendencia de esta distinción a efectos laborales en LAMBRECHT, M. (2016): *L'économie des...*, cit., p. 20-21.

<sup>697</sup> De ahí que, al menos a mi juicio, quepan dudas de que puedan incluso considerarse a estos sujetos como TRADE cuando reciban.

<sup>698</sup> Esta posibilidad parece apuntarse en el excelente trabajo de CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 45 si bien véase su acertada conclusión en la p. 55.



En cambio, en el caso de las plataformas verticales realmente integradas, las dudas sobre la naturaleza laboral o no de la relación y, por tanto, sobre la propia existencia de un empleador –por la presencia de los rasgos de una relación laboral y la ausencia de exclusiones expresas–, no se darían ya entre el simple consumidor del servicio verticalmente integrado y el “colaborador” que realiza materialmente el mismo, sino entre este último y la plataforma/aplicación –lo que, por cierto, serviría para eliminar ciertas dudas que otra concepción podría llegar a suscitar desde el Derecho de la competencia–. La conversión de este teórico intermediario en suministrador real del servicio subyacente –en muchas ocasiones prestado de forma física y en un lugar determinado (off-line)<sup>699</sup>– conduciría a considerar que la contratación de este servicio se realiza materialmente entre la plataforma/aplicación y el destinatario del mismo, quedando excluido o ajeno a la misma el colaborador que físicamente desarrolla el mismo, con independencia, claro está de la naturaleza laboral o no de dicha relación<sup>700</sup>.

En tercer lugar, y una vez delimitadas las relaciones que son o pueden ser de interés para el objetivo de este trabajo, parece necesario señalar al menos la posible presencia de complejos problemas de Derecho Internacional Privado en muchos de estos supuestos<sup>701</sup>. Y ello ya que si bien en algunas ocasiones no existirá duda alguna tanto sobre la clara aplicación del Derecho español, como de la competencia de nuestros órganos judiciales en la calificación y enjuiciamiento de las posibles controversias que se suscitaran, en otros –no cabe desconocerlo–, la posibilidad de que ya sea la titular de la plataforma, de la aplicación o incluso el prestador o el destinatario de servicios presenten distintas nacionalidades, puede exigirnos analizar, de forma previa, estos aspectos “procesales” y de ley aplicable a las relaciones antes señaladas<sup>702</sup>.

<sup>699</sup> Sobre las importantes diferencias, en las que no podemos detenernos, entre el trabajo en plataformas cuyo objeto se realiza a distancia y aquellas otras en las que el servicio es físico y se realiza de manera presencial pueden consultarse DE STEFANO, V. (2016): *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»* (Vol. *Conditio of work and Employment series n. 71*). Geneva: International Labour Office; GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas...”, cit., p. 10.

<sup>700</sup> Véase, nuevamente, CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 46.

<sup>701</sup> Sobre estas cuestiones y las distintas posibilidades en función de la calificación que demos a la relación véase DAUBLER, W. KLEBE, T. (2016): “Crowdwork...”, cit., p. 490 y ss. Destacando las incertidumbres que esta cuestión plantea consultarse CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 33.

<sup>702</sup> Esto es, entre prestador y receptor del servicio en las plataformas horizontales y entre aplicación y prestador de servicios en el caso de las plataformas verticales fuertemente integradas.

El problema en estos casos es que tanto el Reglamento 44/2001 en materia de competencia judicial, como el Reglamento 593/2008 por lo que se refiere a la Ley aplicable, ofrecen una regulación específica para los contratos de trabajo frente a la simple prestación de servicios, pero sin aportar –este es el problema– una definición y una delimitación clara del primero de ellos. Ambos textos huyen de esta delimitación a pesar de que lógicamente resulta previa y necesaria para que, en su caso, el órgano judicial español se declare o no competente, y, en su caso, aplique o no, en segundo lugar, la legislación española. Sin poder detenernos aquí en un tema que por su profundidad desborda las posibilidades de este trabajo más general, nos limitaremos simplemente a recordar cómo también en estos casos será seguramente necesario acudir a un concepto comunitario de trabajador, tal como ha ido delimitándose para la aplicación de otros segmentos del Derecho Social Comunitario y, señaladamente, en el marco de la libertad de circulación, para determinar si existe o no un contrato de trabajo o una mera prestación de servicios y, por tanto, para fijar inicialmente la competencia y la ley aplicable a las tantas veces mencionadas relaciones<sup>703</sup>.

Sea como fuere, y centrando por ahora nuestra atención en aquellos casos en los que resulte aplicable la normativa española –ya sea por la inexistencia de un elemento de internacionalidad o porque como resultado de la aplicación del Reglamento 593/2008 así deba concluirse– parece evidente que, ante la ausencia en nuestro país de una regulación específica sobre estas relaciones, similar por ejemplo a la francesa sobre responsabilidad social de algunas de estas plataformas –una regulación que, al parecer, debería entrar en vigor el 1 de enero de 2018<sup>704</sup>– creemos que en estos casos no cabría sino aplicar nuevamente los criterios generales de distinción entre trabajo dependiente y el trabajo autónomo, sea o no económicamente dependiente, con algunas matizaciones inevitables en relación con el nuevo contexto productivo en el que se desarrollan estas relaciones<sup>705</sup>.

<sup>703</sup> Véase, por todos, AAVV (2010), Derecho internacional privado, Vol II. Derecho Civil Internacional, UNED, Madrid, p. 397; CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. (2013): “Contratación laboral internacional”, en AAVV., Derecho Internacional Privado, Vol II., Comares, Granada, p. 935 y ss, en especial, p. 944. En relación con esta delimitación de un concepto comunitario de trabajador resultan de interés las observaciones realizadas por la Comisión en la tantas veces mencionada Comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, COM (2016) 365 final y sintetizadas, entre otros, por CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 40-41.

<sup>704</sup> Art. 2 del Decreto n° 2017-774 de 4 de mayo de 2017.

<sup>705</sup> Sobre otras posibles vías de protección en estos casos de crowdwork resulta de interés las líneas propuestas por DAUBLER, W. KLEBE, T. (2016): “Crowdwork:...”, cit., p. 478 y ss, en especial, p. 484 y ss.

Por tanto, y más allá de posibles apreciaciones de *lege ferenda* sobre si resultaría o no “más adecuado” considerar a estos sujetos como simples autónomos<sup>706</sup>, como trabajadores con una relación laboral especial<sup>707</sup> o como autónomos con una normativa especial, en la estela de lo sostenido por la propuesta de ley italiana sobre plataformas digitales de la economía de la “condivisione”<sup>708</sup> o la nueva legislación francesa so-

<sup>706</sup> GOUDIN, P. (2016): *The Cost of Non-Europe...*, cit., p. 31 “As a conclusion, the most appropriate move would consist of including sharing economy service providers in the scope of the general rules applicable to self-employment. This option would be preferable to the other possibilities outlined, which suggest either assimilating workers for sharing economy service providers to employees or creating a new ‘sharing economy service provider’ employment status. The best complementary approach would be to allow (and in some cases potentially encourage) platforms to develop their own benefits options that would compete with the insurance products users could obtain for themselves”.

<sup>707</sup> TODOLI SIGNÉS, A (2017): *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 71 y ss.; HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (2016): “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* n 192, noviembre 2016, p. quien igualmente propone un posible sistema especial en el ámbito de la Seguridad Social. Dicha propuesta ha sido también formulada posteriormente por CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 54. En una línea similar, parece, GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías...”, cit., p. 13 y ss. con propuestas en relación con el tiempo de trabajo, derechos colectivos y de Seguridad Social.

<sup>708</sup> Este es, creemos, el sentido de la Propuesta de ley sobre la “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”, n. 3564, presentada el 27 de enero de 2016 y que en el momento de cerrar este trabajo –19 de mayo de 2017– aún no había sido discutida en la Cámara de Diputados italiana. Intentando simplificar su contenido –un esquema explicativo del mismo en el documento del Servicio de estudios de 2 de mayo de 2016, disponible en <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/AP0065.Pdf> –nos limitaremos a recordar cómo, en esencia, el art.2.1<sup>a</sup>) parece excluir sin más la posible existencia de relaciones de trabajo subordinado entre el sujeto público o privado que gestiona la plataforma digital –“gestore”– y los usuarios que prestan un servicio o comparte un bien propio –“utente operatore”– o el que lo utiliza –“utente fruitore”. Obsérvese que nada se dice sobre la posible relación entre estos últimos. No obstante, de la lectura actual del Proyecto, al menos en su versión inicial– se deduce la voluntad de centrar las posibles obligaciones sobre el gestor o, en otras palabras– la plataforma a través, eso sí, de un instrumento muy singular: el documento de política empresarial –Documento di politica aziendale– cuya inspiración quizás esté en el Participation Agreement propio de ciertas plataforma como la Amazon Mechanical Turk. En cualquier caso, lo importante es que este documento –art. 4– está sujeto a la aprobación de la Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)–, debe ser suscrito expresamente por los usuarios, y debe incluir –y esto es lo importante– las condiciones contractuales –ya hemos visto que no laborales– entre la plataforma digital y los usuarios. Lo más llamativo es que se excluye que las mismas puedan contener, entre otras, previsiones que impongan, directa o indirectamente: obligaciones de exclusividad; control de la ejecución de la prestación del usuario operador, aunque sea mediante aparatos o sistemas de hardware o software; la fijación de tarifas obligatorias, nuevamente al usuario operador o presta-

bre “responsabilidad social” de las “plataformas de puesta en relación por vía electrónica”<sup>709</sup> –que, como se recordará, les reconoce ciertos derechos colectivos o en relación con su cotización por accidente de trabajo y formación, al menos en aquellas plataformas que determinen el servicio prestado y el precio del mismo, y para algunas cuestiones cuando la cifra de actividades desarrolladas por el prestador supere un cierto umbral– lo cierto es que, como decimos, a falta de una expresa regulación legal<sup>710</sup>, deberemos inevitablemente acudir nuevamente al

dor del servicio; la exclusión del mismo del acceso a la plataforma o su penalización en la presentación de sus ofertas a los usuarios que disfrutarían de las mismas por motivaciones “no graves ni objetivas”, o la prohibición de comentarios críticos sobre el gestor por parte del usuario prestador del servicio. Si estas cláusulas se incorporasen serían nulas pero sin provocar la nulidad del entero contrato. Además, este mismo documento debe informar a los usuarios sobre eventuales coberturas asegurativas requeridas para el ejercicio de la actividad desarrollada a través de la plataforma. Y ello ya que este mismo gestor “deve verificare che gli utenti operatori assolvano gli eventuali obblighi assicurativi gravanti sui medesimi”. Su texto en [http://www.camera.it/\\_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf](http://www.camera.it/_dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf)

<sup>709</sup> Como es bien sabido, los novedosos arts. L7341-1 y L7342-1 a -6, incorporados al Code du Travail francés por el art. 60 de la Ley n°2016-1088 de 8 de agosto 2016, generalmente conocida como ley El Khomri, reconocen una serie de derechos aplicables a los trabajadores “independientes” siempre, eso sí, “que la plataforma determine las características del servicio prestado... y fije su precio”. En estos casos, y partiendo de la definición de estas “plataformas de puesta en relación por vía electrónica” dada por el art. 242 bis del Code général des impôts –esto es, “Les entreprises, quel que soit leur lieu d’établissement, qui mettent en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d’un bien, de la fourniture d’un service ou de l’échange ou du partage d’un bien ou d’un service...”, el Code du Travail establece una responsabilidad social de dichas plataformas que se concretaría en determinadas obligaciones en relación con las cotizaciones de accidente de trabajo – art. L7342-2–, el derecho a la formación profesional y a la acreditación de la experiencia adquirida –art. L7342-2–, siempre, eso sí, que la cifra de actividades desarrolladas por el prestador supere un determinado umbral –L7342-4– cuya fijación se realizó por el posterior Decreto n° 2017-774 de 4 de mayo de 2017. Pero sobre todo, y a mi juicio aún más importante, es que se les reconoce a estos trabajadores independientes, en primer lugar, –art. L7342-5– un derecho a la “negativa concertada a proporcionar sus servicios” para la “defensa de sus reivindicaciones profesionales” que, cuando se realice sin abuso, no generará ni responsabilidad contractual, ni podrá provocar penalizaciones en el ejercicio de su actividad ni motivar la ruptura de su relación con la plataforma; del mismo modo que, en segundo lugar, se les atribuye el derecho a constituir una organización sindical, afiliarse y realizar actividad a través de ellos para la defensa de sus intereses colectivo.

<sup>710</sup> Como ya hemos señalado, existen algunas propuestas en relación con la regulación de las prestaciones de servicios en el ámbito de las plataformas colaborativas. En el caso de la República Oriental de Uruguay el Proyecto de Ley sobre Servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas de 14 de marzo de 2016 –disponible el 17 de mayo de 2017 en [https://legislativo.parlamento.gub.uy/aresuelveref.aspx?REPARTIDO,D/2016/3/398///PDF/&width=800&height=600&hl=en\\_US1&iframe=true&rel=nofollow](https://legislativo.parlamento.gub.uy/aresuelveref.aspx?REPARTIDO,D/2016/3/398///PDF/&width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow)– se limitaba, por lo que aquí interesa, a señalar en sus art. 3° y 5° que. “Los servicios prestados por personas físicas o jurídicas, mediante el uso de sistemas informáticos, incluidos los intermediarios en la trasmisión de con-

clásico concepto de dependencia y a las distintas perspectivas de la ajenidad para acreditar la naturaleza laboral o no de estas relación, dejando por tanto a un lado, al menos por el momento, las discusiones que, al hilo de esta nueva realidad, han revitalizado la necesidad de un nuevo Derecho de los trabajos<sup>711</sup> o incluso la necesidad de trasladar el elemento nuclear para extender la tutela laboral a aquellos supuestos en los que el prestador sufra un desequilibrio de poder negocial<sup>712</sup>.

Pues bien, también desde esta perspectiva, la distinción entre plataformas horizontales y plataformas verticales debiera tener, al menos a nuestro juicio, su relativa trascendencia. Limitándonos aquí a enunciar simples líneas o criterios generales que debieran ser obviamente especificados y desarrollados en cada caso y plataforma en concreto, parece razonable considerar, en primer lugar, que, en el supuesto de las plataformas horizontales, la labor de estas, de mera creación de mercados, hará que lo que deba analizarse bajo una óptica muy cercana a la tradicional es si las “tareas” o microtareas –propias de la *gig-ecomomy*– encargadas o reclamadas por el usuario son o no laborales. De este modo, cuando lo que se contrate sea la realización de una obra específica, para cuyo resultado se exija o resulte necesaria la utilización de una verdadera organización productiva, autónomamente gestionada por el prestador, resultará evidente la inexistencia de una relación laboral. En estos casos, la plataforma habría actuado como un mero intermediario, a través de un contrato atípico de corretaje<sup>713</sup>, entre las partes de una relación civil o mercantil, sujeta, todo lo más al derecho de consumidores<sup>714</sup>. Pero cuando en cambio lo que se reclama, aunque puntual, sea un servicio retribuido casi exclusivamente

---

tenidos vía electrónica, quedarán sometidos a los controles, autorizaciones, permisos, licencias, registros y otras regulaciones, que para la actividad privada, establecen las normas específicas relativas al servicio final que se desarrolle como parte de su oferta....Artículo 5º.- Las relaciones de trabajo que se constituyan para el conjunto de la prestación de los servicios señalados en el artículo 3º, se regirán por las normas laborales y provisionales vigentes”. Una crítica al mismo en GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías...”, cit., p. 17. Sobre el proyecto italiano véase supra lo señalado en la nota al pie 710.

<sup>711</sup> Véase, por ejemplo, RASO DELGUE, J. (2017): “La empresa virtual...”, cit., en especial, p. 96 y ss. en opinión compartida por GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías...”, cit., p. 14.

<sup>712</sup> Esta parece ser la sugerente idea de TODOLI SIGNES, A. (2017): El trabajo en la era..., cit., en especial, p. 43 y ss.

<sup>713</sup> RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I. (2017): “El servicio de mediación electrónica...”, cit., p. 1219 y ss.

<sup>714</sup> Sobre estos aspectos MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2017): “Economía colaborativa y consumidores” en AAVV., La regulación de la economía..., cit., p. 195 y ss.

personal o su mera y simple cosificación, acompañado si acaso por la utilización de bienes propios de escasa cuantía económica, sometido a las ordenes e instrucciones de una de las partes y a su control, parece cuanto menos lógico plantearse la hipotética existencia de una potencial relación laboral<sup>715</sup>.

En estos casos, dos serían seguramente las cuestiones aparentemente novedosas que podrían aparecer como elementos destacados en el análisis de estas plataformas. La primera, conectada con su carácter *colaborativo* –*shared economy*– se centraría en la posible utilización por el prestador de ciertos materiales de su titularidad, colaterales al servicio, pero cuyo uso temporal resultaría en estos casos necesario. Pues bien, en estos supuestos, no parece haber problema alguno en aplicar sin más los argumentos ya señalados al analizar el supuesto de UberPop y reclamar, por tanto, la utilización de los criterios tradicionales de la jurisdicción social, considerando, por tanto, que cuando estos medios son de escasa importancia y no permiten hablar realmente de la contratación de un servicio complejo, fruto de una organización productiva o empresarial propia del prestador, dicha utilización no debiera impedir necesariamente y en todo caso, la posible consideración como laboral de tales relaciones, sobre todo si dicho carácter sí pudiera deducirse de otros datos extraídos del programa obligacional realmente deducido del contrato. Nuestra experiencia previa a la exclusión constitutiva de ciertos transportistas en la reforma de 1994 resulta, al menos a nuestro juicio, paradigmática de lo que señalamos<sup>716</sup>.

En cambio, un mayor impacto, al menos en la práctica, pudiera llegar a tener el segundo elemento novedoso, conectado ahora con lo que se ha dado en llamar *gig-economy*, o *economía de los trabajos esporádicos u ocasionales*. Y es que como se ha recordado hasta la saciedad, estas plataformas colaborativas no solo permiten que auténticas necesidades puntuales o muy esporádicas encuentren prestador y una correlativa mercantilización de los hipotéticos tiempos de inactividad<sup>717</sup>, sino que también han facilitado, mediante la reducción de los costes de transacción<sup>718</sup>, procesos de profunda descentralización producti-

<sup>715</sup> En cambio, una actitud contraria a esta posible consideración laboral de estas relaciones en MONTERO PASCUAL, J.J. (2017): “La regulación...”, cit., p. 53 para el que no existe en estos casos ni dependencia ni ajenidad.

<sup>716</sup> Véase, supra, lo ya señalado en las notas n. 679 y 680.

<sup>717</sup> GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, disponible en <https://adriantodoli.files.wordpress.com/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnologc3adas-en-el-mundo-del-trabajo.pdf>, p. 5

<sup>718</sup> Véase, por todos, SORIA BARTOLOMÉ (2017): “Aspectos económicos...”, cit., p. 70 y ss.



va<sup>719</sup> hasta tal punto que lo que se solicita no es ya tanto una persona para la prestación de un servicio, sino, y al menos aparentemente, la obra o servicio en sí, en un proceso de llamativa cosificación y despersonalización del objeto del contrato unido a una eliminación de los tiempos improductivos. En cualquier caso, lo que quisiéramos destacar aquí es cómo esta última posibilidad ha permitido y fomentado, al menos en ciertas ocasiones, la profunda y en ocasiones artificial fragmentación en una miríada de propuestas aparentemente esporádicas u ocasionales de tareas que, realidad, están dotadas de una razonable perduración en el tiempo. Pues bien, resulta lógico considerar que la posible duración mínima de la tarea, cuando es real, podría ser ciertamente un indicio –y solo eso– en contra de esta laboralidad<sup>720</sup>. En cambio, cuando nos encontremos ante una única relación materialmente continuada, aunque formalmente se pretenda articular o modular mediante sucesivos y aparentes “encargos” solo formalmente separados, creemos que la primacía de la realidad debiera conducirnos a rechazarse esta ocasionalidad que parece actuar, como decimos, en contra de la laboralidad de tales relaciones. Y todo ello, claro está, sin entrar aquí en una cuestión distinta como sería plantear –al menos desde un punto de vista de *lege ferenda*– si la utilización continuada por parte de estos posibles “autónomos” de una concreta plataforma, y la superación en estos casos de unos umbrales económicos articulados a través de los medios de pago de la misma no recomendarían el establecimiento de ciertas obligaciones de información o incluso de gestión a cargo de aquella, o incluso la exigencia de que la propia plataforma articule reglas y regulaciones –por ejemplo de sus mecanismos de reputación– que impidieran posibles actos discriminatorios<sup>721</sup>. Pero ello, repetimos, como posible medida de *lege ferenda*, que escapa obviamente del carácter general e introductorio de estas breves líneas generales.

<sup>719</sup> GAUTHIER, G. (2016): “Impacto de las nuevas...”, cit., p. 5; GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016): “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 4.

<sup>720</sup> Véase, por mencionar un solo ejemplo, en relación con el conocido problema de los colaboradores de prensa la Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1152/2015 de 17 febrero (AS 2015\1035) que rechaza la laboralidad de esta relación por su carácter de “colaboraciones esporádicas, aisladas y espaciadas en el tiempo, que no demuestran una actividad diaria o más o menos continuada en términos laborales, así como tampoco la utilización de infraestructura material de la empresa”. En esta misma línea de tendencia a rechazar la laboralidad de actividades esporádicas o aisladas véase nuevamente Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1517/2013 de 1 marzo (AS 2013\1378) relativa a la realización esporádicas de pequeñas reparaciones caseras.

<sup>721</sup> Véase el interesante análisis de estas cuestiones en KATZ, V. (2015): “Regulating...”, cit., p. 1120.



Por su parte, en el caso de las plataformas verticales o integradas, la relación a analizar no serían obviamente cada uno de los concretos servicios que de forma aislada desarrolla el prestador para los distintos demandantes a través de la plataforma, sino aquella otra que, de forma más o menos estable, mediante la descarga y activación de la aplicación, establece la titular de aquella app y el prestatario y que se articula mediante el desarrollo de cada uno de los servicios con los consumidores de este servicio integrado. Esta delimitación de las partes en la relación de servicios elimina obviamente el problema del carácter esporádico de cada uno de los servicios a desarrollar al tratarse de lo que podríamos denominar una relación estable aunque potencialmente discontinua. De la misma manera que las cuestiones relativas a la utilización temporal de bienes cuya titularidad pertenece al prestatario debieran solucionarse, como ya hemos visto, de acuerdo con las reglas tradicionales. Si acaso, esta aportación de algún elemento productivo tradicional debiera incluso matizar su trascendencia si recordamos como en el marco que proporciona la actual revolución industrial, el factor productivo progresivamente más trascendente –y que por tanto, delimitada la figura del empleador al permitirle el control organizativo del resto de factores– es el que le permite integrar y casar telemáticamente la información. De ahí que no deje de ser significativo –como ya dijimos en su momento– la entrega, por ejemplo, en el caso de Uber de un smartphone con la aplicación instalada<sup>722</sup>.

Pero a cambio, en este tipo de plataformas surge una nueva cuestión como es el impacto que sobre dicha calificación pudiera tener su identificación como servicio “*on-demand*”; esto es, el hecho de que al menos aparentemente el prestatario solo trabaja cuando así lo decida libremente, al “encender” la aplicación y aceptar el servicio reclamado. Pues bien, en estos casos, como decimos, resulta evidente que lo primero que deberá analizarse nuevamente es si más allá de esta última cuestión –o, en otras palabras, si con independencia de la misma– el resto de elementos de la relación debieran conducir o no a la calificación de la misma como dependiente y asalariada. Para ello será necesario, en primer lugar, conocer si la relación es o no personalísima –*intuitu personae*– por ejemplo, al estar establecido un proceso de selección de “colaboradores” por parte de la plataforma, o al fijarse reglas que impiden a estos prestadores ofrecer el mismo servicio –teóricamente lo contratado– mediante un tercero. En segundo lugar, habrá que analizar igualmente hasta qué punto existe o no un poder de

<sup>722</sup> Véase GAUTHIER, G. (2016): “El Derecho Laboral ante el reto...”, cit. p. 117 y ss.

control y de sanción por parte de la plataforma, aunque este se base o se sustente en valoraciones de terceros, por ejemplo, de los propios consumidores mediante la misma aplicación y en la consiguiente e hipotética “desconexión” del prestador en caso de no superarse determinados umbrales de “calidad”/puntuación. Pero sobre todo, y en tercer lugar, creemos que en estos casos deberá valorarse especialmente si de forma directa o indirecta, mediante exigencias, o incluso a través de aparentes recomendaciones que, sin embargo, se tornan realmente obligatorias –en la medida en la que su incumplimiento podría llegar a provocar, directa o indirectamente su “desconexión”–, se predeterminan –como clara manifestación del poder de dirección laboral– la forma y características de un servicio básicamente personal y el precio del tan solo teórico servicio que se presta autónomamente al cliente final<sup>723</sup>.

En este contexto, creemos ya para concluir que esta libertad de acudir o no a los sucesivos llamamientos –que como hemos visto, en ocasiones es más aparente que totalmente real– no debiera impedir radicalmente su consideración como posible trabajador por cuenta ajena. Es cierto que este rasgo de necesario sometimiento a las ordenes empresariales durante un cierto periodo temporal prefijado –jornada ordinaria– caracterizó tradicionalmente el modelo de trabajador asalariado cuando los paradigmas productivos propios del siglo pasado reclamaban o exigían a las empresas la disponibilidad de una “reserva” permanente de actividad laboral. Pero al igual que nadie duda hoy de la posible calificación como laboral de relaciones en los que falta este sometimiento –como es el caso de los representantes

---

<sup>723</sup> Y es que como reconocía en sus Conclusiones el Abogado General Szpunar en el Asunto C-434/15: “A pesar de que este control no se ejerce mediante una subordinación jerárquica de corte clásico, no debemos dejarnos engañar por las apariencias. Un control indirecto como el que ejerce Uber, basado en incentivos económicos y una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros, con un efecto de escala, (el elevado número de conductores permite alcanzar el resultado deseado sin tener que ejercer un control directo e individual de cada uno de ellos... el elevado número de pasajeros asegura un control eficaz y relativamente objetivo del comportamiento de los conductores, liberando a la plataforma de esta tarea) permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución”. No obstante recuérdese como en estas mismas conclusiones el Abogado Szpunar señala igualmente como “esta observación no significa que los conductores de Uber deban necesariamente ser considerados trabajadores suyos. Esta sociedad puede perfectamente realizar sus prestaciones recurriendo a trabajadores autónomos, que actúen en su nombre en calidad de subcontratistas. La polémica relativa al estatuto de los conductores frente a Uber, que ya ha dado lugar a resoluciones judiciales en varios Estados miembros, es completamente ajena a las cuestiones jurídicas que nos preocupan en el presente asunto”.

de comercio<sup>724</sup>–, consideramos que este dato no puede elevarse a rasgo fundamental en la caracterización de la relación laboral cuando dicha necesidad desaparece como consecuencia de las posibilidades abiertas con estas plataformas, la universalización de su acceso y una situación de alto desempleo estructural. Es más, y en sentido opuesto, creemos que en este nuevo contexto lo que procedería seguramente sería minusvalorar dicho rasgo<sup>725</sup>, retomando la idea o concepto fundamental que late en el binomio, a mi juicio en absoluto antitético, de dependencia y ajenidad: esto es, hasta qué punto la titularidad de unos bienes de producción relativamente importantes permitiría considerar que lo que se contrata es un servicio complejo, en el que prima la autoorganización –por el entonces autónomo– de un conjunto de factores productivos en los que se inserta su actividad, o si, por el contrario, lo que se contrata es básicamente una actividad personal, preconfigurada por el empleador, aunque en la misma pudieran utilizarse elementos o factores privados en el marco que fomenta la *share economy*.

<sup>724</sup> O del trabajo a distancia como recuerda CAVAS MARTÍNEZ, F. (2017): “Las prestaciones de servicios...”, cit., p. 53.

<sup>725</sup> En esta misma línea FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016): “Las empresas...”, cit., p. 47, para quien “los indicios que son tradicionales y que no aparecen en las nuevas configuraciones de trabajo humano, tendrían que tener un efecto neutro y en su lugar debieran operar los nuevos indicios de subordinación que surgen de la actividad que realizan”.



## **OTROS TÍTULOS DE EDITORIAL BOMARZO**

### **COLECCIÓN ESTUDIOS**

**EL ESPACIO EUROPEO PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA.** *Milena Bogoni*

**JÓVENES Y POLÍTICAS DE EMPLEO.** *José M. Morales Ortega (Coordinador)*

**EL PROCEDIMIENTO DEL DESPIDO COLECTIVO Y EL DESARROLLO DEL PERIODO DE CONSULTAS:  
CRITERIOS JUDICIALES.** *Miquel Àngel Falguera Baró*

**LA NUEVA DIMENSIÓN DE LA MATERIA CONTENCIOSA LABORAL.** *Lucía Dans Álvarez de  
Sotomayor (Coordinadora)*

**SECCIONES SINDICALES Y DELEGADOS SINDICALES.** *Carlos Hugo Preciado Domènech*

**TIPOLOGÍA DEL TRATAMIENTO TÉCNICO DE LA SINIESTRALIDAD LABORAL.**  
*Francisco Lozano Lares.*

**LA DIMENSIÓN INTERNACIONAL DE LA RESPONSABILIDAD SOCIAL EMPRESARIAL.**  
*María del Mar Maira Vidal*

**UN FUTURO SIN BRECHA.** *Eva Pons Parera, Aida Ruiz Franco,  
Núria Pumar Beltrán y Pilar Castellà Orradre*

**LA RESPONSABILIDAD LABORAL DE LOS GRUPOS DE EMPRESAS.**  
*Margarita Isabel Ramos Quintana*

**EL RECLUTAMIENTO Y LA CESIÓN ILEGAL DE TRABAJADORES TRAS LA ALTERACIÓN DEL  
SISTEMA DE INTERMEDIACIÓN LABORAL.** *Ana Marta Olmo Gascón*

**EL TRABAJO EN EL MAR: LOS NUEVOS ESCENARIOS JURÍDICO-MARÍTIMOS.**  
*Jaime Cabeza Pereiro y Emma Rodríguez Rodríguez (Coordinadores)*

**IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA.**  
*Carlos Hugo Preciado Domènech*

**EL CONTROL JUDICIAL DEL DESPIDO COLECTIVO.** *Miquel Àngel Falguera Baró*

**EL CONSTITUCIONALISMO LABORAL EUROPEO Y LA PROTECCIÓN MULTINIVEL DE LOS DERECHOS  
LABORALES FUNDAMENTALES: LUCES Y SOMBRAS.** *Fernando Valdés Dal-Ré*

**RESPONSABILIDAD CIVIL CONTRACTUAL EN EL DEPORTE. EL CONTRATO DE DEPORTISTA  
PROFESIONAL: INDEMNIZACIONES E INCUMPLIMIENTOS.** *Víctor Manuel Seligrat González*

**BALANCE DE LA REFORMA LABORAL DE 2012.** *Francesc Pérez Amorós, Eduardo Rojo  
Torrecilla (Directores) y Helena Ysàs Molinero (Coordinadora).*

**EMPLEOS VERDES: UNA APROXIMACIÓN DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO.**  
*Henar Álvarez Cuesta*

**EL EJERCICIO DEL DERECHO DE LIBERTAD RELIGIOSA EN EL MARCO LABORAL.**  
*Ferrán Camas Roda (Coordinador)*

**DERECHOS FUNDAMENTALES INESPECÍFICOS DE LOS TRABAJADORES.**  
*Daniel Toscani Giménez y Antonio Valenciano Sal*

**LA REPARACIÓN DEL DAÑO DERIVADO DE ACCIDENTE DE TRABAJO.**  
*Julen Llorens Espada*

**LOS INTERESES PROCESALES EN LA JURISDICCIÓN SOCIAL.**  
*Jaume González Calvet y María Rosa Blanch Domeque*

**SUJETOS RESPONSABLES DE LOS INCUMPLIMIENTOS EN MATERIA PREVENTIVA.**  
*María de los Reyes Martínez Barroso*

**ESTABILIDAD EN EL EMPLEO Y DESPIDO COLECTIVO EN EL SECTOR PÚBLICO: SU CONTROL JURISDICCIONAL.** *Mariano Treviño Pascual*

**NEGOCIACIÓN COLECTIVA Y GOBERNANZA DE LAS RELACIONES LABORALES: UNA LECTURA DE LA JURISPRUDENCIA TRAS LA REFORMA LABORAL.** *Consuelo Chacartegui Jávega (Coordinadora)*

**LA TOMA DE DECISIONES EN EL ÁMBITO MARÍTIMO: SU REPERCUSIÓN EN LA COOPERACIÓN INTERNACIONAL Y EN LA SITUACIÓN DE LAS GENTES DEL MAR.**  
*José Manuel Sobrino Heredia (Director)*

**REFLEXIONES SOBRE LA CONSIGNACIÓN EN LOS RECURSOS LABORALES.**  
*José María Ríos Maestre*

**LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LA SEGURIDAD SOCIAL: LA EXPERIENCIA ESPAÑOLA E ITALIANA EN SU 40 Y 70 ANIVERSARIO.** *Francisco Miguel Ortiz González Conde*

**LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EUROPEA DE SECTOR.**  
*Manuel Antonio García-Muñoz Alhambra*

**TRABAJO AUTÓNOMO Y FOMENTO DEL EMPRENDIMIENTO: MITOS Y REALIDADES.** *José Luján Alcaraz y Francisca Ferrando García (Directores)*

**BASES, EVOLUCIÓN Y RETOS DE LA LEY DE DEPENDENCIA A LOS DIEZ AÑOS DE SU APROBACIÓN.** *María Luisa Molero Marañón*

**TIEMPOS DE CAMBIO Y SALUD MENTAL DE LOS TRABAJADORES.**  
*Juan José Fernández Domínguez y Susana Rodríguez Escanciano (Directores) y Henar Álvarez Cuesta (Coordinadora)*

**SEGURIDAD VIAL DE LOS TRABAJADORES.**  
*Daniel Toscani Giménes y Manuel Alegre Nueno (Directores)*

**REPRESENTACIÓN Y REPRESENTATIVIDAD COLECTIVA EN LAS RELACIONES LABORALES.**  
*Jesús Cruz Villalón, Remedios Menéndez Calvo y Magdalena Nogueira Guastavino (Coordinadores)*

**RESOLUCIONES JUDICIALES RECURRIBLES EN SUPLICACIÓN.**  
*Miquel Àngel Falguera Baró*

**LA PROTECCIÓN SANITARIA EN LOS RÉGIMENES ESPECIALES DE SEGURIDAD SOCIAL DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS.**  
*Macarena Hernandez Bejarano*

**EL DAÑO POR MOBBING: DELIMITACIÓN Y RESPONSABILIDADES.**  
*Gloria P. Rojas Rivero*





