

La innecesaria regulación laboral de los trabajadores que prestan sus servicios en plataformas de digitales. Una cuestión inacaba

*MARÍA DEL CARMEN MACÍAS GARCÍA



REVISTA IBEROAMERICANA
DE RELACIONES LABORALES

Labour Issues.

Iberoamerican Journal of Industrial Relations

ISSN 2173-6812

VOL. 39, (2021)

pp. 27-37



FECHA RECEPCIÓN:

2021-03-15

FECHA REVISIÓN:

2021-03-19

FECHA ACEPTACIÓN:

2021-10-30

FECHA PUBLICACIÓN:

2021-12-05

RESUMEN

A raíz de la última sentencia del Tribunal Supremo que declara laboral por cuenta ajena la relación de los trabajadores que prestan sus servicios para plataformas digitales parece que se ha dado respuesta a la -inexistente- duda sobre la laboralidad que rodean estos repartidores. Tanto es así que el Gobierno ha aprobado, ex profeso, el RD-Ley 9/2021 que introduce la presunción de laboralidad de estos trabajadores.

Sin embargo, y teniendo en cuenta los antecedentes jurisprudenciales de nuestro Alto Tribunal en cuestiones similares, nos preguntamos si era necesario dilatar tanto esta cuestión en el tiempo o por el contrario se podría desde un inicio, y sin vacilaciones, haber zanjado la cuestión optando, como es de justicia, y así se viene reiterando en concretar que dicha prestación de servicios se ajusta a la relación laboral por cuenta ajena definida por la norma.

Intentaremos, por tanto, dar respuesta a dicha cuestión mediante el análisis de la legislación, la jurisprudencia y la forma de trabajar que presentan dichas empresas.

PALABRAS CLAVE:

Presunción de laboralidad, jurisprudencia, Tribunal Supremo, trabajo en plataformas

ABSTRACT

This paper study an issue related with the solidarity principle which would have to rule the relationships between the society members. It is analysed how this principle might be effective through different means of economic support to the most unfavoured. This could be materialized through tax benefits or through public expenditure programmes as fundamental right to perceive economic resources according to the law.

KEYWORDS:

Presumption of employment, jurisprudence, Supreme Court, work on platforms.

La innecesaria regulación laboral de los trabajadores que prestan sus servicios en plataformas de digitales. Una cuestión inacaba

1. Introducción.

Mucho se ha escrito ya a estas alturas sobre el trascendente e importante¹ pronunciamiento del Tribunal Supremo² de 25 de septiembre del pasado año 2020 que confirma la naturaleza laboral por cuenta ajena de la prestación de servicios de los trabajadores para determinadas plataformas digitales, por ello, no vamos por tanto a analizar dicho fallo judicial, pues poco podríamos aportar de forma novedosa.

De tal forma que tras varios meses de diversas noticias aparecidas en prensa³ y televisión sobre la tan ansiada y solicitada regulación legal de dichos trabajadores el pasado mes de septiembre ve la luz la Ley 12/2021⁴ de garantía de los derechos laborales de las personas dedicadas al reparto en el ámbito de plataformas digitales.

Esta aprobación legislativa nos hace plantear nuevamente dicho debate, puesto que, hoy en día, y tras un año del pronunciamiento de nuestro Alto Tribunal nos cuestionarnos si era necesaria su inclusión explícita en Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (en adelante, ET)⁵.

Todo ello nos plantea la necesidad de reflexionar si es o ha sido necesario el transcurso de tantos años y resoluciones judiciales⁶ al respecto o por el contrario la laboralidad era palpable desde el inicio lo que en última instancia derivaría a que no era necesaria dicha inclusión puesto que ya encontraban amparo en el ET, respaldado por la inmensa jurisprudencia existente al respecto. A esta cuestión, que entendemos no es baladí, de forma humilde y honesta dedicamos las siguientes líneas.

2. Marco regulador del contrato de trabajo y trabajador asalariado: elementos esenciales

Siguiendo al Prof. Martín Valverde⁷ podemos decir que la legislación laboral se ha construido desde sus primeras manifestaciones alrededor de dos conceptos básicos, a

saber, el trabajador asalariado y el contrato de trabajo. El primero de ellos ha obtenido mayor visibilidad en la legislación moderna, mientras que el segundo afloraba de manera más patente en nuestras normas históricas. Son dos vertientes de una misma realidad institucional⁸; la realización de un trabajo para otro, a cambio de una remuneración.

Por tanto, parece necesario acercar al lector a algunas cuestiones que consideramos imprescindibles para un mejor entendimiento de la materia en cuestión. Empezaremos por definir o mejor dicho configurar el contrato de trabajo que, curiosamente como tal, no aparece recogido en el ET normal laboral por excelencia, si no que debemos acudir al Código Civil⁹.

De tal suerte que, los requisitos exigidos para la existencia de un contrato de trabajo aparecen el art. 1261¹⁰ de la norma citada *ut supra* los cuales han sido refrendados en multitud de ocasiones por nuestro Alto Tribunal¹¹, de forma sucinta pasamos a señalar;

- el consentimiento de los contratantes,
- el objeto cierto que sea materia del contrato y
- la causa de la obligación que se establezca.

Es tan necesaria la presencia y tan fuerte que si el contrato carece de alguno de ellos será nulo¹².

Ahora bien, para poder realizar correctamente un análisis pormenorizado del tema propuesto, es necesario, comenzar por la norma de aplicación en nuestra disciplina jurídica, hablamos como no puede ser de otra forma, del ET que a la postre define y enmarca la relación laboral por cuenta ajena o asalariada.

No obstante, y señalado lo anterior, conviene realizar otra matización importante, no todo contrato está sometido al ET, en otras palabras, no toda prestación de servicios será tutelada por nuestro Derecho del Trabajo, sólo lo serán las que presenten las notas que configuran la laboralidad de este.

Para conocer los elementos que configuran o delimitan la laboralidad debemos acudir al art. 1.1 del ET, que en su tenor literal dice así:

Esta ley será de aplicación a los trabajadores que voluntariamente presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona, física o jurídica, denominada empleador o empresario.

De la lectura atenta del precepto se desprenden los elementos básicos del contrato de trabajo -referencia que, como hemos comentado anteriormente, obsérvese no aparece- y que lo conforman las siguientes notas características¹³:

-La primera de ellas es la voluntariedad; la prestación de servicios debe ser realizada de forma voluntaria. Este requisito se enmarca o tiene como finalidad excluir las presta-

ciones personales obligatorias. De hecho, el apartado 3b) art. 1 exceptúa¹⁴ de su ámbito de aplicación y por tanto de una posible aplicación de la normativa laboral a las prestaciones de servicios que pueda realizar cualquier persona y que hayan sido impuestas legalmente o sean de carácter forzoso con independencia de que sean o no retribuidas.

Las prestaciones personales obligatorias que pueden ser impuestas por una norma legal son *verbigracia*:

1. El extinto servicio militar o la prestación social sustitutoria¹⁵.
2. El trabajo de los penados en instituciones penitenciarias.
3. En caso de emergencia los servicios de protección civil¹⁶.
4. Los trabajadores que sean perceptores de las prestaciones por desempleo. La renuncia a estas obligaciones conllevará la suspensión de las prestaciones económicas que pudiera tener reconocidas el trabajador¹⁷.

Así, la voluntariedad en la relación laboral debe estar presente tanto en el momento de la firma del contrato como en la duración de este. El propio ET alude de forma expresa a la posibilidad de *libre desistimiento*¹⁸ por parte del trabajador en el apartado 1d) del art. 49 como forma de finalización del contrato de trabajo.

-La segunda nota es la remuneración; la prestación de trabajo debe ser remunerada por el empleador. Nos permite diferenciarla de otras figuras en las que está presente la prestación de servicios, pero no se realiza un pago por estas, la persona no recibe salario o remuneración. La norma siendo concedora de estas las excluye bajo la denominación de trabajos de benevolencia, buena vecindad y familiares¹⁹.

-En tercer lugar, nos encontramos la ajenidad²⁰ y dependencia; supone *ab initio* en la atribución de los frutos y resultados del trabajo al empresario. El criterio para apreciar la presencia o no de ajenidad normalmente se fundamenta en:

-La ajenidad en los frutos, los resultados del trabajo pertenecen siempre al empleador, nunca al trabajador, desde el inicio de la relación laboral.

-La ajenidad en los riesgos, que comprende tres características:

-el coste de las tareas a realizar corre a cargo del empresario;

-el fruto o resultado pasa a formar parte del patrimonio del empresario;

-el resultado económico positivo o negativo corresponde siempre al empresario. El trabajador, por tanto, no asume riesgo económico ni reparto de beneficios (como si ocurre en el trabajador autónomo).

Pese a parecer la delimitación nítida y fácilmente aplicable a determinados supuestos la realidad se antoja diferente, prueba de ello es la multitud de litigios que se han ido

sucedido en los últimos años relativos a los trabajadores que prestan sus servicios a plataformas digitales.

La apreciación de las notas de subordinación y de ajenidad no siempre resulta fácil, puesto que se trata de conceptos jurídicos de un cierto nivel de abstracción²¹, cuya concreción exige a menudo la constatación y la valoración de diferentes indicios, unos genéricos para las distintas actividades de trabajo y otros específicos de determinadas profesiones; así en unos casos se toma en consideración cierta duración y continuidad; la afiliación o no a la Seguridad Social, el alta en el IAE, la percepción de honorarios, la declaración del IRPF, la retribución periódica al trabajador; también en especie...

En cuanto a la existencia o no de subordinación²² la postura de nuestro Alto Tribunal es de sobra conocida, de tal suerte que la dependencia no implica una subordinación absoluta, *sino solo la inserción en el círculo rector, organizativo y disciplinario de la empresa*²³ de tal suerte que en la práctica hay que *analizar cada caso concreto en atención a los indicios existentes, valorando principalmente el margen de autonomía del que goza quien presta el servicio*²⁴.

Para precisar más el concepto de dependencia tendremos en cuenta que estaremos ante ella cuando²⁵;

-La asistencia al centro de trabajo del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario.

-El desempeño personal del trabajo. Aunque no excluye el contrato de trabajo la existencia en determinados servicios de régimen excepcional de suplencias o sustituciones.

-La inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad.

-La ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

En cuanto a la ajenidad²⁶ aparecen una serie de indicios comunes que son:

-La entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados.

-La adopción por parte del empresario y no del trabajador de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela o indicación de personas a atender.

-El carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo.

-El cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

A mayor abundamiento señala el Supremo²⁷ que la ajenidad aparece cuando se presentan las siguientes situaciones:

1) Los frutos del trabajo pasan *ab initio* a la empresa, que asume la obligación de retribuir dichos servicios que están garantizados.

2) No se ha probado que el demandante asuma riesgo empresarial de clase alguna.

3) Tampoco se ha acreditado que realice una inversión en bienes de capital relevante, pues la inversión que constituye elemento esencial de la actividad contratada se entrega directamente por la demandada.

La ajenidad en los frutos se produce cuando²⁸ *la utilidad patrimonial derivada del mismo -es decir, lo que pagan los clientes- ingresa directamente en el patrimonio de la empresa y no en el de los actores (ajenidad en los frutos y en la utilidad patrimonial) y estos percibirán su salario, en la modalidad de por unidad de obra.*

-En cuarto lugar, como se desprende de la lectura del art. 1.1 del ET encontramos la subordinación o dependencia puesto que la prestación de servicios es necesaria que se desarrolle dentro *del ámbito de organización y dirección de otra persona.*

Este requisito es, en todo caso un concepto graduable²⁹ y elástico, que puede mostrar distinta fuerza o magnitud en función de circunstancias heterogéneas, que pueden abarcar desde las que presenta el propio trabajador (cualificación, etc....) a las características del trabajo o ámbito en el que se desarrolla o presta el servicio.

Es importante señalar, a lo que nos interesa en este estudio, que esta subordinación o dependencia puede verse afectada por los medios técnicos utilizados en la empresa, en tanto en cuanto, los avances producidos en las últimas décadas tales como la electrónica, informática, etc.... permiten nuevas formas de organización y control del trabajo, por ejemplo, el que se realiza a través de plataformas digitales³⁰.

Se exige que la actividad esté organizada o programada por otro sujeto distinto al trabajador, aunque el trabajador goce de cierto margen para la ejecución del trabajo³¹.

-En quinto y último lugar aparece el carácter personalísimo que gira en torno a la relación laboral por cuenta ajena. La prestación de trabajo es *intuiti personae*. Debe constar de forma clara la persona que va a realizar el trabajo, en tanto en cuanto, constituye un dato distintivo de la existencia de una relación protegida por el Derecho del Trabajo.

El Tribunal Supremo³² ha considerado que nos encontramos ante una relación laboral por cuenta ajena cuando no es posible la sustitución personal sin consentimiento de la empresa. En algunas ocasiones³³, sin embargo, se han admitido de forma excepcional la sustitución ocasional y esporádica en algunos trabajos *verbigracia* porteros de edificios o limpiadores de fincas urbanas sustituidos por sus familiares.

A modo de resumen y cierre de epígrafe pasamos a enumerar los criterios para determinar si existe relación laboral o no, según la jurisprudencia³⁴ del Tribunal Supremo:

-La calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.

-En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada.

Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra.

Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo y del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

-Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

-En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes.

En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

Una vez asentados de forma somera los elementos esenciales que delimitan, no sin dificultad, el contrato de trabajo sometido a la regulación que dimana del ET y los elementos esenciales que deben estar presentes en dicha relación, es momento de analizarla relación laboral por cuenta ajena de los trabajadores de plataformas.

3. Configuración de la prestación de servicios en plataformas digitales

Entendiendo que no es posible analizar, ni tener acceso al funcionamiento y regulación de las diversas plataformas que operan en nuestro país, presuponemos un funcionamiento similar e incluso idéntico de estas.

Así para desgranar los elementos que perfilan la relación establecida entre las empresas que funcionan a través de plataformas y los trabajadores recurriremos a la precitada sentencia del Tribunal Supremo que no es cuestión de analizar sino de tener por admitida.

Como no podía ser de otra manera comienza el Alto Tribunal³⁵ recordando que una relación laboral por cuenta ajena exige una prestación de servicios voluntaria, retribuida, ajena y dependiente. Veamos pues la forma de trabajar de dichas plataformas y si se ajustan a estas exigencias.

Como norma general se suscribe un contrato mercantil en la que el trabajador debe estar de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social³⁶, pasando posteriormente en algunas ocasiones a la figura de TRADE³⁷.

La empresa ofrece sus encargos o recados que el trabajador puede aceptar mediante un procedimiento creado por la empresa. El trabajador activa su disponibilidad en un teléfono móvil en el que empiezan a llegarle ordenes de trabajo o pedidos según su franja horaria y zona geográfica delimitada. Es libre para aceptar o no el pedido.

La actividad por realizar se gestionaba a través de la APP de la empresa, y las comunicaciones entre el trabajador y esta se realizaban mediante correo electrónico.

El sistema por el que la empresa ofrece los encargos o recados presentan el siguiente sistema:

Previa reserva de la franja horaria en la que se desea trabajar, el actor activa la posición de auto asignación (disponible) en su teléfono móvil y a partir de entonces comienzan a entrarle pedidos (slots) acordes con su franja y zona geográfica.

El repartidor puede aceptar el pedido, pudiendo hacerlo de forma automática o manual. En la primera modalidad, la plataforma asignaba un reparto automático de recados que el trabajador podía rechazar de forma manual. En la modalidad manual, la plataforma no asigna el pedido al repartidor, sino que es éste quien tiene que seleccionar qué reparto desea hacer entre los que disponibles.

Una vez aceptado el pedido el repartidor debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con éste de forma directa. Si le surgen dudas sobre la forma de realizar el pedido, tiene que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas.

La empresa dispone de un sistema de puntuación de los trabajadores y una clasificación que van desde: principiante, junior y senior. También tiene la potestad por la cual si un trabajador lleva más de tres meses sin aceptar ningún servicio puede bajarle la categoría en que se encuentre en ese momento.

La puntuación del trabajador se basa en tres factores, a saber, la valoración del cliente que recibe el producto solicitado, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos, y el hacer los pedidos en las horas de mayor demanda.

Es importante resaltar que existe una penalización en cuanto a puntos si el trabajador no está operativo en una franja horaria que previamente ha sido reservada por él. Si existen motivos justificados para dicha ausencia la empresa dispone de un procedimiento para comunicarlo a fin de evitar la penalización. Los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando.

El trabajador mientras desarrolla su actividad se encuentra permanentemente localizado a través de un dispositivo geolocalizador GPS. Es requisito casi imprescindible que aporte para la prestación de servicios un teléfono móvil o dispositivo que admita dicha localización y una moto o medio de transporte.

La retribución consiste en el pago de una cantidad en los términos que se reflejan y fijan en el contrato firmado por la empresa y el trabajador.

El pago, es en general de forma quincenal, el trabajador emite la factura de los servicios realizados en cada periodo junto con el IVA correspondiente. Las facturas son confeccionadas por la empresa y remitidas al trabajador para su visado y conformidad. A continuación, la cantidad se abona por transferencia bancaria. El trabajador tiene derecho a interrumpir su actividad durante 18 días hábiles al año, consensuando ambas partes el periodo de su disfrute

En síntesis, hemos presentado la forma de organización de dichas plataformas digitales. Por tanto, queda por analizar, utilizando la legislación y apoyándonos en la jurisprudencia si dichos trabajadores están amparados por el ET como trabajador asalariado o, por el contrario, nos encontramos ante una actividad por cuenta propia.

3.1 Existencia de elementos esenciales que configuran una relación laboral por cuenta ajena en los trabajadores de plataformas digitales

Empecemos delimitando si la figura de TRADE tiene razón de ser o es simplemente un recoveco legal para difuminar una prestación laboral por cuenta ajena. Teniendo en cuenta el art. 11.2 de la LETA vemos que los requerimientos para ello;

-Desarrollar su actividad con criterios organizativos propios, sin perjuicio de las indicaciones técnicas que pudiese recibir de su cliente.

En este caso el Supremo³⁸ contesta que; *el trabajador no llevaba a cabo su actividad con sus propios criterios organizativos sino con sujeción estricta a los establecidos por la plataforma.*

-Disponer de infraestructura productiva y material propios, necesarios para el ejercicio de la actividad e independientes de los de su cliente, cuando en dicha actividad sean relevantes económicamente.

A este requisito dice el Tribunal³⁹ que *se trata de medios accesorios o complementarios. La infraestructura esencial para el ejercicio de esta actividad es el programa informático desarrollado por la plataforma que pone en contacto a los comercios con los clientes finales. La citada plataforma constituye un elemento esencial para la prestación de servicio. El trabajador carecía de una infraestructura propia significativa que le permitiera operar por su cuenta.*

En vista de ellos y superado el primer escollo, podemos afirmar que no se alcanzan los requisitos necesarios para su inclusión como TRADE, pasemos pues a desgranar las restantes exigencias.

En cuanto al requisito de ajenidad⁴⁰ debemos señalar que la empresa toma todas las decisiones comerciales; el precio de los servicios prestados, la forma de pago y la remuneración a los repartidores se fija exclusivamente por esa empresa.

Los repartidores no perciben sus honorarios directamente de los clientes finales de la plataforma, sino que el precio del servicio lo recibe la empresa, quien posteriormente abona su retribución a los repartidores. Ello demuestra que la plataforma no es una mera intermediaria entre clientes finales y repartidores. Ni los comercios, ni los consumidores finales a quienes se realiza el servicio de reparto, son clientes del

repartidor, sino de la plataforma en cuestión, la empresa toma todas las decisiones comerciales.

La compensación económica la abona la empresa al repartidor. Es la empresa quien confecciona cada una de las facturas y posteriormente se las remite a los repartidores para que estos muestren su conformidad y se las girasen a la empresa. Es decir, formalmente era el actor quien giraba su factura a la plataforma para que esta se la abonara. Pero en realidad la había confeccionado la empresa conforme a las tarifas y condiciones fijadas por ella misma, y se la remitía al repartidor para que este se la girase a la empresa y la cobrase.

Respecto a la ajenidad en los riesgos, el hecho de no cobrar por el servicio si éste no llega a materializarse es consecuencia obligada de la retribución por unidad de obra. Pero no supone que el trabajador responda de su buen fin asumiendo el riesgo y ventura de este.

Además, el demandante asumía el riesgo derivado de la utilización de una motocicleta y móvil propios, cuyos costes corrían a su cargo, percibiendo su retribución en función de los servicios prestados.

Pese a ello, atendiendo a las concretas circunstancias de la prestación de servicios, no puede decirse que concurriera puesto que no puede decirse que concurriera en el actor el binomio riesgo-lucro especial que caracteriza a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones⁴¹. Este se apropia de manera directa del resultado de la prestación de trabajo, el cual redundaba en beneficio de dicha empresa, que hizo suyos los frutos del mismo.

El repartidor, mejor llamarlo trabajador, no tiene ninguna intervención en los acuerdos establecidos entre la plataforma y los comercios adheridos, ni en la relación entre esta y los clientes a los que servían los pedidos.

El trabajador no contrata con unos ni con otros. Se limita a prestar el servicio en las condiciones impuestas. También es la empresa quien acuerda con los distintos establecimientos los precios que éstos le abonan y fija unilateralmente las tarifas que el trabajador percibe por los recados o repartos que efectúa, incluidas las sumas adicionales por kilometraje y tiempo de espera, en cuyo establecimiento aquél no tiene la más mínima participación.

De forma magistral afirma el Alto Tribunal⁴² realizando un amplio recorrido jurisprudencial que existe ajenidad en los medios, evidenciada por la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales del demandante: un teléfono móvil una motocicleta. En sentido similar recalca que los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del trabajador sino la plataforma digital en la que deben darse alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio, por tanto, carece de importancia

económica la aportación del vehículo y/o teléfono móvil al ser considerados complementos accesorios.

Los indicios comunes de ajenidad más habituales en la doctrina jurisprudencial son, entre otros, la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados⁴³, la adopción por parte del empresario -y no del trabajador- de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o de las relaciones con el público, como fijación de precios o tarifas, selección de clientela, indicación de personas a atender⁴⁴, el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo⁴⁵ y el cálculo de la retribución o de los principales conceptos de la misma con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones⁴⁶.

Respecto a la forma de pago o salario de estos trabajadores el Tribunal⁴⁷ ha explicado que *el no establecimiento de retribución o salario fijo no es un elemento característico delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras*, dado el concepto de salario contenido en el art. 26.1 ET⁴⁸ que señala que tiene tal acepción «la totalidad de las percepciones económicas de los trabajadores, en dinero o en especie, por la prestación profesional de los servicios laborales por cuenta ajena, ya retribuyan el trabajo efectivo, cualquiera que sea la forma de remuneración, o los periodos de descanso computables como de trabajo».

Parece que la libertad que tienen los trabajadores para elegir los horarios en los que desarrollar su actividad e incluso el aceptar los pedidos desnaturaliza ese requisito, estando, por tanto, ante una relación mercantil de prestación de servicios en la que no existe la nota de dependencia o subordinación.

No obstante, y a este respecto conviene recordar la sentencia del TS de 25 de enero de 2000⁴⁹ que consideró laboral la relación de una limpiadora con una comunidad de propietarios, a pesar de que la trabajadora tenía libertad de horario y podía ser sustituida por un tercero *a pesar de que la sujeción a la dirección de la empresa y el carácter personal de la prestación aparezcan disimulados por la libertad de horario y la sustitución esporádica en la prestación de los servicios por familiares, estos caracteres tampoco están ausentes en la relación enjuiciada, pues las instrucciones y dirección de la empresa aparecen en los propios términos del contrato que previene la limpieza en «circunstancias especiales»* que naturalmente ha de determinar en cada caso el empresario y dada la naturaleza de los servicios prestados y del empresario.

La libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario como lo muestra que es carácter

ordinario que acompaña a los trabajos de empleados de fincas urbanas en los que la continuidad en el servicio prima sobre la prestación personal, constante y sin excepción del trabajo.

Si revisamos la doctrina mantenida respecto al hecho de aporte de vehículo propio o medio de transporte proporcionado por el trabajador para realizar su trabajo ya desde el año 1986⁵⁰ se consideró como laboral la relación *de unos mensajeros que prestaban el servicio de recepción de paquetes, para su transporte y entrega a los destinatarios. Los mensajeros prestaban servicios en motocicletas de su propiedad, abonando los gastos de mantenimiento, combustible y amortización, percibiendo un tanto por viaje, sin relación con el precio del transporte que se fijaba por la empresa y clientes sin intervención de los mensajeros*.

No es este el único fallo⁵¹ que encontramos al respecto, así en el mismo año se atribuyó de nuevo la calificación de laboral *a la relación del propietario de un vehículo que debía estar diariamente, a la hora y en el sitio fijado, con su vehículo para la recogida de los periódicos o publicaciones impresas. Eran de su cuenta los gastos de mantenimiento del vehículo, las averías y reparaciones del mismo, el carburante consumido y los seguros e impuestos, y corrían también de su cuenta las cotizaciones al Régimen Especial de Trabajadores Autónomos de la Seguridad Social*.

Apuntamos aquí, por cuestiones de espacio y reiteración, sólo dos de las múltiples ocasiones en que se han entendido por parte de los jueces⁵² que el suministrar un vehículo para la realización del trabajo no impide la existencia de una relación laboral⁵³ por cuenta ajena, por lo que no entendemos el debate que se pueda plantear al respecto en el caso concreto de los repartidores de plataformas digitales, en tanto en cuanto, la postura al respecto es clara y concisa. Podemos afirmar que nos encontramos ante un problema inexistente y artificial.

El ET⁵⁴ a su vez establece una presunción *iuris tantum* de laboralidad, a la vez que la delimita desde un punto de vista positivo, cuando además de la voluntariedad recuerda nuestra jurisprudencia aparecen también la ajenidad en los resultados, la dependencia de en su realización y la retribución de los servicios. A su vez, la pequeña inversión realizada por el trabajador para poder llevar a cabo la prestación de servicios, como un móvil o medio de locomoción, o supone la existencia de una relación ajena a la laboral.

Además de todos los apuntes mencionados hasta el momento que ya hacía vislumbrar la postura de nuestra jurisprudencia a favor de ratificar que la relación es laboral por cuenta ajena, debemos referirnos a más indicios que aparecen en la meritada sentencia hasta ahora inexistentes debido principalmente a las propias características de las nuevas formas de trabajo que han surgido.

El trabajador se encuentra bajo el poder de organización y dirección del empresario entre otras cuestiones por la geolocalización por GPS del trabajador mientras realiza su actividad, registrando los kilómetros que recorría, es también un indicio relevante de de-

pendencia en la medida en que permite el control empresarial en tiempo real del desempeño de la prestación. Los repartidores están sujetos a un permanente sistema de control mientras desarrollan la prestación del servicio.

La plataforma digital no se limita a encomendar al repartidor la realización de un determinado servicio, sino que precisaba cómo debe prestarse, controlando el cumplimiento de las indicaciones a través de la aplicación.

Establece incluso, que el repartidor debe realizar el servicio o reparto en el plazo máximo acordado; se especifica al trabajador de cómo debe dirigirse al usuario final; se le prohíbe utilizar distintivos corporativos tales como camisetas, gorros, etc. Por consiguiente, la empresa establece instrucciones dirigidas a los repartidores relativas a cómo realizar la prestación del servicio.

El trabajador se limita a recibir las órdenes de la empresa, en virtud de las cuales debía recoger cada pedido de un comercio y llevarlo al domicilio de un cliente final. La realización de esta tarea está sujeta a las reglas precisas impuestas por la empresa.

La empresa proporciona al actor una tarjeta de crédito para que pudiera comprar productos para el usuario: cuando se adquiere un producto para entregarlo al consumidor final, el repartidor utiliza una tarjeta de crédito proporcionada por esta. Y se pactó que, si el repartidor necesitaba un adelanto para el inicio de la actividad se le realizaría un adelanto de 100 euros.

En el contrato de TRADE⁵⁵ suscrito por ambas partes se especifican hasta trece causas justificadas de resolución del contrato por la empresa consistentes en incumplimientos contractuales del repartidor: por retraso continuado en la prestación del servicio; realización deficiente o defectuosa de los servicios; ofensas verbales o físicas a las personas que presten servicios para la empresa o usuarios, proveedores o cualquier tercero; transgresión de la buena fe contractual o el abuso de confianza en el desempeño de las funciones encomendadas...

Algunas de estas casusas de rescisión, aparecen también como incumplimientos contractuales que justifican el despido disciplinario recogidos en el art. 54 del ET respecto a los trabajadores por cuenta ajena.

La plataforma digital es el único que dispone de la información necesaria para el manejo de sistema de negocio: los comercios adheridos, los pedidos...el trabajador no dispone de dichos datos, por lo depende de la empresa para realizar su trabajo.

4. Epítome

El Derecho del Trabajo se constituye por el vínculo existente entre quien se compromete de forma personal y voluntaria a prestar una actividad en régimen de ajenidad y depen-

dencia y quien viene a recibirla apropiándose de los frutos o ventajas de ella derivados⁵⁶.

Nos encontramos ante una realidad jurídica del trabajo en la empresa cuyo dato diferencial recae sobre la noción de ajenidad y dependencia o subordinación técnico-funcional considerado como un instrumento de institucionalización de la sujeción o sometimiento del trabajador al poder del empleador manifestado a través de una relación de sometimiento jurídico y no meramente de orden técnico⁵⁷

En lo que respecta a si estamos ante un contrato de trabajo o de otra naturaleza es de sobra conocido que los contratos tienen la naturaleza que se deriva de su real contenido obligacional, independientemente de la calificación jurídica que les den las partes; de modo que a la hora de calificar la naturaleza laboral o no de una relación debe prevalecer sobre la atribuida por las partes, la que se derive de la concurrencia de los requisitos que determinan la laboralidad y de las prestaciones realmente llevadas a cabo, *pues las cosas son como son, y no como las partes dicen que son*.

Es obvio en nuestra doctrina que la naturaleza de los contratos no se determina por la denominación que le otorgan las partes sino por la realidad de las funciones que en su virtud tengan lugar, por ello si estas funciones entran dentro de lo previsto en el art. 1 del ET, el contrato tendrá índole laboral cualquiera que sea el nombre que los contratos le dieran. Las funciones o requisitos del contrato son: el carácter voluntario, personal, retribuido, dependiente y por cuenta ajena que define el ámbito de aplicación del derecho del trabajo⁵⁸ y donde no es necesaria la manifestación expresa de esas notas, sino que cabe deducirla por la vía de la presunción de laboralidad⁵⁹.

Es reiterada la jurisprudencia de la Sala de lo Social del TS se declara la irrelevancia de la calificación que las partes otorguen a un contrato, señalando que la naturaleza jurídica de un ente contractual viene determinada por el conjunto de derechos y obligaciones que se pactan y las que realmente se ejercitan⁶⁰ y que la dependencia –entendida como situación del trabajador sujeto, aun en forma flexible y no rígida, ni intensa a la esfera organicista y rectora de la empresa–, y la ajenidad, respecto al régimen de retribución, constituyen elementos esenciales que diferencian la relación de trabajo de otros tipos de contrato⁶¹; si bien el requisito de dependencia no concurre cuando el contratado actúa con plena autonomía⁶² aunque «mal puede ser empresario de una determinada explotación quien carece de facultades y poderes sobre los medios patrimoniales propios de la misma» y «también es difícil atribuir tal calidad a quien no asume los riesgos propios del negocio, pues esa asunción de riesgos es nota específica del carácter empresarial⁶³»

Las empresas imponen a los trabajadores condiciones propias de los autónomos como, por ejemplo, autorizaciones, permisos y licencias, de adquisición de las herramientas de trabajo, la reparación y mantenimiento de las mismas, el pago de impuestos y costes sociales, o el auto aseguramiento frente a los accidentes de trabajo⁶⁴. Se puede afirmar,

por tanto, sin temor a equivocarnos que se ejerce el poder de dirección del empresario en la forma de organizar la prestación de servicios, rasgos que nos recuerdan de forma ineludible la dependencia o subordinación.

Si realizamos una «radiografía», permítannos el símil, de los elementos que configuran el contrato de trabajo y la relación que se establece con las plataformas digitales se observa de forma manifiesta que es un trabajo voluntario. Aunque dicha prestación de servicios se puede entender de carácter personalísimo, como se ha apuntado en líneas anteriores la sustitución de forma casual del trabajador no es impedimento para la calificación de laboral.

La jurisprudencia⁶⁵ ha considerado en alguna ocasión que el hecho de que el trabajador lleve consigo o utilice la marca y signos distintivos de la empresa es un indicio de ajenidad en la prestación de servicios.

A la luz de la vasta y extensa jurisprudencia expuesta anteriormente resulta casi una imprudencia, a nuestro entender, el que hayan existido dudas sobre la existencia de una relación laboral por cuenta ajena en el caso de los trabajadores que prestan sus servicios en plataformas digitales, que en cualquier caso ha sido eliminado con la aprobación de la ley de 28 de septiembre nombrada *ut supra*. En palabras del gran Alonso Olea⁶⁶ *la realidad social sobre la que el Derecho del Trabajo descansa no es el trabajo en general, sino un tipo muy especial y muy característico de trabajo.*

5. Bibliografía

Alonso Olea, M. (1994). *Introducción al Derecho del Trabajo*, Civitas.

Cardona Rubert, M.B. (2020). *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch.

Cruz Villalón, J. (2017) “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas Laborales*, núm. 138.

Lopez-Tamés Iglesias, R. (2019). Contrato de trabajo y nuevas plataformas digitales. *El derecho*, 30 de mayo de 2019, nº 2.

Martín Valverde, A (2020). *Derecho del Trabajo*, Tecnos.

Mella Méndez, L (2021). La protección de los repartidores de plataformas tras el RD-Ley 9/2021 ¿se está ante una verdadera presunción «iuris tantum» de laboralidad?, *Nueva revista española de derecho del trabajo*. Aranzadi, nº 244, 2021.

Mercader Uguina, J., (2018) “Los TRADE en las plataformas digitales” en Pérez de los Cobos orihuel, F. (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Madrid, *Wolters Kluwer*.

Monereo Pérez, J. L.: (1999). La crítica de los elementos de reducción normativa del concepto de trabajo en la doctrina socialista del derecho significación técnica de la dependencia y ajenidad, en VV. AA.: *Trabajo subordinado y trabajo autónomo en la delimitación de fronteras del Derecho del Trabajo*. Estudios en Homenaje al Prof. José Cabrera Bazán, Madrid, Tecnos, 1999

Monereo Pérez J.L. y López Insua, B.M., (2020) “Las difusas fronteras entre el trabajo asalariado y por cuenta propia. Riders y plataformas digitales de nuevo a examen en la doctrina de los Tribunales Superiores de Justicia. STSJ de Madrid-SOC núm. 40/2020, de 17 de enero”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, núm. 4

Sempere Navarro, A. V. (1986). Sobre el concepto del Derecho del Trabajo, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1986, núm. 28

6. Legislación

Constitución Española, «BOE» núm. 311, de 29/12/1978.

Real Decreto Legislativo 2/2015, de 23 de octubre, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores. «BOE» núm. 255, de 24/10/2015.

Real Decreto 247/2001, de 9 de marzo y Real Decreto 342/2001, de 4 de abril

Real Decreto de 24 de julio de 1889 por el que se publica el Código Civil. «Gaceta de Madrid» núm. 206, de 25/07/1889. Entrada en vigor: 16/08/1889. Ministerio de Gracia y Justicia.

Real Decreto 247/2001, 9 de marzo, por el que se adelanta la suspensión de la prestación del servicio militar. «BOE» núm. 60, de 10 de marzo de 2001.

Real Decreto 342/2001, de 4 de abril, por el que se suspende la prestación social sustitutoria del servicio militar. «BOE» núm. 92, de 17 de abril de 2001.

Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. «BOE» núm. 166, de 12/07/2007.

7. Anexo Jurisprudencial

STS, Rec. 1712/1992, de 17 de julio de 1993, ECLI:ES:TS:1993:5445

STS, Rec. 2613/1995 de abril de 1996, ECLI:ES:TS:1996:2416

STS, Rec. 2869/2001, de 19 de julio de 2002, ECLI:ES:TS:2002:9177

STS, Rec. 2606/2004, de 3 de mayo de 2005, ECLI:ES:TS:2005:2773

STS, Rec. 3293/2009, de 17 de mayo 2010, ECLI:ES:TS:2010:3479

STS, Rec. 286/2008, de 5 de mayo de 2009, ECLI:ES:TS:2009:3677

STS, Rec. 3555/1995 de 31 de marzo de 1997 ECLI:ES:TS:1997:2302

STS, Rec. 4385/1998 de 5 de enero de 2000, ECLI:ES:TS:2000:11

STS, Rec. 4040/1998, de 20 de julio de 1999, ECLI:ES:TS:1999:5284

STS, Rec. 615/1993, 7 de marzo de 1994, ECLI:ES:TS:1994:1514

STS, Rec. 5319/2003, de 26 de diciembre de 2004

STS, Rec. 536/2012, 26 de noviembre de 2012

STS, de 23 de octubre de 1989 ECLI:ES:TS:1989:4672

STS de 27 de mayo de 1992

STS, Rec. 4169/2008 de 7 de octubre de 2009, ECLI:ES:TS:2009:6415

STS, de 6 de mayo de 1987 ECLI:ES:TS:1987:12115

STS, Rec. 5381/2004 de 19 de diciembre de 2005, ECLI:ES:TS:2005:7942

STS, Rec. 582/1999 de 25 de enero de 2000, ECLI:ES:TS:2000:365

ATS, Rec. 575/2010 de 20 de julio de 2010 ECLI:ES:TS:2010:11064A

STS, Rec. 4746/2019 de 5 de septiembre de 2020, ECLI:ES:TS: 2020:2924

STS, Rec. 3595/2015 de 24 de enero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:588

STS, Rec. 3389/2015 de 8 de febrero de 2018, ECLI:ES:TS:2018:589

STS, Rec. 1338/2017 de 29 de octubre de 2019, ECLI:ES:TS:2019:3511

STS, Rec. 1093/1999 de 29 de diciembre de 1999 ECLI:ES:TS:1999:8532

STS de 11 de mayo de 1979

STS, Rec. 587/2014 de 20 de enero de 2015, ECLI:ES:TS:2015:637

STS, Rec. 1463/1994 de 20 de septiembre de 1995 ECLI:ES:TS:1995:4608

STS, Rec. 3008/2017 de 4 de febrero de 2020, ECLI:ES:TS:2020:434

STS, Rec. 3585/2018 de 1 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2316

STS, Rec. 5121/2018 de 2 de julio de 2020, ECLI:ES:TS:2020:2440

STS, Rec. 2010/2009 de 6 de octubre de 2010, ECLI:ES:TS:2010:5384

STS, Rec. 3205/2012 de 19 de febrero de 2014, ECLI:ES:TS:2014:1404

STS, Rec. 2283/2000 de 15 de octubre de 2001, ECLI:ES:TS:2001:7901

STS, Rec. 1564/2012, de 25 de marzo de 2013, ECLI:ES:TS:2013:238.

STS, Rec. 2806/2015, de 16 de noviembre de 2017, ECLI:ES:TS:2017:4552

STS de 26 de febrero de 1986, ECLI:ES:TS:1986:10925

STS de 26 de junio de 1986, ECLI:ES:TS: 1986:12373

STS de 2 de febrero de 1988, ECLI:ES:TS:1988:547

STS, Rec. 3939/2005 de 18 de octubre de 2006, ECLI:ES:TS:1988:547

STS, Rec. 4062/1997, de 20 de octubre de 1998, ECLI:ES:TS:1998:6023