



# Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico

**Antonio Ojeda Avilés**

*Catedrático de Derecho del Trabajo*

*Presidente del Instituto Europeo de Relaciones Industriales*

aojeda@us.es | <https://orcid.org/0000-0002-5752-365X>

## Extracto

Las nuevas tecnologías, en especial las digitales, han traído un cambio tan radical en las relaciones de trabajo que difícilmente los tradicionales indicios de laboralidad sirven para determinar la calificación de los diversos supuestos. Entre las alternativas planteadas, de muerte del derecho del trabajo, de ampliación del derecho del trabajo a todo trabajo personal, o de reordenación de la calificación laboral desde una perspectiva orgánica y no individualista, este análisis conduce a la última de las posibilidades.

**Palabras clave:** deconstrucción; ajenidad; subordinación; dependencia orgánica; nuevas formas del trabajo.

Fecha de entrada: 23-08-2021 / Fecha de revisión: 12-10-2021 / Fecha de aceptación: 13-10-2021

**Cómo citar:** Ojeda Avilés, Antonio. (2021). Deconstrucción de los indicios de laboralidad frente al cambio tecnológico. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 23-47.



# Deconstructing the indicia of labour in the face of technological change

Antonio Ojeda Avilés

## Abstract

New technologies, especially digital ones, have brought such a radical change in labor relations that it is difficult for the traditional indications of employment to determine the qualification of the various assumptions. Among the alternatives proposed, of death of Labor Law, of extension of Labor Law to all personal work, or of reordering the labour qualification from an organic and non-individualistic perspective, this analysis leads to the last of the possibilities.

**Keywords:** deconstruction; alienation; subordination; organic dependence; new forms of work.

**Citation:** Ojeda Avilés, Antonio. (2021). Deconstructing the indicia of labour in the face of technological change. *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 464, 23-47.



## Sumario

1. La crisis existencial del derecho del trabajo
  2. La reiterada muerte del derecho del trabajo
  3. La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, sobre trabajo de reparto de mercancías a través de plataformas digitales
  4. La necesaria delimitación del ámbito del derecho del trabajo y los criterios clásicos utilizados
  5. La deconstrucción del derecho del trabajo: los nuevos perfiles
  6. ¿Qué indicio cardinal de laboralidad para una realidad difusa?
- Referencias bibliográficas

**Nota:** el presente artículo se enmarca en el grupo de investigación del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades del Plan Estatal 2017-2020, sobre «Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible» (PGC2018-095263-B-100).

## 1. La crisis existencial del derecho del trabajo

Desde hace demasiado tiempo, tanto como el que media desde la terminación de la época dorada del derecho del trabajo que se ha denominado «los treinta años gloriosos» hasta nuestros días, las personas especialistas han comenzado a hablar de una situación de crisis para nuestra disciplina, en donde los poderes públicos y los propios acontecimientos han remado contra el viento de una expansión que parecía imposible de detener hasta 1975, cuando la crisis del petróleo pone en jaque a los países industrializados. Comienza entonces a hablarse de «la huida del derecho del trabajo»<sup>1</sup> ante una serie de fenómenos como el trabajo autónomo o «autoemprendimiento» o la mayor atención a la voluntad de las partes en la calificación del contrato como contrapartida frente al principio de realidad. Pero hasta cierto punto esta atracción del derecho civil o común frente a otras ramas del derecho donde existe una desigualdad de partes en el ordenamiento es algo compartido por otros segmentos jurídicos, particularmente por el derecho administrativo, como la doctrina ha también manifestado<sup>2</sup>, y tiene su origen en momentos económicos depresivos en donde se abre paso la solución liberal, en concreto la crisis mundial del petróleo de los años setenta y la reacción legislativa inaugurada en Estados Unidos y Reino Unido por Reagan y Thatcher, seguida por muchos otros países.

Pero en nuestra disciplina hubo incluso antes una reacción todavía más enérgica que la de suavizar los rasgos del derecho del trabajo, y que llevó a un sector de comentaristas a hablar de la muerte anunciada de esta rama jurídica. Hablaban, no ya de un deslizamiento hacia las fronteras del derecho del trabajo de esas fórmulas contractuales donde se omite algún elemento característico de contrato de trabajo por las peculiaridades sociológicas que ofrecen (artistas, deportistas, personas reclusas, intermediarias mercantiles, de la alta

<sup>1</sup> Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer (1992); la idea expuesta viene a ser concretada años más tarde por Baylos Grau (2000, p. 44) o Igartua Miró (2014).

<sup>2</sup> Sobre la adopción de formas jurídicas de derecho privado y la creación de entidades privadas para la gestión pública en el derecho administrativo, cfr., por ejemplo, Del Saz Cordero, para quien:

De un tiempo a esta parte la cuestión de la «privatización» de la actividad de la Administración, es decir, la huida del derecho administrativo, ocupa un lugar estelar en las preocupaciones de los estudiosos de esta rama del derecho, como demuestran los numerosos trabajos que últimamente han venido ocupándose de ello, bien para apoyar y justificar la aplicación del derecho privado a la Administración pública, bien para denunciar la falta de garantías que ello conlleva (1994, p. 57).

También Sánchez Rodríguez (2020); para otros países, Restrepo Medina (2002). Desde el derecho penal se siente esta pulsión, como vemos en González López (2016, pp. 375 y ss.).

dirección, profesionales de la abogacía subordinados, etc.), sino de la desaparición pura y dura de la materia y la inmersión en el contrato de arrendamiento de servicios al cabo de un extenso periodo de decadencia donde una a una irían desapareciendo las reglas que lo han hecho característico. Para este sector doctrinal, sobre todo anglosajón, el declive de las organizaciones obreras y la «muerte del trabajo» producida por la robotización, que había vaciado las fábricas, enlazaban con pensamientos globales como el del final de la historia y su desenlace último en una economía liberal (Fukuyama, 1989; 1992). Por cuanto nos interesa aquí, en nuestra indagación de hacia dónde se dirige el derecho del trabajo tras la pandemia, veamos con mayor detenimiento esta última corriente de pensamiento desde una perspectiva laboralista crítica como la de quienes han hablado de ella.

## 2. La reiterada muerte del derecho del trabajo

Desde 1988, en que Keith Ewing habló de la muerte del derecho del trabajo (Ewing, 1988, pp. 293 y ss.), preocupado por la legislación neoliberal de Thatcher y Reagan, algunos comentaristas han reiterado la afirmación de que el declive de toda una época de esplendor del derecho del trabajo conducía inevitablemente a su desaparición en un fluir lento que se consideraba «discreto» por su escaso relieve (Martín Valverde, 1990). Miraban sobre todo a la proliferación desde la década de los años setenta de una legislación y jurisprudencia conservadoras, ya no preocupadas de ampliar los derechos de las personas trabajadoras, sino de eludirlos por la vía del espaldarazo al trabajo precario, a la subcontratación o descentralización y al debilitamiento de los sindicatos y de la negociación colectiva<sup>3</sup>.

Pero –al menos bajo mi punto de vista– la legislación es una superestructura que reacciona a los dictados de la estructura económica de mercado, si bien hemos de tener siempre en cuenta la capacidad moral del ser humano para a su vez impregnar de valores a ese tipo de economía, en una espiral dialéctica asentada en los avances científicos. De ahí que a no mucho tardar la doctrina comenzara a fijarse en la propia estructura económica o, si se quiere, en las propias relaciones surgidas de los cambios económicos, más que en las diversas respuestas del legislador. Relevantes autores hablaron entonces de cómo iba finiquitando la «relación laboral normal», como se denominaba al empleo por tiempo indefinido (Zachert, 1988, pp. 129 y ss.), y el contrato implícito vitalicio, como lo denominaba entre otros Hyde (1988, p. 100) –en nota 4–. Este autor añadía a la altura de 1998 que su melodramática referencia a la muerte del empleo se refería al debilitamiento del empleo

<sup>3</sup> Estlund (2006, pp. 105 y ss.; 2007, pp. 1.527 y ss.) indica como causas del declive del derecho del trabajo la osificación o petrificación de la legislación laboral norteamericana y el debilitamiento de los sindicatos y de la negociación colectiva. En la mayoría de estos estudios, la visión se constriñe al propio país.

permanente y al crecimiento de las relaciones no laborales<sup>4</sup>. El cambio de perspectiva apuntaba ahora al avance de situaciones plurales donde no había vinculación directa o inmediata entre persona empleadora y trabajadora, como sucedía en la fábrica clásica, sino mediante relaciones descentralizadas o en red (Castells, 2004). De este modo las relaciones entre legislación y realidad social se invertían y era la segunda la que se veía influyendo en la primera, y no al revés, al menos en los países occidentales. Al pasar los años, la visión de la doctrina ha terminado por ajustar el enfoque, y ahora hay una mayor atención a la evolución de las relaciones laborales y a su impacto en las leyes, partiendo de la idea de que un cambio en aquellas propiciará la adaptación de las segundas<sup>5</sup>. Y parece perder fuerza la idea de la desaparición *sic et simpliciter* del derecho del trabajo a favor de una posición menos escatológica, de aumento de las relaciones laborales no subordinadas, o fuera del derecho del trabajo.

Transcurridas esas décadas de fuerte crisis, la nitidez no ha mejorado, pero al menos somos capaces de advertir cómo las fronteras del derecho del trabajo se encuentran sometidas a una enorme presión que no es, como en los buenos tiempos, de ampliación, sino de ambas direcciones encontradas, de modo que se aplican las instituciones del derecho del trabajo a las personas trabajadoras autónomas, y las del derecho civil o mercantil a las personas trabajadoras subordinadas. Aquella «zona gris» en medio de ambos mundos, que antes acogía situaciones como las de las personas que desempeñaban altos cargos, agentes mercantiles o personal del servicio doméstico, hoy día acoge una pléyade de situaciones en donde convergen tanto las relaciones verdaderamente ambivalentes como las simuladas o fraudulentas. Las denominaciones se agotan, y ya nadie habla del taylorismo ni del fordismo, raramente del toyotismo (robotización), e incluso la palabra clave que parecía resumir el nuevo trabajo, la de «uberización» (Todolí Signes, 2015), deriva en nuestros días hacia el término más general de «trabajo en plataformas digitales».

A mi modo de ver, la evolución que comento tiene tres fases pronunciadas:

- A fines de los ochenta, la difusión de la informática y los ordenadores en el mundo de la economía produce la aparición de modelos de empleo altamente volátil en

<sup>4</sup> El autor alude a la decadencia de dicho «*lifetime employment*» en los mercados de trabajo intraempresariales, un específico tipo de empleo, afirma, tenido a menudo como paradigmático por la doctrina.

<sup>5</sup> La evidencia de que incluso los partidos políticos de izquierda se veían abocados a una legislación conservadora viene puesta de relieve por Dukes (2016, p. 2 y capítulo 5 titulado «*From collective laissez-faire to the Law of the Labour Market*»). De ahí la tesis de algunos autores, agrega en la citada página, de compensar los nuevos fenómenos de precariedad y deslocalización mediante propuestas externas a la relación laboral precaria, como la de Supiot (2001) del salario permanente. También Davidov y Langille (2006). Por mi parte he analizado la crisis del derecho del trabajo nacido a finales del siglo XX (Ojeda Avilés, 2010), desde el planteamiento de (1) el análisis de los nuevos vínculos laborales, (2) la reacción del legislador y (3) la corrección adaptadora de la crítica social.

determinados distritos industriales, en particular de Silicon Valley, que pronto una parte de la doctrina lanza como el modelo del futuro (Moss Kanter, 1995, p. 52; Wysocki, 1996). En esas industrias dominadas por el ordenador, la persona trabajadora es una persona empleada altamente retribuida que mantiene relaciones sucesivas o simultáneas con diversas empresas a las que dedica una atención saltuaria y de donde derivan ventajas de difusión del conocimiento y de los avances que reciben comentarios positivos por quienes observan este fenómeno.

- A fines de los noventa, la difusión de internet y las redes telemáticas ha desmontado el presencialismo –que reaparecerá bajo otras fórmulas más adelante– y proliferan los empleos vía internet o desde internet, debilitando de diversas formas la relación laboral y al mismo tiempo fundiendo de manera alarmante la vida laboral con la personal<sup>6</sup>.
- A fines de los primeros 2000, por último, la intermediación por internet se expande hasta extremos en que la doctrina habla de un cambio de paradigma, «desde la dependencia industrial a la dependencia digital», con una triangulación múltiple en donde el lazo de conexión entre empresa, persona empleada y clientela se produce de manera virtual (Sierra Benítez, 2015, pp. 93 y ss.; 2017).

Al término de esta evolución, los límites entre la relación laboral y la no laboral se encuentran cuestionados, porque no hablamos de una intercomunicación entre situaciones equivalentes, sino de degradaciones más o menos permitidas. Nos hallamos ante una dialéctica que lejos de ser horizontal tiene todos los visos de ser, al menos en una primera fase de incierta duración, de destrucción de lo creado y calificación incierta<sup>7</sup>. La situación para la gran mayoría de las personas trabajadoras viene escenificada de manera pesimista por Fitoussi (2004)<sup>8</sup> con estas palabras:

Lamentamos sinceramente el destino que habéis tenido, pero las leyes de la economía son despiadadas y es preciso que os adaptéis a ellas reduciendo las protecciones que aún tenéis. Si os queréis enriquecer, debéis aceptar previamente una mayor precariedad. Este es el contrato social del futuro, el que os hará encontrar el camino del dinamismo.

Pero el futuro no será, no puede ser, tan tenebroso ni tan materialista, y la solución parece alumbrar, o bien una destrucción creativa –generación de un nuevo tipo de equidad–,

<sup>6</sup> Hyde (1988, pp. 109 y ss.) pone de relieve en este sentido las nuevas formas de empleo, especialmente las de vinculación por internet y de la economía del posempleo.

<sup>7</sup> Lo analiza a fondo Molina Navarrete (2017).

<sup>8</sup> Citado por Molina Navarrete (2017, p. 8).

o bien la difusión o el ajuste de equilibrios<sup>9</sup>. A mi modo de ver, no estamos en el momento presente, pese a los estragos causados por la pandemia de la COVID-19, ante los últimos estertores de la perspectiva laboral –un cuerpo legislativo y colectivo donde el ser humano tiene derechos inalienables y por ello no puede ser tratado bajo la ley del mercado–. Lo ocurrido en estos decenios ha sido el rápido despliegue de una realidad muy distinta a la que da origen a la legislación del trabajo de fábrica, y de una respuesta jurídica que de ninguna manera conduce a la muerte del derecho del trabajo mientras haya trabajo humano a las órdenes de otro, sino una «deconstrucción», o, si se quiere, una reformulación, de ese cuerpo normativo. El derecho del trabajo no muere, sino que se reinventa, y en sus nuevos contornos tienen tanta importancia los nuevos perfiles laborales cuanto los criterios a utilizar para su juridificación. Volveré sobre ello en seguida.

La nueva perspectiva dista mucho de ser aún clara, aunque los factores principales anuncian un momento áureo para el lado empresarial: la digitalización ha traído, por una parte, una mejor vigilancia y control sobre la persona trabajadora, pese a una aparente mayor libertad de la misma, pues los medios de videovigilancia en los centros de trabajo y la penetración de la empresa en el ámbito privado de la persona trabajadora a través de los ordenadores han permitido rastrear y conocer las peripecias de esta a extremos impensables y de manera discreta. Y ha aligerado, por otra parte, la función de dirigir, porque las plataformas y los ordenadores automatizan y producen las órdenes –esos algoritmos–, dejando a la dirigencia humana los aspectos más delicados o principales. Muestra de ello ha sido la transnacionalización y la fuerte presencia de las cadenas de suministro en las que la empresa principal o cabecera dirige buena parte del actuar laboral de su pirámide organizativa en el país sede y en el resto de países donde opera.

No todo ha rodado en beneficio del empresariado en las décadas de digitalización, desde luego, y en favor de la persona trabajadora debe resaltarse la drástica reducción del trabajo físico y una mayor libertad personal, aunque pasible de control, con el trabajo a distancia total o parcial.

El legislador ha permitido un amplio «periodo de ausencia de normas», un abstencionismo quizá premeditado, donde el empresariado campaba por sus respetos, que recuerda al periodo abstencionista del siglo XVIII en Inglaterra, pero los abusos palmarios han

---

<sup>9</sup> Vid. los datos que aporta Molina Navarrete (2017, p. 8), de los que entresaco el de que, tanto en EE. UU. como en Alemania, dos de los países con mayor índice de robotización, han marcado máximos históricos en creación de empleo. El ejemplo con mayor aliento histórico puede ser el de la Revolución Industrial y su destrucción masiva de empleos fabriles en el siglo XIX, con la reacción de la opinión pública y los legisladores hacia un reajuste más equilibrado hasta que la globalización ha venido a imponer el modo de producción asiático. Sin embargo, la estadística no tiene en cuenta la desertización del empleo en las economías subordinadas, ni el efecto de succión o de centralización del empleo en el capitalismo tardío. Un efecto difícil de calibrar, porque el equilibrio económico mundial está cambiando actualmente y surgen nuevas potencias económicas en Asia.

obligado a intervenir de manera bastante clara, si bien no al gusto de todas las personas. La presencia de los derechos fundamentales internacionales, de constituciones sociales, de la seguridad social y de una jurisprudencia imbuida del principio de que el trabajo no es una mercancía permitió mientras tanto eludir los aspectos más dramáticos del *laissez faire*. En España, la secuencia interventora se produce a partir del Estatuto del trabajo autónomo, Ley 20/2007, y continúa con la Ley de trabajo a distancia, 10/2021, y la Ley del trabajo en plataformas, 12/2021, circunscrita al reparto de mercancías o productos mediante gestión algorítmica. Veamos algunas características de esta última.

### 3. La Ley 12/2021, de 28 de septiembre, sobre trabajo de reparto de mercancías a través de plataformas digitales

La aparición de esta ley tiene extraños antecedentes, pues sustituye *sic et simpliciter* al real decreto-ley que 4 meses antes había venido a decir exactamente lo mismo, y al cual ni siquiera menciona. Tan idénticos son ambos textos que la única diferencia radica en la justificación de la convalidación del real decreto-ley por el Parlamento<sup>10</sup>, la cual lógicamente no aparece en la ley.

Los antecedentes inmediatos son prácticamente los mismos: una intensa labor de la Inspección de Trabajo y de las entidades gestoras de la Seguridad Social denunciando las situaciones; una jurisprudencia al principio indecisa<sup>11</sup>, que desemboca en la Sentencia del Tribunal Supremo (STS) en unificación de doctrina 805/2020, de 25 de septiembre, a favor de la laboralidad; y un acuerdo tripartito sobre la materia de 10 de marzo de 2021. Una identidad que lleva a algún resultado estrambótico, pues ambas reformas establecen la introducción de una nueva disposición adicional vigesimotercera, de redacción idéntica.

Si acaso quizá pudiera señalarse un elemento de posible influjo en la promulgación de la ley ordinaria, cual fue el conjunto de reacciones de las empresas afectadas en el momento de promulgarse el real decreto-ley, evidenciando su fragmentación estratégica, pues mientras Deliveroo anunciaba su retirada del mercado español, Just Eat decidía subcontratar su flota a intermediarios<sup>12</sup> y Glovo anunciaba la creación de un modelo de personas trabajadoras autónomas con mayor libertad de acción que pretendería esquivar la normativa<sup>13</sup>. Sea como fuere, la anunciada por la prensa «implosión» del negocio, y con ella de los miles de puestos de trabajo precario de los/las «riders» o personas repartidoras, no parece haberse producido.

<sup>10</sup> Resolución del Congreso de 10 de junio de 2021, de convalidación del Real Decreto-Ley 9/2021.

<sup>11</sup> Cfr. Pérez Capitán (2020).

<sup>12</sup> Repetidamente han aparecido en este comercio de reparto empresas de trabajo temporal (ETT), y cabe pensar también en cooperativas de trabajo asociado, los propios restaurantes, y otros agentes.

<sup>13</sup> Cfr. Gómez y Romera (2021).

La ley se limita a introducir dos modificaciones en el Estatuto de los Trabajadores (ET) (art. 64.4 d): una nueva facultad informativa para la representación de las personas trabajadoras, consistente en ser informada de los parámetros, reglas e instrucciones suministrados a los sistemas informáticos de las empresas en materia de acceso al empleo, su mantenimiento (despidos) y condiciones de trabajo, «incluida la elaboración de perfiles»; y una nueva presunción de laboralidad que recae sobre el personal contratado para el reparto de toda clase de mercancías y productos de consumo merced a la gestión virtual de plataformas digitales.

Nótese, en primer término, que el ámbito de la facultad informativa de la representación del personal es mucho mayor que el de la presunción de laboralidad para las personas repartidoras, pues, en el primer caso, la ayuda de las plataformas en la elaboración de perfiles de personas candidatas, de contrataciones y despidos, y de condiciones de trabajo puede afectar a toda la plantilla, y no solo a las personas repartidoras.

Centrémonos en la presunción de laboralidad de la nueva disposición adicional vigesimotercera del ET. Plantea una colisión con tres categorías laborales contiguas, porque el problema de las personas repartidoras no es nuevo en nuestro ordenamiento, y tampoco la existencia de presunciones:

- Por un lado, la presunción que nos ocupa se acoge a la general establecida en el artículo 8 del ET. La cual, al no indicarse nada al respecto, es *iuris tantum*, y requiere por ello prueba mediante los indicios múltiples de la laboralidad, en tanto que en la delimitación del ámbito de aplicación del mismo estatuto que vemos en su artículo 1 no se habla de ningún tipo de presunción, sino de aplicación sin paliativos de la ley. Tal «desencuentro» entre ambos artículos nos permite elucubrar sobre los espacios no cubiertos por la aplicación en sus propios términos de la ley (art. 1), un ejercicio dialéctico sin resultado práctico, porque la única diferencia entre ambos preceptos consiste en que el de la presunción, el artículo 8, no comprende el trabajo voluntario, lo que obviamente apunta a otros derroteros sin interés a nuestros efectos y significa una contradicción en sus propios términos por cuanto todo contrato implica conceptualmente la voluntariedad.
- Otra remisión goza de mayor envidia práctica. La «nueva» disposición adicional termina con la afirmación de que con ella no viene afectado lo previsto en el artículo 1.3 g) del ET, a tenor del cual se excluye del ámbito de la ley la actividad de las personas transportistas profesionales con vehículos de servicio público de su propiedad o disponibilidad, con autorización de transporte y dedicación continuada a un mismo o una misma comitente: se trataría, para entendernos, de personas transportistas no trabajadoras. Una exclusión cuyos «dientes» están en otra ley, la de ordenación del transporte terrestre (Ley 16/1987), pues la autorización mencionada es exclusiva de los vehículos con más de dos toneladas de masa máxima, si bien su nuevo reglamento (RD 70/2019) contempla numerosas excepciones a

dicha autorización, como, por ejemplo, la de vehículos con menos de tres ruedas. El hecho de que la delimitación de la disposición adicional vigesimotercera del ET parta del tipo de actividad, y no del peso del vehículo utilizado, produce desajustes de difícil solución, pues nada obsta a que el/la *rider* reparta los productos o mercancías en vehículos de cierto volumen, por ejemplo, camiones de más de dos toneladas con autorización administrativa, para el reparto de muebles o mercancías de diverso tipo y tamaño dirigido mediante plataformas digitales: ¿quedan exceptuados a tenor del artículo 1.3 g) del ET, o se presumen personas trabajadoras ex disposición adicional vigesimotercera del ET, o son las personas trabajadoras autónomas económicamente dependientes (TRADE) del apartado siguiente de este estudio?

- Una última categoría estrechamente relacionada con la que nos ocupa es la de los/las TRADE del artículo 11 de la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo. En él se utiliza otro vector, el de los ingresos obtenidos por el/la TRADE en el trabajo, cuando provengan de una sola persona comitente en al menos el 75 %. Si la actividad de un/una TRADE se organiza desde una plataforma digital, ¿hemos de considerarla persona trabajadora *tout court* o siempre TRADE? La calificación dependería aquí, parece ser, de la actividad desarrollada, pues si fuera de reparto de mercancías, primaría la especialidad para considerarla como persona repartidora laboral. Pero en la *gig economy*, o economía de lo precario, y el *crowdworking*, las tareas de estas personas trabajadoras se mueven en límites blandos, en constante paso hacia la actividad más próxima, gobernadas por el teléfono móvil y la ubicación por satélite.

Que la figura de los/las TRADE y el artículo 11 del Estatuto del trabajo autónomo no han bastado, no han servido y no han aclarado las dudas como categoría conceptual quedó de manifiesto cuando su estreno sirvió para extraer del ámbito de lo laboral a una multitud de transportistas a quienes se pidió convertirse en personas trabajadoras por cuenta propia o autónomas con vinculación a la empresa que las empleaba o, alternativamente, quedar excluidas sin alternativa. Y mientras en España el conflicto ha surgido en algunos casos con las originarias personas transportistas de vehículos pesados y su empresa, en otros países los tribunales van poco a poco calificando las situaciones del transporte de pasajeros y pasajeras mediante plataformas de adscripción como situación laboral: en Reino Unido<sup>14</sup>, en Países Bajos, en California, se producen sentencias en esa dirección, siendo la del Tribunal de Ámsterdam de 13 de septiembre de 2021, a petición de la confederación sindical FNV, contra la empresa Uber, la más contundente, pues no solo considera personas empleadas a los conductores

<sup>14</sup> Sentencia del Tribunal de Empleo de Londres Central de 28 de octubre de 2016, caso *Aslam, Farrar y otros v. Uber BV, Uber London y Uber Britannia*. Cfr. *Todo1 Signs* (2016).

(sabida es la infrarrepresentación femenina en el sector), sino que, además, obliga a la empresa a aplicar el convenio colectivo del sector del taxi<sup>15</sup>.

En España, el colectivo de transporte de personas mediante plataformas digitales no ha tenido aún respuesta significativa respecto a su situación como personas autónomas o trabajadoras, aun cuando hay algunas iniciativas en tal sentido<sup>16</sup>.

La vieja incógnita de si la conexión del servicio entre transportista y clientela a través de plataformas digitales se reduce a un caso de intermediación viene también resuelta por la STJUE de 20 de diciembre de 2017, asunto C-434/15, Asociación Profesional Élite Taxi c. Uber Systems Spain, que responde a una petición de decisión prejudicial del Juzgado de lo Mercantil número 3 de Barcelona, referente a si tales servicios consisten en una «intermediación» retribuida que realiza Uber con su plataforma informática o pertenecen, en cambio, a una actividad de transporte. La respuesta del TJUE es rotunda:

[...] un servicio como el controvertido en el litigio principal no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano [...].

En efecto, en una situación como la que describe el juzgado remitente, en la que el transporte de pasajeros lo realizan conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, el prestador de este servicio de intermediación crea al mismo tiempo una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas, como la aplicación controvertida en el litigio principal, y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urbano (considerandos 37 y 38).

<sup>15</sup> Cfr. «Uber pierde batalla judicial en Países Bajos sobre los derechos de los chóferes». <https://www.france24.com/es/minuto-a-minuto/20210913-uber-pierde-batalla-judicial-en-holanda-sobre-los-derechos-de-los-chofers>.

<sup>16</sup> Vid. «Un grupo de conductores de VTC denuncia a varias empresas para las que trabajan por obligarles a incumplir la ley». <https://www.yotaxi.es/un-grupo-de-conductores-de-vtc-denuncia-a-varias-empresas-para-las-que-trabajan-por-obligarles-a-incumplir-la-ley/>, donde se informa de la querrela de un grupo de conductores en un juzgado de Barcelona contra varias ETT o similares. La relación es laboral, pero se alega el incumplimiento de normas laborales de jornada y retribución, con ausencia de vacaciones, etc. El control de las operaciones se realiza al parecer por plataformas digitales. Vid. más adelante la petición de decisión prejudicial del Juzgado número 3 de lo Mercantil de Barcelona y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (STJUE) de 20 de diciembre de 2017, anterior en el tiempo a la querrela planteada ante la jurisdicción penal de la misma ciudad.

Para el TJUE, el servicio en cuestión debe calificarse como un servicio en el ámbito de los transportes<sup>17</sup>, con todo lo que ello implica en materia de autorizaciones y de relación jurídica personal.

#### 4. La necesaria delimitación del ámbito del derecho del trabajo y los criterios clásicos utilizados

Una clarificación del fluctuante panorama debiera pasar por concretar en lo posible el criterio epistemológico más eficiente para distinguir las relaciones laborales de las demás «relaciones personales» –en la terminología de Freedland y Kountouris (2011)– del mundo del derecho. La confusión actual deriva en buena parte de la multiplicación de contratos y relaciones en donde la figura central es una persona física que presta un servicio a otra, ya en el ámbito civil, en el mercantil o en el administrativo. Porque no se trata únicamente del contrato de arrendamiento de servicios o del de obra, sino de muchos otros, especialmente en el ámbito del derecho mercantil, que giran en torno al mismo esquema y que con la proliferación del sector servicios y de las redes informáticas han experimentado un incremento exponencial. Ya no parece suficiente aplicar un único criterio, como antaño, sino que se acude a todos a través de una multitud de «indicios» de laboralidad –la jurisprudencia británica habla de veinte–. Superando viejos enfrentamientos, el legislador menciona dos criterios, inicialmente alternativos y ahora complementarios: la ajenidad y la subordinación, o lo que es lo mismo, la dependencia económica y la dependencia personal<sup>18</sup>. Y así, entran en funcionamiento perfiles patrimonialistas como la ajenidad en los frutos del trabajo, o la ajenidad en los riesgos, o la prestación principal, que pasará a absorber a lo secundario, junto a perfiles personalistas como la jornada regular, la percepción periódica de salario, la prestación del trabajo en las dependencias de la empresa, la sujeción a instrucciones de la persona empleadora, etc.

Pues bien, comencemos a simplificar con la siguiente afirmación: los criterios de ajenidad no son importantes. Una afirmación que parece excesivamente drástica, pues hay en la actualidad multitud de países que se rigen por ese criterio, y que merece que la maticemos. Por ajenidad entiendo «solo» el aspecto patrimonial o económico de la relación laboral, lo que en el siglo XIX se entendía como dependencia del salario que pagaba la

<sup>17</sup> STJUE citada, fallo.

<sup>18</sup> Antes, la Ley de contrato de trabajo de 1944 mencionaba también en su artículo 1.2 como objeto del contrato a «todo trabajo u obra que se realice por cuenta y bajo dependencia ajenas, o todo servicio que se preste en iguales condiciones». Ahora, los artículos 1 y 8 del ET, ya citados, aluden como objeto del contrato de trabajo a la prestación de «servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona».

persona empleadora y hoy apunta mejor a la no asunción de riesgos ni de beneficios mercantiles por la persona trabajadora. Y entiendo que carece de importancia para delimitar el ámbito del derecho del trabajo, no solo por la gran cantidad de relaciones laborales prestadas para organizaciones sin ánimo de lucro, tanto públicas como privadas, sino porque en sí mismas no consiguen diferenciar la relación laboral de otras muchas relaciones donde se presta actividad personal a cambio de precio: la retribución o contraprestación económica por un trabajo personal existe en una multitud de contratos de todo tipo, por lo que en sí misma no es determinante. Ni siquiera puede diferenciar en su última y más sofisticada manifestación, de la ajenidad en el mercado, con solo pensar en la multitud de pequeñas empresas que trabajan como subcontratistas para una gran multinacional en las cadenas de suministro o en los grupos de empresa.

Desde la perspectiva patrimonialista, que al cabo persigue ubicar el contrato de trabajo en la hilera de contratos patrimoniales, como figura *per se* distinta de los de índole civil o mercantil (mandato, arrendamiento, transporte, *negotiorum gestio*, agencia, representación mercantil, *leasing*, *engineering*, suministro, etc.), el contrato de trabajo tiene vocación transversal y penetra en los ámbitos de los demás contratos cuando hallamos el elemento de la subordinación personal.

Los rasgos típicos del contrato de trabajo derivan, pues, de su «modalidad» subjetiva, del hecho de subordinar a la persona trabajadora a las instrucciones de la empresaria. Una modalidad con doble rostro, pues a la subordinación corresponde en la contraparte un poder de mando que no hallamos en los demás contratos, y que traza paralelismos evolutivos con otras relaciones de poder en la historia, como la de gobierno político o la de familia. Relaciones de desigualdad que paulatinamente van introduciendo elementos de equilibrio aun manteniendo en la mayoría de los casos un cierto desnivel. Pues bien, lo característico de la subordinación ha consistido en el ámbito locativo y temporal donde el mando se ejercía, con una evolución hacia ámbitos cada vez más amplios, pues la delimitación típica ha sido inicialmente el fondo patrimonial, después el taller, luego la fábrica y por último la oficina, así como la jornada, en sus diversas variantes según la voluntad de la persona empleadora. Era en ellos donde la empresa ejercía su poder y donde la persona trabajadora dejaba de ser ciudadana o, con la gráfica expresión de Romagnoli, dejaba en la puerta sus derechos de ciudadanía. Ese «ámbito de organización y dirección de otra persona», como lo define la legislación española, ha sufrido una radical transformación con la emergencia de la informática como elemento cotidiano donde operar y contratar.

La situación actual se caracteriza por que la sociedad en red permite hoy día trabajar sin necesidad de cumplir horarios en un local ajeno, e incluso trabajar en un local ajeno con una libertad próxima a la de la persona trabajadora autónoma sin dejar de ser persona trabajadora subordinada. Para tener una idea de cuanto hablamos es preciso mencionar al menos los siguientes fenómenos desde una perspectiva sociológica y económica, cuya invasión del campo jurídico ha provocado el reajuste que comentamos:

- Robotización y flexibilización (toyotismo<sup>19</sup>). Los robots han despoblado las fábricas y en lugar de trabajadores y trabajadoras hay ahora máquinas semiinteligentes cuya progresión geométrica impele a hablar de impuestos y otros temas que aquí no interesan. Por otro lado, la posición de las personas trabajadoras queda debilitada por las amplias prerrogativas empresariales de modificación de las condiciones de trabajo.
- Trabajo en plataformas digitales en donde la empresa organiza, asigna, cobra de la clientela y paga al conductor mediante un algoritmo matemático de probabilidades a través de internet, con un nivel de presencia virtual que ha llevado a considerar a estas intermediarias («plataformas»), al menos en Reino Unido<sup>20</sup> y Francia<sup>21</sup>, o España<sup>22</sup>, como empresas transportistas, y a sus «colaboradores/as» como auténticas personas empleadas subordinadas<sup>23</sup>. Junto a la intermediación en el transporte de personas, el fenómeno ha arraigado con enorme fuerza en la compraventa de artículos de todo tipo (Amazon y otras), mensajería (Seur, Packlink), alimentación (Just Eat, Deliveroo, etc.), compras locales y entregas de todo tipo (Glovo), etc. Distinto de ello es el uso de algoritmos para una o algunas funciones no directivas<sup>24</sup>.
- *Crowdworking* o *crowdsourcing*, trabajo difuso en red, similar al más conocido *crowdfunding*, en cuanto aportaciones de una multitud abierta de personas colaboradoras externas a una plataforma empresarial telemática, como, por ejemplo, Wikipedia. La empresa suele solicitar y seleccionar el tipo de personas colaboradoras a través de la red, como en el apartado anterior, pero no necesariamente.

<sup>19</sup> La robotización es hoy día más amplia que la fórmula toyotista, y al mismo tiempo más restringida, pero inicialmente Toyota masificó la presencia de robots en sus fábricas como parte de su fórmula de eficiencia, rapidez y flexibilidad. Cfr., al respecto, Casanova Surroca (2007, p. 199).

<sup>20</sup> *Vid. supra*, nota 14.

<sup>21</sup> Ley Thévenoud 2015-1104, relativa a los taxis y vehículos de transporte con conductor, artículo 12.4, prohibición de la geolocalización de vehículo disponible, y Ley 2016-1088. Sobre ambas leyes, Sierra Benítez (2017, § 3.2).

<sup>22</sup> Real Decreto-Ley 9/2021, y ahora Ley 12/2021, que introducen una letra d) en el apartado 4 del artículo 64 del ET.

<sup>23</sup> En Italia, la figura del «colaborador coordinado continuativo» (co.co.co.) ha sufrido constantes reformas desde su aparición con el *pacchetto Treu* en 1997, el Decreto legislativo 276/2003, la sustitución por el «colaborativo a *progetto*» (co.co.pro.) en la reforma Fornero de 2012, la vuelta a la formulación primigenia pero reducida con la *Jobs Act* de Renzi en el Decreto legislativo 81/2015, y la regulación para los/las *riders* en plataformas digitales por la Ley 128/2019, que les aplica la regulación laboral excepto en el despido, con un resultado final que parece orientado a una progresiva limitación e incluso, según algunos autores, desaparición. *Vid.* D'Alessandro (2020); en general, Santoro Passarelli (2015).

<sup>24</sup> Aun cuando los límites entre las funciones directivas y las demás de la empresa se difuminan a veces de manera casi irresoluble, como vemos en la gestión de los despidos mediante algoritmos de rendimiento y el despido de un tercio de la plantilla (150 personas trabajadoras) de la empresa rusa Xsolla como resultado de la indicación digital, según informa el diario *La Vanguardia* de 8 de agosto de 2021. Cfr. Gorelli Hernández (2019).

- *Smartworking* y *coworking*, o trabajo inteligente en la empresa, como actividad laboral con una gran autonomía principalmente telemática dentro de la organización empresarial, que admite fácilmente la no presencialidad.
- Asesoramiento intraempresarial, como una modalidad muy semejante a la de *smartworking*, cuando no un tipo específico de ella, consiste dentro del sector bancario europeo (Directiva 2014/65 MiFID II) en la labor de asesoramiento en productos financieros del banco realizada por las personas empleadas autorizadas del mismo con altos niveles de autonomía y de responsabilidad.
- *Gig economy*, o economía basada en la variación constante de empleos y de empresas, facilitada, de nuevo, por el contacto a través de internet, por lo que en muchos casos equivale al trabajo con plataformas digitales. La persona experta ofrece unos servicios al mercado virtual y sucesiva o simultáneamente cumple los encargos recibidos en situaciones jurídicas que en principio cabría calificar como autónomas, aunque su reiteración con algunas de las comitentes puede hacer pensar lo contrario. Su simple consideración como trabajo precario pierde de vista el que la *gig economy* implica algo más, una planificación de la contingencia, algo similar a la teorización del caos, en donde la persona trabajadora visualiza y puede hasta cierto punto orientar sus opciones.
- *Supply chains*, o cadenas de suministro nacionales o internacionales, caracterizadas por que se trata de las antiguas grandes multinacionales que han evolucionado para articularse en una pirámide de empresas de distintas nacionalidades, pero bajo el control y dirección básico de la empresa madre. Aunque entran dentro del género de los grupos de empresas, las cadenas de suministro presentan una jerarquía funcional en cuanto que la actividad del conjunto se ordena secuencialmente para la elaboración de un objeto mercantil, cualquiera que sea, desde un mueble a una marca de ropa<sup>25</sup>.
- Teletrabajo, o trabajo a distancia, distinto del trabajo en plataformas, aunque coincida en algunos casos concretos, y regulado en leyes como la argentina 27.555/2020 o la española 10/2021.

## 5. La deconstrucción del derecho del trabajo: los nuevos perfiles

Estas fórmulas de la nueva economía dan paso a una reformulación de las figuras esenciales del derecho del trabajo, es decir, de la persona trabajadora, de la empleadora y del

<sup>25</sup> Vid. Kuruvilla (2021); Sanguineti Raymond (2021a; 2021b).

contrato, que ya están presentes en el primer decenio del siglo XXI<sup>26</sup>. En ese momento se está produciendo una deconstrucción del derecho del trabajo, en el sentido expresado por Derrida (1989) y Baudrillard (1972), de cambios de posición de los elementos esenciales de una relación, mediante un proceso de reelaboración de sus contradicciones para darles una nueva configuración<sup>27</sup>. Deconstrucción no es, como pueda pensarse a simple vista, la destrucción o desaparición del derecho del trabajo, sino la recombinación y resituación de sus elementos a la vista de los cambios producidos. Veamos cuáles son las alteraciones para entender mejor por qué hablamos de deconstrucción:

- En cuanto a la persona empleadora, surge la figura de la persona empleadora atípica compuesta por dos bloques de supuestos: la persona empleadora subordinada (subcontratación, grupos de empresas, franquicias) y la persona empleadora difusa (ETT, redes de empresas).
- Por cuanto hace a la persona trabajadora, aparece la figura de la persona trabajadora «nomádica» –en la terminología de Beck (2000)–, con «la incursión de lo precario, intermitente, informe y no sancionado en los baluartes occidentales de la sociedad del pleno empleo». Hablamos aquí de otros tres bloques: tanto de la persona trabajadora sin adjetivos (en empleos periféricos, irregulares o informales, o marginales), con una gran expansión en nuestro tiempo y en las economías desarrolladas, cuanto de las personas colaboradoras independientes, donde se incluyen las personas trabajadoras autónomas, semiautónomas y falsas autónomas, como, en fin, la persona trabajadora virtual en la empresa cibernética.
- Por último, respecto al contrato de trabajo, aparece la figura del contrato deslizando, en la frontera con el derecho civil, el mercantil y el administrativo, interaccionando simultáneamente en una invasión de los contrarios. Si en el campo del derecho público, por ejemplo, las personas empleadas con régimen laboral han tenido una amplia expansión y han logrado impregnar al sector público de las prácticas laborales como la negociación colectiva o la representación de personal, a su vez sufren limitaciones típicas del funcionariado, en el ingreso al empleo y otros aspectos. Igual puede decirse de la recíproca influencia de lo laboral con lo civil y lo mercantil, si paramos mientes en la aplicación de los principios laborales a grandes colectivos como el de la abogacía y la medicina dentro de organizaciones ajenas, así como los controles de *fair play* aplicados a la gestión empresarial (*compliance*), en tanto que en sentido inverso se produce la remercantilización y la pulsión hacia la igualdad formal que debilitan principios como el de la primacía de la realidad, el de norma más favorable o el de condición más beneficiosa, mientras que las categorías profesionales se diluyen en los grupos.

<sup>26</sup> Me permito remitir a las partes II, III y IV de Ojeda Avilés (2010, pp. 117 y ss., 351 y ss., y 475 y ss.).

<sup>27</sup> El *Diccionario de la lengua española* la define como: «Deshacer analíticamente algo para darle una nueva estructura». *Vid.* Balkin (1987); Kramer (1991); Teubner (1993).

Preciso será, antes de hablar del «nuevo derecho del trabajo», aludir brevemente a los criterios de delimitación vigentes, como punto de partida desde donde veremos hasta qué punto la nueva realidad –quizá más apropiado sería decir «nueva virtualidad»– no nos ha conducido a inventar o aplicar nuevos criterios, sino que ha producido una traslación del peso de los utilizados o, en otras palabras, una nueva valoración de los mismos a cuya virtud los más simples pierden peso en favor de alguno más complejo.

En el punto de mira concreto de nuestra indagación tendremos ocasión de plantearnos si no estaremos en vísperas de la unificación del empleo subordinado con el empleo autónomo, en línea con la conocida propuesta matizada y graduatoria de D'Antona (1988, pp. 195 y ss.; 1989, p. 48) sobre el «trabajo sin adjetivos»<sup>28</sup>, donde convivirían «especies diversas de un mismo género de trabajo», a las cuales vendría reconocido un suelo mínimo de las tutelas que actualmente se reconocen solo a las personas trabajadoras subordinadas (D'Antona, 1996, pp. 195-196), o con la más drástica de Freedland y Kountouris (2011) sobre la «relación personal de trabajo». Y si, en semejante tesitura, no estaremos marchando hacia la formulación tripartita del salario permanente, propuesta ya por Supiot (2001) y por Boissonnat a finales de los años noventa<sup>29</sup>.

## 6. ¿Qué indicio cardinal de laboralidad para una realidad difusa?

A la vista de lo comentado, la delimitación del ámbito en sentido físico ha perdido ampliamente su razón de ser, pero el contrato de trabajo subsiste en la subordinación digital (Sierra Benítez, 2015). En esencia, la nueva persona trabajadora carece de la autonomía sustantiva para organizar su trabajo sin interferencias de la persona empleadora, pues de ella o a través de ella recibe los encargos y de ella percibe la retribución. Aún habría que hacer un par de reflexiones más:

- Con independencia de que la calificación como relación subordinada o autónoma recaiga en última instancia en manos de los tribunales, está claro que emerge poderosa una franja intermedia entre una y otra que en España se denomina «autónomo económicamente dependiente», o TRADE, y en Italia «colaborador coordinado y continuativo» (co.co.co.), cuyos rasgos peculiares y derechos mínimos o irrenunciables comienzan a trazar con vacilaciones las leyes y los convenios colectivos, y los estudios técnicos a proponer, normalmente orientados a confirmar su seguridad social y la responsabilidad de la plataforma empresarial

<sup>28</sup> Vid. también Ferraro (1998, pp. 429 y ss.); Pedrazzoli (1998, p. 24); Perulli (1996, pp. 76 y ss.).

<sup>29</sup> Vid. nota 5.

en caso de accidente (Francia, Suiza, Bélgica, España), aunque también en algún caso contemplando un conjunto de derechos, como es el caso de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda europea para la economía colaborativa<sup>30</sup>.

Al margen del elevado grado de fraude producido por la figura de «los falsos autónomos», una buena parte de quienes trabajan en tales círculos actúan dentro de elevados niveles de precariedad, aunque también con amplia libertad de acción. Sería oportuno, y la doctrina ya lo viene realizando, comparar las diversas iniciativas nacionales e internacionales para delimitar el cuadro normativo y fáctico de esa nueva figura que aparece con pujanza desde hace algunos años. En España, la figura de la persona trabajadora económicamente dependiente perfilada por la Ley 20/2007 es en definitiva una persona trabajadora subordinada con limitados derechos laborales, especialmente colectivos (arts. 13 a 17), si bien la presunción de laboralidad recientemente establecida por la Ley 12/2021 para el trabajo en plataformas de reparto permite aliviar la rigidez de aquella ley en las situaciones más delicadas. A mi juicio, la categoría de la persona trabajadora por cuenta propia económicamente dependiente podría haber sido incluida dentro de los trabajos con régimen especial, donde están, por ejemplo, los de deportistas, abogados/as, altos cargos o el servicio doméstico (art. 2 ET). Mientras que en Italia la penúltima reforma de «los colaboradores» ha establecido la consideración como laboral de las personas repartidoras en plataformas digitales, salvo en la regulación del despido<sup>31</sup>.

- No solo se ponen a punto las normas referidas a esta gran zona gris situada entre personas autónomas y dependientes. Los límites de esta última, que es tanto como decir los límites del derecho del trabajo tal y como lo conocemos, han ido cambiando con la revolución digital, y hoy día parece necesario utilizar un criterio delimitador situado más allá de la relación «individual» –y de los antiguos criterios de la sujeción económica o la personal– para dar paso a la sujeción organizativa de una tercera persona; sujeción que no tiene que acabar en instrucciones individuales ni en asignaciones económicas singularizadas. Hablaríamos de una relación «orgánica», donde la estructura integral –el cómo, cuándo y dónde de la propia laboralidad– proviene de la tercera persona que encarga, dirige y retribuye, sin necesidad de mando ni de ámbito para ejercerlo, esté o no en el mercado como empresa, o transfiera o no *ab origine* los frutos o los riesgos de la actividad. Y es por ello el criterio de la integración orgánica en la estructura empresarial de la persona trabajadora un concepto que permite grandes dosis de autonomía en lo circunstancial, pero siempre dentro de la órbita decisional de la empresa. Aunque

<sup>30</sup> Resolución 2017/2003 (INI).

<sup>31</sup> Ley 128/2019, ya citada.

sin la debida nitidez, ese es el criterio que emerge como prevalente en el artículo 1 del vigente ET, cuando declara su aplicación a quienes «presten sus servicios retribuidos por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y dirección de otra persona»<sup>32</sup>. En la misma dirección puede citarse la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia colombiana, al destacar la relevancia de la integración de la persona trabajadora en la organización de la empresa<sup>33</sup>.

La Organización Internacional del Trabajo no se ha quedado atrás en el análisis laboral de estos supuestos, y sobre todo debe mencionarse la Recomendación 198 (2006) sobre la relación de trabajo, la cual recalca como indicio primario, a la hora de determinar la laboralidad de la relación:

[...] el hecho de que el trabajo se realiza según las instrucciones y bajo el control de otra persona; que el mismo implica la integración del trabajador en la organización de la empresa; que es efectuado única o principalmente en beneficio de otra persona; que debe ser ejecutado personalmente por el trabajador, dentro de un horario determinado, o en el lugar indicado o aceptado por quien solicita el trabajo; que el trabajo es de cierta duración y tiene cierta continuidad, o requiere la disponibilidad del trabajador, que implica el suministro de herramientas, materiales y maquinarias por parte de la persona que requiere el trabajo<sup>34</sup>.

En definitiva, el derecho del trabajo sufre desde la ya lejana época de la crisis del petróleo de la década de 1970 un hondo proceso de reconfiguración forzado por el neoliberalismo y la nueva abstención del Estado. Sin embargo, esa carrera hacia el fondo

<sup>32</sup> El precedente histórico del estatuto, la Ley de contrato de trabajo de 1944, establecía la existencia de un contrato de estas características cuando una de las partes se obligaba a ejecutar una obra o servicio «para uno o varios empresarios bajo la dependencia de estos, mediante una remuneración».

<sup>33</sup> En tal sentido, Sentencia de 4 de noviembre de 2020, SL4479-2020, Montoya y otros c. Codensa y Galxatet. Contratación de conductores por una unión temporal de empresas para trabajar en una empresa de electricidad, que da las instrucciones, las tareas y la dirección del trabajo. La Corte Suprema confirma la sentencia de instancia condenando a ambas empresas solidariamente. También Sentencias de la misma Corte de 25 de noviembre de 2020, SL5042-2020, Giraldo c. Construcciones Buendía; de 14 de abril de 2021, SL1439-2021, Rojas c. Organización de Estados Iberoamericanos; y de 7 de julio de 2021, SL3345-2021, Schneider c. Pepsi Cola Colombia.

<sup>34</sup> Recomendación citada, párrafo 13 a). Pero antes, en el párrafo 12, ha hablado de la subordinación o la dependencia como ejemplos de las «condiciones» que determinan la existencia de una relación de trabajo, y el propio párrafo 13 comentado en texto sigue hablando de otro de los indicios específicos que determinan la existencia de aquella, en concreto el de la retribución periódica y la ausencia de riesgos financieros para la persona trabajadora. Indicios que recuerdan claramente a las variantes más conocidas de la ajenidad como concepto que la doctrina contrapone al de la dependencia. Cfr. Villasmil Prieto y Carballo Mena (2019), donde se subrayan los valores principales de la recomendación: el principio de primacía de la realidad, la presunción de laboralidad y el principio de libertad de medios de prueba.

(*rush to the bottom*), como la llamó Hepple en su momento, llega ahora a playas más tranquilas, aunque distintas de las iniciales. El paisaje laboral ha cambiado, y las leyes han respondido con modificaciones normativas, pero no se ha producido la desaparición de los principios laborales, como tampoco ha desaparecido el trabajo dependiente. Ocurre, no obstante, que la difuminación de los límites de lugar y tiempo surgida de la sociedad virtual ha sublimado los criterios de la dependencia, y en los casos más avanzados se consolida el criterio global de la heterodirección, ese «ámbito de organización y dirección de otra persona».

La pérdida de la autonomía organizativa del propio trabajo, transferida a otra persona, se quintaesencia ahora en aspectos que ya no son los tradicionales del lugar, tiempo y modo, sino en una potestad reconocida a la contraparte del contrato para coordinar organizativamente la prestación de la persona trabajadora.

El trabajo con plataformas digitales nos está enseñando un nuevo modelo de subordinación que permite una mayor libertad de la persona trabajadora en lo no trascendente para el empleo en cuestión, al punto de que una visión superficial puede hacernos creer que nos hallamos ante una persona trabajadora autónoma. Pero existe un control de lo sustancial por parte de la empleadora, que se reserva los aspectos estructurales de la libertad laboral de la persona empleada.

Así, en el trabajo con plataformas digitales de las personas repartidoras, hablamos de aspectos organizativos que el/la *rider* debe observar, como, por ejemplo, los precios y tarifas establecidos por la empresa; la puntuación obtenida según su eficiencia, que se reduce por no aceptar servicios; la presencia operativa en la franja horaria reservada para él/ella; la localización permanente por GPS para registrar los kilómetros recorridos en cada servicio, aun siendo libre para elegir el trayecto; etc. En cambio, la persona repartidora decide el momento de inicio y finalización de su jornada, así como la actividad que realiza durante la misma, seleccionando los pedidos que quiere realizar; la no obligación de realizar un determinado número de pedidos, ni de estar en activo un mínimo de horas al día o a la semana; o la posibilidad de trabajar para terceras personas siempre que se respete el porcentaje de ingresos con la empresa distribuidora para seguir siendo llamada por esta. Hay además un juego de incentivos y sanciones, como el de una mejor puntuación en las horas de mayor demanda; preferencia en la asignación de repartos a quienes posean mayor puntuación; penalización de 0,3 puntos cada vez que la persona repartidora no esté operativa en la franja horaria reservada para ella, si no es por causa justificada; sistema de encuadramiento en categorías, en el que se puede descender por no aceptar servicios durante más de 3 meses; etc.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Datos extraídos de los antecedentes de hecho de la STS 2924/2020, de 25 de septiembre.

Las reflexiones anteriores nos llevan a una observación referida a la ordenación de las diferentes estructuras jurídico-laborales en el derecho del trabajo español. Más allá de la actual relación laboral normal, ya sea por tiempo indefinido como la de trabajo temporal, el ordenamiento reconoce unas relaciones laborales especiales que en varias de sus manifestaciones reúnen características similares a las ahora descritas como avanzadas o nacidas al socaire de la revolución digital. Cabría pensar en que el legislador habría podido incardinar tanto el trabajo a través de plataformas telemáticas, como los propios/as TRADE, como –ya más al fondo– el trabajo a distancia dentro de ese elenco de relaciones laborales especiales y de tal modo uniformar un panorama que coincide en lo sustancial, cual es en el control organizativo de la persona empleadora. Si tomamos, por ejemplo, la relación laboral especial de los abogados/as que prestan servicio en despachos de abogados/as heterodirigidos, observaremos cómo se preserva el derecho de aquellos/as a la libertad e independencia profesional en el ejercicio de la profesión, pero se proclama el poder de organización, planificación y dirección de la persona titular del despacho, su derecho a distribuir asuntos y clientela entre los abogados y las abogadas adscritos, así como de dar órdenes e instrucciones sobre la forma de llevar los asuntos, y despedir por la negativa infundada a aceptar asuntos o a informar a la persona titular<sup>36</sup>.

Todo ello ha trastocado la calificación de las relaciones laborales, y al menos en las nuevas figuras antecitadas emerge como el criterio más claro de calificación de la dependencia el de la subordinación orgánica a una empresa o, quizá con más propiedad, el de control orgánico de la persona empleadora, en el sentido expresado más arriba.

---

<sup>36</sup> Artículo 2.1 k) del ET y Real Decreto 1331/2006, sobre relación laboral especial de abogados que prestan sus servicios en despachos de abogados, individuales o colectivos, *passim*, en especial artículos 5.3, 6 y 24.

## Referencias bibliográficas

- Balkin, Jack M. (1987). Deconstruction practice and legal theory. *The Yale Law Journal*, 96, 43-786.
- Baudrillard, Jean. (1972). *Pour une critique de l'économie politique du signe*. Gallimard.
- Baylos Grau, Antonio Pedro. (2000). La «huida» del derecho del trabajo. Tendencias y límites de la deslaborización. En Manuel Ramón Alarcón Caracuel y María del Mar Mirón Hernández (Coords.), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar (aspectos laborales, fiscales, penales y procesales)* (pp. 35-54). Marcial Pons.
- Beck, Ulrich. (2000). *Un nuevo mundo feliz. La precariedad del trabajo en la era de la globalización*. Paidós.
- Casanova Surroca, Eudaldo. (2007). *Lo que queda del marxismo*. Prensas Universitarias de Zaragoza.
- Castells, Manuel. (2004). Chapter 1. Informationalism, networks, and the network society: A theoretical blueprint. En Manuel Castells (Ed.), *The network society: A cross cultural perspective*. Edward Elgar. <https://doi.org/10.4337/9781845421663.00010>.
- D'Alessandro, Francesco. (5 de febrero de 2020). Collaborazioni. Ma... esistono ancora le co.co.co.? *eLavoro, la newsletter di Nidil Cgil*. <https://www.nidil.cgil.it/collaborazioni-co-co-co/>.
- D'Antona, Massimo. (1988). I mutamenti del diritto del lavoro e il «problema» della subordinazione. *Rivista Critica di Diritto Privato*.
- D'Antona, Massimo. (1989). La subordinazione e oltre. Una teoría jurídica per il lavoro che cambia. En Marcelo Pedrazzoli (Dir.), *Lavoro subordinato e dintorni: comparazioni e prospettive*. Il Mulino.
- D'Antona, Massimo. (1996). Ridefinizione della fattispecie di contratto di lavoro. Segunda propuesta de legge. En Giorgio Ghezzi (Dir.), *La disciplina del mercato del lavoro. Proposte per un testo único*. Futura.
- Davidov, Guy y Langille, Brian (Eds.). (2006). *Boundaries and frontiers of Labour Law*. Oxford.
- Derrida, Jacques. (1989). *La escritura y la diferencia*. Anthropos. [https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2011/04/derrida-jacques-la-escritura-y-la-diferencia\\_ocr.pdf](https://roxanarodriguezortiz.files.wordpress.com/2011/04/derrida-jacques-la-escritura-y-la-diferencia_ocr.pdf).
- Dukes, Ruth. (2016). *The Labour Constitution: The enduring idea of Labour Law*. Oxford University Press.
- Estlund, Cynthia L. (2006). The death of Labor Law? *Annual Review of Law and Social Science*, 2, 105-123.
- Estlund, Cynthia L. (2007). The ossification of American Labor Law. *Columbia Law Review*, 6(102), 1.527-1.612.
- Ewing, Keith. (1988). The death of Labour Law. *Oxford Journal of Legal Studies*, 2(8), 293-300.
- Ferraro, Giuseppe. (1998). Dal lavoro subordinato al lavoro autónomo. *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 79.
- Fitoussi, Jean Paul. (2004). *La democracia y el mercado*. Paidós Ibérica.
- Freedland, Mark y Kountouris, Nicola. (2011). *The legal construction of personal work relations*. Oxford Monographs on Labour Law.
- Fukuyama, Francis. (1989). The end of history? *The National Interest*, 16, 3-18.
- Fukuyama, Francis. (1992). *The end of history and the last man*. Free Press.

- Gómez, Lucía y Romera, Javier. (11 de agosto de 2021). La «Ley Rider» hace aguas y solo Just Eat contratará a sus repartidores. *elEconomista.es*. <https://www.economista.es/empresas-finanzas/noticias/11355709/08/21/La-Ley-Rider-hace-aguas-y-solo-Just-Eat-contratara-a-sus-repartidores.html>.
- González López, Juan José. (2016). La «huida del derecho administrativo» como factor criminógeno. *Revista de Derecho Penal y Criminología*, 16, 375-412.
- Gorelli Hernández, Juan. (2019). Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas («crowdsourcing offline»). *Revista de Derecho Social*, 86, 39-62.
- Hyde, Alan. (1988). Employment Law after the death of employment. *University of Pennsylvania Journal of Labor and Employment Law*, 1(1), 99-116.
- Igartua Miró, María Teresa. (2014). Crítica a un nuevo derecho del trabajo al servicio de la flexibilidad y subordinado al crecimiento, la competitividad y el empleo. *Revista Derecho Social y Empresa*, 2, 115-148.
- Kramer, Matthew H. (1991). *Legal theory, political theory and deconstruction. Against Rhadamanthus*. Indiana University Press.
- Kuruwilla, Sarosh. (2021). *Private regulation of labor standards in global supply chains: Problems, progress, and prospects*. Cornell University Press.
- Martín Valverde, Antonio. (1990). El discreto retorno del arrendamiento de servicios. En Alfredo Montoya Melgar, Antonio Martín Valverde y Fermín Rodríguez-Sañudo Gutiérrez (Coords.), *Cuestiones actuales de derecho del trabajo. Estudios ofrecidos por los catedráticos españoles de Derecho del Trabajo al profesor Manuel Alonso Olea* (pp. 236-259). Ministerio de Trabajo y Seguridad Social.
- Molina Navarrete, Cristóbal. (16 de marzo de 2017). Derecho y trabajo en la era digital: ¿«revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»? Organización Internacional del Trabajo. [https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS\\_548619/lang-es/index.htm](https://www.ilo.org/madrid/fow/trabajo-y-la-produccion/WCMS_548619/lang-es/index.htm).
- Moss Kanter, Rosabeth. (1995). Nice work if you can get it: The software industry as a model for tomorrow's jobs. *American Prospect*, 23, 52-58.
- Ojeda Avilés, Antonio. (2010). *La deconstrucción del derecho del trabajo*. La Ley.
- Pedrazzoli, Marcello. (1998). Consensi e dissenso sui recenti progetti di ridefinizione dei rapporti di lavoro. *Quaderni di Diritto del Lavoro e delle Relazioni Industriali*, 21, 9-32.
- Pérez Capitán, Luis. (2020). El empate técnico se deshace en Madrid a favor de la laboralidad de la relación de los repartidores de las plataformas digitales de reparto. [Comentario a las Sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Madrid 1155/2019, de 27 de noviembre, 40/2020, de 17 de enero, y 68/2020, de 3 de febrero](#). *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 446, 143-152.
- Perulli, Adalberto. (1996). *Il lavoro autonomo. Contratto d'opera e professioni intellettuali*. Giuffrè.
- Restrepo Medina, Manuel Alberto. (2002). La adecuación del derecho administrativo al Estado contemporáneo. *Estudios Socio-Jurídicos*, 2(4), 130-153. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/221/177>.
- Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, Miguel. (1992). La huida del derecho del trabajo. *Relaciones Laborales. Revista Crítica de Teoría y Práctica*, 1, 85-94.
- Sánchez Rodríguez, Antonio Jesús. (2020). *Introducción a la huida del derecho administrativo*. Aranzadi.

- Sanguinetti Raymond, Wilfredo (Dir.). (2021a). *Comercio internacional, trabajo y derechos humanos*. Ediciones Universidad de Salamanca.
- Sanguinetti Raymond, Wilfredo. (2021b). La construcción de un nuevo derecho transnacional del trabajo para las cadenas globales de valor. *XXIII Congreso Mundial de la Sociedad Internacional de Derecho del Trabajo y Seguridad Social, Lima, 2021*. <https://wilfredosanguinetti.files.wordpress.com/2021/09/la-construccion-de-un-dt-transnacional-para-las-cgv-ponencia-congreso-aidtss-wsanguinetti-2021-ligero.pdf>.
- Santoro Passarelli, Giuseppe. (2015). *I rapporti di collaborazione coordinata e continuativa. Una fattispecie in via di trasformazione?* Jovene editore.
- Saz Cordero, Silvia del. (1994). La huida del derecho administrativo. Últimas manifestaciones: aplausos y críticas. *Revista de Administración Pública*, 133, 57-98.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. (2015). El tránsito de la dependencia industrial a la dependencia digital: ¿qué derecho del trabajo dependiente debemos construir para el siglo XXI? *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 4(3), 93-118.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena. (2017). Teletrabajo, uberización y robotización del trabajo: propuesta por un derecho del trabajo consistente. *IX Congreso Regional de las Américas*, Buenos Aires, 2017. <http://revista-ideides.com/teletrabajo-uberizacion-y-robotizacion-del-trabajo-propuesta-para-un-derecho-del-trabajo-consistente-solido-estable-y-duradero/>.
- Supiot, Alain. (2001). *Beyond employment: Changes in work and the future of Labour Law in Europe*. Oxford.
- Teubner, Gunther. (1993). *Le Droit, une système autopoïétique*. Presses Universitaires de France.
- Todolí Signes, Adrián. (2015). El impacto de la «Uber economy» en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo. *IUSLabor*, 3.
- Todolí Signes, Adrián. (2 de noviembre de 2016). Comentario a la Sentencia que declara la laboralidad de los conductores de Uber en UK. *Argumentos de Derecho Laboral*. <https://adriantodoli.com/2016/11/02/comentario-a-la-sentencia-que-declara-la-laboralidad-de-los-conductores-de-uber-en-uk/>.
- Villasmil Prieto, Humberto y Carballo Mena, César Augusto. (2019). *Recomendación 198 OIT sobre la relación de trabajo* (2.ª ed.). UCAB ediciones.
- Wysocki, Bernard, Jr. (19 de agosto de 1996). Flying Solo: High-Tech nomads write new program for future of work. *Wall Street Journal*.
- Zachert, Ulrich. (1988). Die zerstörung des normalearbeitsverhältnisses. *Arbeit und Recht*, 5, 129-137.

