

UBERPOP COMO SERVICIO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN O COMO EMPRESA DE TRANSPORTE: SU IMPORTANCIA PARA Y DESDE EL DERECHO DEL TRABAJO

UBERPOP AS AN INFORMATION SOCIETY SERVICE PROVIDER OR AS A TRANSPORTATION COMPANY: IMPORTANCE FOR AND FROM THE LABOUR LAW

Fco. Javier Calvo Gallego
Profesor Titular de Universidad
Universidad de Sevilla
Proyecto DER2015-63701-C3-3-R
Proyecto DER2015-63701-C3-1-R

RESUMEN: Palabras clave: Uber, servicios de la sociedad de la información, plataformas colaborativas digitales

El reciente Auto de 13 de marzo de 2017 de la Sala Tercera del Tribunal Supremo ha vuelto a poner de actualidad el conocido problema de la naturaleza de los servicios prestados por Uber a través de UberPop. Partiendo de un repaso de la situación judicial de esta aplicación, tanto en España como en otros países de la Unión, el presente trabajo indaga sobre su posible consideración ya sea como mera empresa proveedora de servicios de la sociedad de la información o como empresa de transportes. Desde estas premisas se analizará la diversidad tipológica de estas plataformas digitales colaborativas planteándonos por un lado, el impacto que una u otra calificación podría tener sobre la controvertida naturaleza de las relaciones de servicio que se producen en su seno y, a la inversa, la trascendencia que la determinación de la naturaleza de estos servicios personales podría tener sobre la calificación de la empresa. Finalmente se indagará en la trascendencia que esta distinción entre plataformas horizontales y plataformas verticales fuertemente integradas puede tener para el Derecho Social.

ABSTRACT: Key words: Uber, information society service; digital collaborative platforms

The recent resolution of March 13, 2017 of the Third Chamber of the Supreme Court has again brought to the forefront the well-known problem of the nature of the services provided by Uber through UberPop. After a review of the judicial situation of this application, both in Spain and in other countries of the Union, the present survey investigates its possible consideration either as a mere company providing services of the information society or as a transport company. From these premises, the typological diversity of these collaborative digital platforms will be analyzed, considering, on the one hand, the impact that one or other qualification might have on the nature of the service relations that take place on it and, on the other, the importance that the determination of the nature of these personal services could have on the qualification of the company. Finally, the paper analyses the transcendence that this distinction between horizontal platforms and heavily integrated vertical platforms can have for Social Law.

ÍNDICE

- 1 INTRODUCCIÓN
- 2 UBER Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES
- 3 ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EXPERIENCIA JUDICIAL COMPARADA
- 4 EL MARCO NORMATIVO DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: BREVES NOTAS SOBRE SU DELIMITACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO
- 5 SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO Y SOBRE SUS CAUSAS ÚLTIMAS: LA DISTINTA TIPOLOGÍA DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA
- 6 LA IMPORTANCIA DE ESTA CUESTIÓN PARA EL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL PROPIO DERECHO DEL TRABAJO PARA SU RESOLUCIÓN
 - 6.1 La trascendencia de esta calificación para el campo Social del Derecho
 - 6.2 La inversa: la trascendencia de la posible laboralidad de la relación sobre la calificación jurídica de estas plataformas
 - 6.3 En concreto, el caso UberPop
- 7 LA DIVERSIDAD TIPOLÓGICA DE LAS PLATAFORMAS Y SU IMPACTO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN

1 INTRODUCCIÓN

El pasado 13 de marzo de 2017 la Sala Tercera del Tribunal Supremo¹ acordó admitir el recurso de casación nº 313/2016 interpuesto por la representación procesal de la Generalitat de Cataluña contra la Sentencia de 6 de octubre de 2016, del Juzgado de lo Contencioso-administrativo núm. 15 de Barcelona, dictada en el procedimiento abreviado núm. 434/2015-F. En el mencionado Auto se declaraba expresamente –a efectos de cumplir los requisitos actualmente impuestos por el art. 86 de la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la Jurisdicción Contencioso-administrativa en la redacción dada por la LO 7/2015 de 21 de julio (en adelante LJCA)- que la mencionada sentencia contemplaba, por un lado, una doctrina que hipotética o potencialmente podría llegar a ser gravemente dañosa para los intereses generales y que, por el otro, al afectar a la libertad de establecimiento y a la unidad de mercado podría ser susceptible de extensión de efectos –art. 110 LJCA-. Finalmente, el mismo Auto consideraba que la cuestión presentaba interés casacional objetivo –para la formación de la jurisprudencia ex art. 88 LJCA-, consistiendo este “*en determinar el marco regulador de las actividades de intermediación o conexión de usuarios y servicios a través de plataformas o aplicaciones digitales y la posibilidad, en su caso, de que estas actividades puedan ser sometidas al régimen de intervención administrativa propio de la normativa sectorial de transporte*”.

La cuestión, en definitiva, se centra en enmarcar tipológicamente los servicios o, en otras palabras, la actividad económica que desarrolla "UBER" o, más correctamente, UberPOP²; una actividad que, siguiendo el esquema aportado en el propio Auto consistiría en la gestión de “una plataforma o aplicación digital cuyo principal servicio consiste en poner en contacto a conductores particulares con usuarios que requieren de un servicio de desplazamiento dentro de la ciudad de Barcelona. La propia empresa define sus servicios como una fórmula de economía colaborativa que permite que conductor y usuario acuerden el trayecto, compartiendo los gastos del mismo. Se trataría, así, de una actividad de mediación entre particulares: entre los que realizan una actividad de transporte privado y los que se benefician del mismo”. “Por el contrario” –continúa el mismo Auto del Tribunal Supremo- “la Generalitat de Cataluña entiende que "UBER" realiza una actividad de transporte (aunque su ejecución efectiva se encomienda a terceros) consistente en la contratación o facturación de servicios de transporte sin la

¹ Auto Tribunal Supremo (Sala de lo Contencioso) de 13 de marzo de 2017, rec. 313/2016 (Roj: ATS 2125/2017; ECLI: ES:TS:2017:2125A) disponible el 5/4/2017 en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=match=TS&reference=7972790&links=Uber&optimize=20170328&publicinterface=true>

² Como señala GERADIN, DAMIEN (2016) “Online Intermediation Platforms and Free Trade Principles – Some Reflections on the Uber Preliminary Ruling Case (April 5, 2016)” disponible en https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID2759893_code362710.pdf?abstractid=2759379&mirid=1, p. 2, Uber presta una amplia batería de servicios que van –con algunas variaciones en función de los concretos países- desde uberPOP centrada en conductores sin licencia profesional, a UberX dependiente de conductores profesionales con licencia, pasando, por ejemplo por uberPOOL – un servicio para compartir vehículo-, uberRUSH, de entrega de paquetes, o incluso un servicio de botes en el Bósforo como sería, siempre según esta autora uberBOAT. Obsérvese, no obstante, que como recuerda LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des plateformes collaboratives*, Courrier hebdomadaire, n. 2311-2312, p. 42-43, las denominaciones pueden variar en función del país o de la zona económica.

pertinente habilitación previa. En esta línea se pone de manifiesto en el expediente sancionador que el cliente de "UBER" paga por un servicio prácticamente idéntico al del taxi, con una tarifa preestablecida en función del tiempo y del recorrido y que los conductores de "UBER" están a plena disposición de los clientes y del trayecto que éstos seleccionen". De este modo "UBER" participaría "directamente de la actividad de transporte pues, de un lado, gestiona los trayectos, los cobros y los pagos del servicio y, de otro lado, establece las condiciones de acceso de los conductores a la estructura de "UBER", impartiendo cursos de formación previa a su contratación e imponiendo normas de conducta de trato con los clientes".

En definitiva, "la cuestión jurídica que se plantea en casación es" –concluye el Auto– "la de determinar si una actividad como la descrita se enmarca en el ámbito de la normativa de transportes -que exige el previo título habilitante para su ejercicio- o si, por el contrario, sus particulares características la sitúan en el ámbito de la LSSI y, en última instancia, en el ámbito de la Directiva de Servicios -en el que la premisa de partida es el libre establecimiento y la libre prestación de servicios-"; una cuestión, por tanto, aparentemente alejada del ámbito social, pero que en realidad, no lo está tanto, o, si se nos apura, en absoluto. Y ello por dos razones. La primera, porque un fallo desestimatorio del recurso podría conducir a una "liberalización total de los servicios" y a una "extensión de la competencia mundial mucho más allá de los más locos sueños de la promotora de la directiva Bolkestein"³, potenciando la tantas veces mencionada –y, en ocasiones temida– "uberización" de nuestras economías⁴. Y, en segundo lugar, porque la consideración de estos servicios como propios de la sociedad de la información o, en sentido contrario, como parte inescindible del servicio material de transporte, tiene también una importancia, a mi juicio fundamental, en la delimitación de los posibles polos de las relaciones jurídicas de servicios –laborales o no- enmarcadas en el campo de estas plataformas digitales, teóricamente colaborativas y que han disfrutado de un desarrollo exponencial durante estos últimos años⁵. Pero no adelantemos acontecimientos.

2 UBER Y LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES

Antes de abordar todas estas cuestiones, lo primero que seguramente debe destacarse a la hora de encuadrar y comprender la importancia de este Auto es que el mismo constituye, al menos por el momento, el último eslabón de una relativamente amplia serie de resoluciones de nuestros tribunales sobre UBER o, más concretamente sobre UberPOP; unas resoluciones que, por razones obvias parecen haberse focalizado en los órganos jurisdiccionales barceloneses y madrileños⁶ –como es bien conocido, este modelo de

³ Las expresiones están tomadas de DEGRYSE, C. (2016), *Digitalisation of the Economy and its Impact on Labour Markets* (February 10, 2016). ETUI Research Paper - Working Paper 2016.02, disponible en SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2730550> o en <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2730550>, p. 5 y 10.

⁴ Véase, por mencionar solo un ejemplo expresivo a AUVERGNON, O. (2016) "Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al Derecho laboral" en *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 6, diciembre 2016.

⁵ Sobre este "ascenso" de las plataformas digitales, comparando las quince compañías basadas en Internet por capitalización bursátil en los años 1995 y 2015, véase el llamativo estudio de OCDE (2016), *New Forms of Work in the Digital Economy*, OECD DIGITAL ECONOMY PAPERS, n.º 260, p. 7 y ss.

⁶ En 2014 Uber comenzó a prestar este servicio en Madrid, Barcelona y Valencia sin solicitar, evidentemente, autorización previa alguna utilizando el software bajo licencia de Uber BV, compañía localizada en Holanda. Uber Systems Spain solo ofrece servicios de apoyo y marketing - GERADIN,

negocio basado en llamamientos genéricos o “crowdworking” solo son eficientes en grandes centros de población y, por tanto, con un amplio número de hipotéticos “prestadores de servicios”⁷-, y que además muestran un resultado ciertamente contradictorio en función del orden jurisdiccional de los órganos implicados y, por tanto, de la perspectiva con la que es analizada la cuestión.

Así, la sentencia ahora impugnada es solo una más de las varias que los juzgados de lo contencioso administrativo de esta ciudad catalana han ido dictando al hilo de las numerosas sanciones que la Generalitat impuso a dicha empresa a lo largo de 2015. En todas ellas los magistrados se han decantado claramente por anular las sanciones muy graves impuestas al amparo del art. 140.2 de la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación del Transporte Terrestre (en adelante, LOTT)⁸, Sin poder profundizar por ahora en esta cuestión, nos limitaremos a señalar cómo para estos juzgados de lo contencioso la Generalitat habría aplicado indebidamente la regulación contenida en la LOTT ya que el servicio de mediación o intermediación prestado por "UBER" no podría incluirse en el ámbito de lo dispuesto en el art. 140.2 LOTT –ni, obviamente en el art. 122 LOTT, centrado en el transporte de mercancías- pero sí, en cambio, en el ámbito de lo que la Ley 34/2002, de 11 de julio, de Servicios de la Sociedad de la Información (en adelante, LSSI) al tratarse de un servicio prestado a título oneroso, a distancia y a petición del interesado⁹.

Por el contrario, los juzgados de lo mercantil que han abordado esta cuestión desde el posible comportamiento desleal de esta aplicación en el marco del art. 15.2 de la Ley 3/1991, de 10 de enero¹⁰, o han sido bastante más cautos en sus apreciaciones, o han

DAMIEN, (2016) “Online Intermediation Platforms...”, cit., p. 6.

⁷ En general, sobre la relación entre este tipo de plataformas de servicios y las concentraciones urbanas GOUDIN P. (2016) *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*, European Added Value Unit; Brussels, p. 13. Sobre otros factores para la adecuada casación entre oferta y demanda –más proveedores en zonas con PIB bajo y más demandantes con un PIB alto- y la capacidad por tanto de estas plataformas de satisfacer o no la demanda en todos los territorios, véase nuevamente OCDE (2016), *New Forms of Work...*, cit., p. 16-17.

⁸ Véase, por ejemplo, la Sentencia del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo n. 17 de Barcelona n. 287/16 de 5 de octubre de 2016 en el recurso n.º 436/2015-F2 Procedimiento abreviado, (Roj: SJCA 1739/2016) disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7915437&links=Uber&optimize=20170124&publicinterface=true> que se remite, además, íntegramente a la previa Sentencia número 179/2016 de 18 de julio de 2016 dictada por el Juzgado 15 de Barcelona en el recurso 439/2015-D (Roj: SJCA 1565/2016 - ECLI: ES:JCA:2016:1565), disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&databasematch=AN&reference=7915437&links=Uber&optimize=20170124&publicinterface=true>

⁹ Así, y por mencionar tan solo un ejemplo, la ya mencionada sentencia del Juzgado Contencioso-administrativo núm. 15 de Barcelona concluía que: “la actividad organizada llevada a cabo por la actora, ya se entienda de mediación o intermediación [...], ya se entienda de organización de un servicio a prestar contratado vía electrónica, enfocado en la temática del transporte urbano de viajeros, no es una de las actividades excluidas del art. 5 de la LSSI y, sin embargo, sí se incardina dentro del ámbito de aplicación del art. 1 de la LSSI, Ley ésta que por lo demás, establece un catálogo propia de infracciones e inclusive en su art. 6 postula la no autorización previa en relación a esta prestación de servicios 'sui generis’”.

¹⁰ Como se recordará, el art. 15.2 Ley 3/1991 considera como desleal la simple infracción de normas jurídicas que tengan por objeto la regulación de la actividad concurrencial, sin requerir, por tanto, que, como sucede el primer párrafo, el infractor obtenga una ventaja competitiva mediante dicha infracción. En este sentido véase LEINENA MENDIZÁBAL, E., (2015), “Los nuevos sistemas de utilización compartida de vehículos de transporte (carpooling y car sharing): entre la economía colaborativa y la competencia

alcanzado unas conclusiones radicalmente diferentes, al menos en apariencia, a las obtenidas por los órganos contenciosos.

Así, por ejemplo, el Auto de 16 de julio de 2015 del Juzgado de lo Mercantil n. 3 de Barcelona en el Asunto 929/2014D2¹¹, ante la duda sobre esta misma cuestión o encuadramiento, optó por plantear una cuestión prejudicial¹² que, si bien se unió a otras anteriores de tribunales franceses¹³ y belgas¹⁴, parece que vendrá definitivamente a solventar la cuestión. En el mencionado Auto, el Juzgado de lo Mercantil interpelaba al Tribunal de Justicia sobre si, en primer lugar, la actividad de UBER “debe considerarse una mera actividad de transporte o ha de considerarse un servicio electrónico de intermediación, o un servicio propio de la sociedad de la información”; en segundo lugar, sobre si esta actividad podría considerarse “parcialmente un servicio de la sociedad de la información, y, en ese caso, si se debería beneficiar el servicio electrónico de intermediación del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantiza la normativa comunitaria”; y finalmente, y por lo que aquí interesa –obviamos así la tercera cuestión–, sobre si de confirmarse “que la directiva 2000/31/CE es aplicable al servicio prestado por UBER SYSTEMS SPAIN S.L.... las restricciones de un estado miembro receptor” “a la libre prestación del servicio electrónico de intermediación desde otro Estado miembro, en forma de sometimiento del servicio a autorización o licencia, o en forma de orden judicial de cesación de la prestación del servicio electrónico de intermediación fundada en la aplicación de la normativa nacional de competencia desleal, constituyen válidas medidas que constituyen excepciones al apartado 2 en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 3.4 de la Directiva 2000/31/CE”.

Por el contrario, en otras ocasiones estos mismos órganos jurisdiccionales sí han ido bastante más lejos y han apreciado al menos una apariencia de buen derecho en la petición, como medida cautelar, del cese en la prestación de este servicio en todo el territorio nacional y las consiguientes de acceso o uso del soporte tecnológico o informático ligadas a ello. Así ha ocurrido, señaladamente, con el Auto del Juzgado de lo Mercantil n.2 de Madrid, de 9 de diciembre de 2014¹⁵, posteriormente matizado –en

desleal”, en *Revista de Derecho Mercantil*, número 296 (Abril-Junio 2015).

¹¹ ROJ: AJM B 1359/2015 - ECLI:ES:JMB:2015:1359A, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference=7738109&links=&optimize=20160718&publicinterface=true>. Un análisis de su contexto y contenido en JARNE MUÑOZ. P. (2015), “Uber ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea: la incidencia del recurso a las plataformas en línea en la calificación jurídica de los servicios prestados”, en *Democracia Digital e Gobierno Electrónico*, vol. 2, n. 13, p.117 y ss.

¹² Petición de decisión prejudicial presentada por el Juzgado Mercantil nº 3 de Barcelona (España) el 7 de agosto de 2015, asunto C-434/15, Asociación Profesional Elite Taxi / Uber Systems Spain, S.L.

¹³ Petición de decisión prejudicial planteada por el Tribunal de Grande Instance de Lille (Francia) el 6 de junio de 2016 — Proceso penal contra Uber France SAS (Asunto C-320/16).

¹⁴ Auto del TJUE de 27 octubre 2016, C-526/15, asunto Uber Belgium BVBA contra Taxi Radio Bruxellois NV que declara inadmisibile dicha cuestión prejudicial al plantearse sobre uno de los modelos de negocio de esta aplicación –el no retribuido o profesional, de simple covoiturage o ridesharing y compensación de costes– que, por tanto, escapaba de los supuestos en los que era necesaria la licencia administrativa de acuerdo con la normativa belga. Obsérvese, no obstante, que los tribunales de aquel país si consideraron una violación de su regulación el otro modelo de negocio de UBER, este sí a cambio de una retribución y, por tanto, profesionalizado.

¹⁵ Roj: AJM M 74/2014 - ECLI: ES:JMM:2014:74A disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/contenidos.action?action=contentpdf&database=AN&reference>

cuanto se limitó estas restricciones al servicio UberPOP- por el Auto del mismo Juzgado de lo Mercantil de 22 de mayo de 2015¹⁶ que, por cierto, contrasta meridianamente con la Sentencia n. 30/2017, de este mismo órgano judicial, de 2 de febrero de 2017, en relación con otra aplicación solo aparentemente similar -dada la ausencia en este caso de profesionalidad de los conductores- como es BlaBlaCar¹⁷. Pero sobre esta cuestión volveremos, aunque sea puntualmente, en un trabajo posterior.

Por ahora nos interesa destacar cómo la resolución más beligerante en este punto –y, por tanto, la aparentemente más opuesta a las resoluciones de los juzgados de lo contencioso-administrativo barceloneses antes mencionadas- ha sido el Auto n. 15/2017 de 23 de enero de 2017, de la Sección Vigésimotercera de la Audiencia Provincial de Madrid, en relación, precisamente, con el recurso de apelación a las medidas cautelares tomadas y confirmadas por el Juzgado n. 2 de lo Mercantil de Madrid. Sin poder detenernos aquí, nuevamente, en su amplia argumentación, nos limitaremos a recordar cómo, tras traer a colación oportunamente la conocida Sentencia Google del TJUE¹⁸ para evitar cualquier intento de elusión de responsabilidades por parte de Uber en relación con su filial Uber BV – señalando incluso que a estos efectos la plataforma no solo cooperaría, sino que incluso participaría materialmente en el teórico ilícito-, la resolución rechaza, en primer lugar, que incluso considerando la actividad de esta mercantil como servicio de la sociedad de la información, lo que como veremos negará, Uber pudiera quedar exonerado de responsabilidad; esto es, que ni tan siquiera pretendiendo disociar el mero comercio o servicio electrónico –la intermediación- con la prestación de servicios física o sin medios electrónicos –como por ejemplo hace (y esto lo añadimos nosotros) la conocida STJUE Ker-Optika¹⁹-, cabría eludir tal responsabilidad. Y ello porque, a diferencia de aquel caso, en este sí existe una actuación ilegal, aunque solo fuese del prestador físico de servicios. Y como recuerda el propio Auto, trayendo a colación el texto del considerando 44 de la

[=7222269&links=&optimize=20141210&publicinterface=true](#) Un breve recordatorio del contenido y contexto de la misma en JARNE MUÑOZ. P. (2015), “Uber ante el Tribunal de Justicia...”, cit., p. 115 y ss,

¹⁶ ROJ: AJM M 1428/2015 - ECLI:ES:JMM:2015:1428A

¹⁷ Sentencia 30/2017, de 2 de febrero de 2017, del Juzgado de lo Mercantil n. 2 de Madrid en el procedimiento ordinario 343/2015. En relación con esta Sentencia es de interés la lectura del Auto del TJUE de 27 octubre 2016, C-526/15, asunto Uber Belgium BVBA contra Taxi Radio Bruxellois NV, que aborda igualmente la cuestión del uso de esta concreta aplicación (UBER) cuando no conlleva retribución alguna para el conductor, sino simple compensación por los gastos generados, en línea con el modelo de negocio que parece diseñar BlaBlaCar. Más en general, sobre la ausencia de competencia desleal en los supuestos de ausencia de profesionalidad o de elemento retributivo, LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., (2015), “Los nuevos sistemas de utilización compartida...”, cit., con diversos ejemplos de derecho comparado en la nota n. 104 y expresa referencia a la sentencia pronunciada por el Tribunal de Grande Instance de Briey (2006, Caso Moselle) que “declara la licitud de este tipo de actividad, considerando que no se trata de una práctica desleal, dado que se identifica de lleno con una actividad colaborativa, voluntaria y no profesional, que en nada afecta a la unidad de mercado”. Igualmente para CARBONELL PORRAS, E (2016), “Competencia y mercado en el transporte en vehículos turismo ante el reto de las nuevas tecnologías”, en *Revista española de Derecho Administrativo*, núm. 179 (Julio-Septiembre 2016), cuando “unas personas, que tienen que desplazarse un mismo día al mismo lugar y con horario coincidente, utilizan una plataforma digital como BlaBlaCar para ponerse de acuerdo y emplear un mismo vehículo, están realizando transporte privado particular”y, por tanto, no sujeto a autorización ex art. 101.2 LOTT.

¹⁸ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de mayo de 2014, C-131/12, asunto Google Spain, S.L., Google Inc.y Agencia Española de Protección de Datos (AEPD), Mario Costeja González.

¹⁹ Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 2 de diciembre de 2010, asunto C-108/09, Ker-Optika bt contra ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet. Asunto C-108/09.

Directiva 2000/31 y la conocida Sentencia del Tribunal de Justicia L’Oreal contra Ebay²⁰, incluso un prestador de servicios “mero intermediario” no podría beneficiarse de las exenciones de responsabilidad establecidas para dichas actividades en los arts. 12 a 14 de la Directiva cuando colabore deliberadamente con uno de los destinatarios de su servicio a fin de cometer actos ilegales; actuando de este modo se rebasarían las actividades de mero transporte (*mere conduit*)²¹ o la forma de almacenamiento automático, provisional y temporal, denominada "memoria tampón" (*caching*)²². Y ello más aún cuando el art. 14 de la mencionada Directiva excluye lógicamente la mencionada exoneración cuando “el destinatario del servicio actúe bajo la autoridad o control del prestador de servicios”. Pero sobre ello y su posible aplicación al caso UBER volveremos más tarde.

Por ahora nos interesa destacar como el Auto de la Audiencia Provincial de Madrid va aún más lejos y señala como al establecer las tarifas del servicio y al seleccionar a los conductores –punto 89- dicha mercantil no podría considerarse como un mero operador tecnológico o neutral –punto 96-, como un mero intermediario de transportes. Para el Auto, muy al contrario, UBER se articularía como un sistema de distribución vertical integrado, como una empresa de transporte que emplea su propia plataforma –ya que “los usuarios no son realmente clientes de los conductores sino que son clientes de UBER”, - punto 90-, sin que eso sí, en ningún momento -y esto es lo importante a los efectos que aquí interesan- la Audiencia entre a valorar la naturaleza laboral o mercantil, dependiente o autónoma, del trabajo o de los servicios de los conductores, al considerar que dicha calificación no es “precisa” a estos efectos, por lo que no resulta “necesario profundizar en este aspecto”.

3 ALGUNAS NOTAS SOBRE LA EXPERIENCIA JUDICIAL COMPARADA

En cualquier caso, y como ya implícitamente se ha avanzado, los problemas jurídicos derivados del posible incumplimiento de exigencias administrativas impuestas para el desarrollo de la actividad de transporte público o de la posible competencia desleal de esta aplicación –UberPop en Europa- con el sector del taxi no son exclusivos de nuestro país. Una polémica jurídica similar –y dejamos a un lado, por tanto, las manifestaciones no jurídicas del conflicto, especialmente virulentas en algunos casos- han ido apareciendo paulatinamente en distintos países de la Unión, conectada, lógicamente, con una actitud empresarial, propia de muchas de estas empresas “disruptivas”²³, propensas a una rápida expansión sin prestar gran atención a las posibles trabas legales y, en especial, administrativas de estos sectores –“*better to ask for forgiveness than permission*”²⁴.

²⁰ Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 12 de julio de 2011, asunto C-324/09, L’Oreal y otros contra Ebay International AG y otros

²¹ Véase Sentencia del Tribunal de Justicia (Sala Tercera) de 15 de septiembre de 2016, Asunto C-484/14 Tobias Mc Fadden contra Sony Music Entertainment Germany GmbH

²² Un primer estudio del tema en PABLO BAISTROCCHI, “Liability of Intermediary Service Providers in the EU Directive on Electronic Commerce”, 19 *Santa Clara High Tech. L.J.* 111 (2002) disponible en: <http://digitalcommons.law.scu.edu/chtlj/vol19/iss1/3> . Igualmente HATZOPOULOS, V., ROMA, S., “Caring for Sharing? The Collaborative Economy under EU Law” en *Common Market Law Review*, 2017, nº 54, p.103 y ss.

²³ Véase FERNÁNDEZ BRIGNONI, H., (2016) “Las empresas de aplicaciones tecnológicas y el fenómeno Uber. La llamada economía disruptiva” en *Derecho Laboral*, Tomo LIX, n. 261, p. 37 en especial.

²⁴ Véase, en general, LAMBRECHT, M. (2016) *L’économie des...*, cit. , p. 18-19; FERNÁNDEZ

Pues bien, en líneas generales, la posición de los distintos tribunales europeos parece haberse decantado mayoritariamente por imponer la prohibición de esta concreta aplicación cuando es utilizada por conductores sin la pertinente licencia, diferenciándola en algunas ocasiones, ya sea del mero uso colaborativo y no profesional propio de otro tipo de empresas, ya sea de otras aplicaciones en la que los prestatarios del servicio físico de transporte sí disponen de la correspondiente autorización administrativa²⁵. Y todo ello sin olvidar como nuevamente, y en especial en algunos países, esta prohibición se ha obtenido más fácilmente aludiendo a la posible competencia desleal de la correspondiente mercantil que en el campo de las posibles sanciones administrativas²⁶, ya sea a los conductores o a la propia empresa²⁷, quizás por el carácter más abierto y finalista en la delimitación de los actos prohibidos propio del primer campo normativo, frente a los mayores rigores –tipicidad, culpabilidad...- impuestos en el segundo ámbito por los principios propios del *ius puniendi* del Estado.

Pues bien, sin ánimo de ser exhaustivos, esto es lo que ha ocurrido, por centrarnos en un caso concreto, en Italia. En el país transalpino la utilización de esta concreta aplicación– UberPop- fue paralizada cautelarmente por competencia desleal y para todo el territorio italiano por la muy interesante Ordenanza del Tribunale de Milano, Sezione specializzata in materia d’impresa de 25 de mayo de 2015²⁸. Esta primera resolución fue confirmada

BRIGNONI, H. (2016) “Las empresas...”, cit., p 42.

²⁵ Para un estudio reciente de la situación de Uber, no solo en los países de la Unión, se recomienda el trabajo de I. DOSEN, H. ROSOLEN, (2016) *Uber and Ridesharing*, Parliamentary Library and Information Service (Vic), consultado el 21 April 2017, <<http://apo.org.au/node/68502>>. Igualmente, una amplia información del tratamiento de esta cuestión en otros países en HATZOPOULOS, V., ROMA, S., “Caring for Sharing?...”, cit., p. 90 y ss. y “Commission Staff Working Document accompanying the document Communication From The Commission To The European Parliament, The Council, The European Economic And Social Committee And The Committee Of The Regions - A European Agenda For The Collaborative Economy European Agenda For The Collaborative Economy - Supporting Analysis” {Com(2016) 356 Final disponible en <http://ec.europa.eu/DocsRoom/documents/16881/attachments/3/translations/en/renditions/native> , p. 27 y ss. Véase igualmente para más información sobre estos países GERADIN, DAMIEN, “Online Intermediation Platforms”..., cit., p. 5. Específicamente sobre esta prohibición en Buenos Aires RASO DELGUE, J. (2017), “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo” en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 2017, Volumen 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, p. 14 y ss., que proporciona además información sobre la situación en otras ciudades sudamericanas. Sobre otros países sudamericanos, GAUTHIER, G. (2016), “El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano”, en *Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas*, V. 19, n. 37, DOI: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p117> p. 117 y ss. Sobre la prohibición de Uber en algunos territorios estadounidenses al considerar que eran operadores de taxi ilegales KATZ, V., (2015) “Regulating the sharing economy”, en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, Issue 4, p. 1086, especialmente n. 111 y 113. No obstante, véase a la misma autora y obra, p. 1088, para conocer otros supuestos como Colorado, Chicago o Columbia, en los que las autoridades competentes se han aproximado a las TNC mediante la creación de nuevas reglas para este específico tipo de servicio (TCN).

²⁶ Sobre el uso igualmente de esta doble vía por parte de sujetos públicos o privados en Estados Unidos véase, igualmente, KATZ, V., (2015) “Regulating...”, cit., p. 1090 a 1092.

²⁷ Además de las experiencias europeas aquí reseñadas, véase la experiencia norteamericana en KATZ, V., (2015) “Regulating the sharing economy”, en *Berkeley Technology Law Journal*, Vol. 30, Issue 4, p. 1089-1090.

²⁸ Disponible en <http://www.foroitaliano.it/wp-content/uploads/2015/05/trib..pdf> . Sobre la misma puede verse el estudio de DOMENICO SURDI “Concorrenza sleale e nuove forme di trasporto condiviso: il Tribunale di Milano inibisce «uber pop»”, en la *Rivista di diritto dell’economia, dei trasporti e dell’ambiente*, vol. XIII – 2015, p. 375 y ss, disponible en

posteriormente por el Tribunale ordinario di Milano, Sezione specializzata in materia di impresa mediante Ordenanza de 2 de julio de 2015²⁹. En esencia, y para este Tribunal, la ausencia de autorización administrativa, unida a los menores costes derivados de aquella, supondría una competencia desleal frente al sector del taxi.

Es cierto, que posteriormente el no menos interesante parecer del Consejo de Estado de 25 de noviembre de 2015 -Numero 03586/2015-, en sede nuevamente de sanciones administrativas –y no, por tanto, de competencia desleal-, señaló la novedad del tema, la insuficiencia de la normativa italiana en este concreto ámbito del transporte y, por tanto, la imposibilidad de subsumir estas actuaciones en los tipos previstos en los art. 85 y 86 del Codice della Strada italiano. Pero esta misma resolución sí recordó la aplicabilidad al caso de las sanciones establecidas en el art. 82 del mencionado cuerpo normativo –con sanciones de entre 84 y 335 euros-; un aspecto este destacado posteriormente por la Circular del Ministerio del Interior del 11 de marzo de 2016³⁰. En cualquier caso, seguramente lo más interesante de esta densa, y en ocasiones criticada³¹ resolución del Consiglio di Stato italiano, fue la consideración de que: “dicha actividad no puede ser considerada como de mera mediación entre prestación y oferta de trabajo, de hecho, de la dinámica contractual se deduce que la prestación de transporte es una obligación directa de la sociedad, que ofrece, además, servicios complementarios de tipo financiero, telemático y eventualmente legales... desde un punto de vista jurídico, se puede describir el negocio atípico en cuestión como un supuesto doblemente bilateral que coloca en el vértice de las dos relaciones distintas, no ligadas entre sí, a la empresa que gestiona la plataforma informática, que por un lado está ligada mediante una relación sinalagmática con la persona que disfruta del servicio de transporte y los conexos de telecomunicaciones y financieros, y que por el otro está vinculada al transportista al que reconocerá una parte de la compensación recibida como remuneración por la actividad ejercitada en favor de un tercero. Como el alquiler con chofer (“noleggio con conducente”), aunque dirigida al público, el servicio en cuestión tendría la naturaleza jurídica de transporte privado no de línea (trasporto privato non di linea)...”.

Sea como fuere, y tras señalar al menos, por un lado, la interesante Propuesta específica en relación con esta materia planteada por la Autorità di Regolazione dei Trasporti el 21 de mayo de 2015³², y por el otro, la presentación, más genérica, el 27 de enero de 2016 de una Proposición de Ley sobre la “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della

http://www.giureta.unipa.it/phpfusion/images/articles/2015/19_Surdi_DirNav_10092015.pdf

²⁹ Disponible en <http://www.altalex.com/documents/news/2016/04/26/trasporto-di-persone-taxi-servizio-equivalente>

³⁰ Circolare del 14 de marzo de 2016, n. 1842, disponible en https://www.tuttocamere.it/files/psicurezza/2016_1842_Circ_Min_Int.pdf

³¹ Véase RENATO AMOROSO, (2016) “Uber: problemi giuridici risolti?” disponible en <http://www.altalex.com/documents/news/2016/04/26/uber>

³² Atto di segnalazione al Governo e al Parlamento sull’autotrasporto di persone non di linea: taxi, noleggio con conducente e servizi tecnologici per la mobilità disponible en http://www.autorita-trasporti.it/wp-content/uploads/2015/06/Atto-di-segnalazione_signed.pdf. Esta propuesta admitía la figura con algunas condiciones de entre las que destacamos el hecho de que “il conducente privato dovrebbe essere un lavoratore occasionale, tenuto al rispetto di un tetto massimo di reddito annuale e ad un limite di lavoro settimanale non eccedente le quindici ore”

condivisione”³³, nos limitaremos aquí a destacar cómo esta prohibición de UberPop en Italia ha sido confirmada muy recientemente por sendas resoluciones de los Tribunales de Turín de 24 de marzo de 2017³⁴ y Roma de 7 de abril de 2017³⁵ por razones ciertamente similares a las ya señaladas por el Tribunal de Milán, si bien en el caso de Roma se aborda la aplicación UberBV, de la que, eso sí, se vuelve a insistir –como en el caso de Turín– en su carácter de organizador material de un servicio de transporte público y no de mero intermediario -electrónico, añadiríamos nosotros-.

En cualquier caso, una dinámica similar es, por otra parte, la que se puede constatar en otras ciudades alemanas, suecas u holandesas. Y ello ya que el lanzamiento de esta aplicación se realiza habitualmente no para el conjunto del territorio del Estado, sino por concretas poblaciones -“available locally, expanding globally”-; un carácter local que nuevamente refleja su similitud con servicios de transporte público como el del taxi.

Así, por ejemplo, y de forma extraordinariamente resumida, podríamos recordar cómo la prohibición de esta aplicación en distintas ciudades alemanas se inició con la medida cautelar adoptada el 25 de agosto de 2014 por un Tribunal de Distrito Frankfurt am Main³⁶. Esta prohibición inicial fue, sin embargo, levantada poco más tarde por el mismo Tribunal, eso sí, por problemas básicamente procesales. Con todo, y apenas transcurrido un mes, el 26 de septiembre de 2014, Tribunales locales de Hamburgo y Berlín ratificaron esta misma prohibición en sus respectivas jurisdicciones³⁷ señalando por ejemplo este último cómo aunque Uber no disponía por sí misma ni de coches ni de conductores, esta misma empresa no podía ser considerada como un mero intermediario de servicios de viaje ya que actuaba frente a los pasajeros como un auténtico contratista de transportes. Esta última decisión fue confirmada el 16 de abril de 2015 por la Corte de Apelación de Berlín-Brandemburgo. Y finalmente, en marzo de 2015 un Tribunal Regional de Frankfurt estableció una prohibición nacional contra UberPop –no así contra UberBlack y UberTaxi, que sí emplean conductores con sus correspondientes licencias-, decisión esta que fue confirmada finalmente por el Tribunal de Apelación en junio de 2016³⁸.

³³ Disponible en <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf> y que, por lo que aquí interesa, expresamente señala en su art. 2 que “tra gestori e utenti non sussiste alcun rapporto di lavoro subordinato”.

³⁴ Tribunale, Torino, sez. I civile, sentenza 24/03/2017 n° 1553 disponible en <http://www.altalex.com/documents/news/2017/03/31/uber-taxi-ordinanza-tribunale-torino> con nota de Giuseppina Mattiello

³⁵ Tribunale, Roma, sez. IX civile, ordinanza 07/04/2017 disponible en <http://www.altalex.com/~media/Altalex/allegati/2017/allegati-free/ordinanza-tribunale-roma-uber-taxi%20pdf.pdf>

³⁶ Landgericht Frankfurt am Main Beschl. v. 25.08.2014, Az.: 2-03 O 329/14 citado por *The cost of non-Europe II*, cit., p. 142 y LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., (2015), “Los nuevos sistemas...” cit., nota n 96 quien sintetiza el fallo recordando como el tribunal no solo prohíbe la actuación de la sociedad holandesa sino que también estableció multas coercitivas de hasta 250.000 euros para el caso de que se incumpliese la resolución. Y ello ya que esta mercantil se está prevaleciendo de una ventaja competitiva adquirida mediante la infracción de leyes que regulan la conducta concurrencial de dicho sector.

³⁷ Véase el comunicado de prensa sobre la misma –consultado el 17 de mayo de 2017– en <http://www.berlin.de/gerichte/verwaltungsgericht/presse/pressemitteilungen/2014/pressemitteilung.425681.php>

³⁸ <https://www.bloomberg.com/news/articles/2016-06-09/uber-loses-german-appeals-case-against-ban-of-uberpop-service>

Por lo demás, una situación similar parece haberse dado en Gothenborg, Malmo y Estocolomo en Suecia o en Amsterdam en Holanda. De hecho, en Suecia, a mediados de 2016, existían ya más de veinte decisiones de Tribunales de distrito contra conductores de UberPop y setenta estaban aún pendientes³⁹. Y en Ámsterdam, la Corte de Apelación falló el 8 de diciembre de 2014 contra Uber, tras la sanción impuesta a varios de sus conductores por el correspondiente Ministerio basada en el uso de UberPop y la realización de transporte profesional sin licencia⁴⁰.

En todo caso, la reacción más intensa frente a esta aplicación ha tenido lugar, sin duda, en Francia, uno de los primeros países europeos en los que desembarcó Uber y uno, como se sabrá, en los que la conflictividad social ligada a este proceso ha sido más virulenta. Nuevamente de forma casi telegráfica nos limitaremos a recordar aquí como en este territorio la principal reacción, ciertamente restrictiva, se articuló mediante medidas legislativas específicas de naturaleza sancionadora. Sin poder detenernos en el análisis de algunas decisiones judiciales extraordinariamente interesantes y que consideraron determinadas actuaciones de esta empresa como prácticas comerciales “engañosas” (*pratique commerciale trompeuse*)⁴¹, lo cierto es, como decimos, que esta reacción represora se centró en la aprobación de la denominada Ley Thévenoud - Loi n° 2014-1104 du 1er octobre 2014 *relative aux taxis et aux voitures de transport avec chauffeur*⁴².

Tras su modificación en 2015, esta Ley distingue claramente⁴³ el mero transporte colaborativo en el que la compensación económica es solo la parte proporcional de los costes de un viaje cuyo realización es previa y autónomamente decida por el conductor – el modelo tradicional, por ejemplo, de Blablacar-, de fórmulas como las de Uberpop que siguen siendo claramente sancionadas por el artículo 3124-13 del Código de Transporte⁴⁴.

³⁹ Para más información GUSTAVSSON, P. *Uber and UbePop – to be or not to be banned in the EU?*, Srping 2016, p. 31-32 disponible en [https://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/\(MenuItemByDocId\)/IDB27251179AA2C78AC1257DAB0029C07A/\\$FILE/Peggy%20Gustavsson.pdf](https://www.law.lu.se/WEBUK.nsf/(MenuItemByDocId)/IDB27251179AA2C78AC1257DAB0029C07A/$FILE/Peggy%20Gustavsson.pdf)

⁴⁰El fallo en <https://uitspraken.rechtspraak.nl/inziendocument?id=ECLI:NL:CBB:2014:450>

⁴¹ Véase LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 13 n. 31 en relación con la decisión del Tribunal Correccional de París de 16 de octubre de 2014 confirmado por la corte de apelación de la París el 7 de diciembre de 2015. Un análisis de las mismas en LECLERC, M. (2016) « Uberpop », une pratique commerciale jugée trompeuse – Analyse de la décision de la Cour d'appel de Paris du 7 décembre 2015, disponible en <https://droitdupartage.com/2016/03/01/uberpop-une-pratique-commerciale-jugee-trompeuse-analyse-de-la-decision-de-la-cour-dappel-de-paris-du-7-decembre-2015/>

⁴² JORF n°0228 de 2 de octubre de 2014, p. 15938 disponible en www.legifrance.gouv.fr/eli/loi/2014/10/1/2014-1104/fo/texte, posteriormente modificada por LOI n°2016-1920 de 29 diciembre de 2016 y LOI n° 2015-990 de 6 agosto de 2015. Un estudio de la misma y su impacto sobre la actividad de UberPop en LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 52 y ss.

⁴³ Véase BENJAMIN DE SEVIN, “Uberpop et Blablacar ou comment délimiter l'économie du partage” en *La Semaine Juridique Administrations et Collectivités Territoriales*, n° 40 – 5 octobre 2015, disponible en <https://www.uggc.com/publication/uberpop-et-blablacar-ou-comment-delimiter-leconomie-du-partage-2/>; Véase LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 54-55

⁴⁴ « Art. L. 3124-13. - Est puni de deux ans d'emprisonnement et de 300 000 € d'amende le fait d'organiser un système de mise en relation de clients avec des personnes qui se livrent aux activités mentionnées à l'article L. 3120-1 sans être ni des entreprises de transport routier pouvant effectuer les services occasionnels mentionnés au chapitre II du titre Ier du présent livre, ni des taxis, des véhicules motorisés à deux ou trois roues ou des voitures de transport avec chauffeur au sens du présent titre.

« Les personnes morales déclarées responsables pénalement du délit prévu au présent article encourent, outre l'amende suivant les modalités prévues à l'article 131-38 du code pénal, les peines prévues aux 2° à

Esta incriminación fue básicamente respetada por la Corte Constitucional francesa en sus sentencias de 22 de mayo⁴⁵ y, muy especialmente, de 22 de septiembre de 2015⁴⁶, lo que permitió que dos directivos de Uber fueran arrestados y posteriormente condenados, junto con la propia mercantil, por un Tribunal parisino. Pero, y con todo, quizás no esté de más recordar cómo, en primer lugar, el 6 de junio de 2016 el Tribunal de Grande Instance de Lille planteó cuestión prejudicial centrada en la posible consideración de mismo artículo L. 3124-13 del Código de Transportes como un reglamento técnico nuevo relativo a uno o varios servicios de la información y, por tanto, si del posible incumplimiento por parte de Francia de sus obligaciones de información sobre el mismo podría deducirse la imposibilidad de invocarlo en el ámbito penal⁴⁷. Y lo segundo, como esta misma cuestión se encuentra en el epicentro del posterior Arrêt del Consejo de Estado de 9 de marzo de 2016 que anuló, como decimos, por motivos similares ciertas disposiciones de un decreto de aplicación de la tantas veces mencionada Ley Thévenoud⁴⁸.

Sea como fuere, de lo que no cabe duda es que en múltiples ocasiones el escenario dista de ser claro. Baste recordar en este sentido la situación en la región de Bruselas. En ella el Tribunal de Comercio de habla neerlandesa -Rechtbank van Koophandel- pareció seguir la senda tradicional o mayoritaria en el resto de países europeos, al considerar el 23 de septiembre de 2015 una práctica comercial deshonesto la actividad de Uberpop en relación con “carreras” o viajes de carácter profesional o retribuido⁴⁹. Pero más allá de las posibles consecuencias sobre este tema del denominado “Plan Taxi” del ministro de movilidad Pascal Smet⁵⁰, quizás lo más sorprendente es que muy recientemente este mismo Tribunal parece –al menos así se deduce por las referencias en Internet- haber rechazado aplicar esta la prohibición de actividades de Uber en el aeropuerto de Bruselas al considerar la regulación administrativa aplicable contraria al Derecho Europeo⁵¹.

4 EL MARCO NORMATIVO DE LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN: BREVES NOTAS SOBRE SU DELIMITACIÓN Y RÉGIMEN JURÍDICO

Pues bien, tras todo lo antes dicho parece obvio que, al menos en este primer momento, las controversias judiciales de UBER, tanto en España como en la mayoría de países

9° de l'article 131-39 du même code. L'interdiction mentionnée au 2° du même article 131-39 porte sur l'activité dans l'exercice ou à l'occasion de l'exercice de laquelle l'infraction a été commise. Les peines prévues aux 2° à 7° dudit article ne peuvent être prononcées que pour une durée maximale de cinq ans. »

⁴⁵ Décision n° 2015-468/469/472 QPC du 22 mai 2015 disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-468/469/472-qpc/version-en-anglais.143998.html>

⁴⁶ Décision n° 2015-484 QPC du 22 septembre 2015 disponible en <http://www.conseil-constitutionnel.fr/conseil-constitutionnel/francais/les-decisions/acces-par-date/decisions-depuis-1959/2015/2015-484-qpc/decision-n-2015-484-qpc-du-22-septembre-2015.144387.html>

⁴⁷ Véase supra nota n. 13.

⁴⁸ Más información, nuevamente en LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 54.

⁴⁹ Sobre la orden de cese de actividad previa -de 31 de marzo de 2014- y las razones y argumentos del Tribunal nos remitimos, nuevamente a LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 45 y siguientes.

⁵⁰ Sobre el mismo y sus vicisitudes, nuevamente, LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 49

⁵¹ Véase <http://www.taxi-times.com/en/brussels-commercial-court-refuses-to-ban-uber-from-brussels-airport/> y <https://theculturetrip.com/europe/belgium/articles/is-uber-legal-in-brussels-belgium/>

Europeos, se han centrado en solo una de las múltiples cuestiones⁵² que plantea el progresivo desarrollo de lo que podríamos denominar como economía de las plataformas digitales colaborativas⁵³; más en concreto, en la necesidad o no de que estas aplicaciones o sitios de internet, que permiten la interacción entre varias categorías de usuarios para el intercambio o la puesta en común de información, de bienes o de servicios, a título comercial o no⁵⁴, obtengan la autorización que, al amparo de la normativa del sector económico en el que “se intermedia” –en este caso, obviamente, el transporte terrestre– los distintos ordenamientos reclaman.

Sin poder entrar aquí en la compleja y quizás interesada discusión sobre si todas estas plataformas forman parte o no de lo que se ha dado en llamar economía colaborativa⁵⁵, lo que también se deduce con facilidad es que esta concreta vertiente administrativa y mercantil –que en nuestro país ha paralizado también las incipientes controversias laborales y las consiguientes infracciones imputadas en su caso por la ITSS– está directamente conectada con los problemas derivados de su posible calificación como empresa prestadora de servicios de la sociedad de la información y, más específicamente, de servicios de intermediación. Y ello ya que esta calificación supondría el sometimiento de dichos actos jurídicos, prestaciones y empresas a una normativa específica, especialmente protectora de la libertad de prestación de servicios y centrada, por lo que aquí interesa, en la Directiva 2000/31/CE de 8 de junio de 2000 sobre comercio electrónico (DCE en adelante) y, en el caso español, en la Ley 34/2002, de 11 de julio, de servicios de la sociedad de la información y de comercio electrónico (LSSI en adelante)

No es este el momento, obviamente, de profundizar en un tema que, como decimos, escaparía, al menos en apariencia –y repetimos, al menos en apariencia–, del campo del Derecho laboral en el que se enmarca este documento y que, además, suele plantearse en relación con casi todas estas plataformas digitales que pretenden actuar sobre mercados duales⁵⁶. Por ello, nos limitaremos simplemente a recordar cómo esta DCE parte –art. 3– de que todo Estado Miembro deberá velar porque los servicios de la sociedad de la información facilitados por un prestador establecido en su territorio⁵⁷ “respeten las disposiciones nacionales aplicables en dicho estado miembro que formen parte del ámbito

⁵² Sobre las diversas dudas que, por ejemplo, suscita esta misma aplicación en el ámbito tributario véase FALCÓN Y TELLA, R. (2014), “La tributación de UBER (plataforma de servicios de transporte en vehículos particulares)”, en *Quincena Fiscal Aranzadi*, n. 13, julio 2014.

⁵³ Utilizamos, por tanto, la terminología de LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 10 por las mismas razones: evitar su confusión con los simples buscadores y agregadores de noticias en las que la bilateralidad es una exigencia para su forma de financiación pero no como en este caso –*plateformes de mise en relation*– para su funcionamiento.

⁵⁴ Nuevamente LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 10. Un concepto similar de plataforma colaborativa en MONTERO PASCUAL, J.J. (2017), “El régimen jurídico de las plataformas colaborativas”, en AAVV., *La regulación de la economía...*, cit., p. 87 y ss.

⁵⁵ De interés sobre el tema puede ser la lectura de RASO DELGUE, J., “La empresa virtual: nuevos...”, cit., p. 9 y ss.

⁵⁶ Véase por todos MONTERO PASCUAL, J.J. (2017), “La regulación de la economía...”, cit., p. 25 y ss.

⁵⁷ Sobre la determinación del lugar de establecimiento véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A. (2015), *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 136 y ss. quien recuerda como del art. 2.c) de la Directiva 2000/31/CE se deduce que la norma hace referencia a un establecimiento fijo, durante un periodo indefinido puesto que la simple “presencia y utilización de los medios técnicos y de las tecnologías utilizadas para prestar el servicio no constituyen en sí mismos el establecimiento del prestador de servicios”.

coordinado”⁵⁸, mientras que el resto de estados “no podrá restringir la libertad de prestación de servicios de la sociedad de la información de otro estado miembro por razones inherentes al ámbito coordinado”⁵⁹. Si a ello sumamos la regla del art. 4.1 DCE de acuerdo con la cual “los Estados miembros dispondrán que el acceso a la actividad de prestador de servicios de la sociedad de la información no pueda someterse a autorización previa ni a ningún otro requisito con efectos equivalentes”, sin perjuicio, eso sí, –art. 4.2 –“de los regímenes de autorización que no tengan por objeto específico y exclusivo los servicios de la sociedad de la información”⁶⁰, comprenderemos la importancia que a estos efectos plantea la delimitación de qué debe entenderse por servicio de la sociedad de la información y, consiguientemente del denominado ámbito coordinado.

Pues bien, solo a estos efectos nos limitaremos a recordar cómo, en primer lugar, la Directiva 2000/31 no incorpora expresamente una definición de servicio de la sociedad de la información, remitiéndose para ello al artículo 1 de la Directiva 98/34/CE, modificada por la Directiva 98/48/CE, y hoy derogada por la Directiva (UE) 2015/1535 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 9 de septiembre de 2015. De acuerdo con dicha norma se trataría de “todo servicio prestado normalmente a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario de servicios”⁶¹.

En cambio, esta primera Directiva (DCE) sí delimita en su art. 2 el ámbito coordinado al identificarlo con “los requisitos exigibles a los prestadores de servicios en los regímenes jurídicos de los Estados miembros aplicables a los prestadores de servicios de la sociedad de la información (o) a los servicios de la sociedad de la información, independientemente de si son de tipo general o destinados específicamente a los mismos”. De este modo el ámbito coordinado se referiría a los requisitos que debería cumplir el prestador de servicios en relación con: “el inicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos a cualificaciones, autorizaciones o notificaciones” y al “ejercicio de la actividad de un servicio de la sociedad de la información, como los requisitos relativos al comportamiento del prestador de servicios, los requisitos en relación con la calidad o el contenido del servicio, incluidos los aplicables a publicidad y contratos, o los requisitos relativos a la responsabilidad del prestador de servicios”. En cambio, el ámbito coordinado no se referiría –y esto es importante remarcarlo- a los “requisitos aplicables a los servicios no prestados por medios electrónicos”⁶².

⁵⁸ Véase igualmente MONTERO PASCUAL, J.J.. (2017), “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 106.

⁵⁹ Sobre el hecho de que esta norma no impone una solución conflictual, siendo suficiente con que las normas aplicables en cada caso solo resulten desplazables por la legislación de origen en la medida en la que aquella impongan restricciones no previstas y, por tanto, resulten contrarias al mandato de la DCE, véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A.(2015), *Derecho Privado...*, cit., p. 162 y ss.

⁶⁰ Más ampliamente MONTERO PASCUAL, J.J.. (2017), “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 107 y ss.

⁶¹ Sobre esta definición, por todos, MONTERO PASCUAL, J.J.. (2017), “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 101 y ss. quien recuerda cómo, aunque la definición recogida por la LSSI no coincide literalmente con la comunitaria, no parece modificarla en lo sustancial. Véase igualmente DE MIGUEL ASENSIO, P.A.(2015), *Derecho Privado de Internet*, Civitas, Thomson Reuters, Cizur Menor, p. 127 y ss.

⁶² Vid. DE MIGUEL ASENSIO, P.A.(2015), *Derecho Privado...*, cit., p. 160.

Por lo demás, resulta obvio que la normativa española en esta materia se centra -por lo que aquí interesa- en la ya mencionada LSSI cuyos preceptos normalmente –aunque no siempre- son consecuentes con los preceptos comunitarios. Por ello, y dejando a un lado las dudas sobre si nos encontramos o no ante un prestador de servicios establecido o con un establecimiento permanente en España –véase la amplitud en este caso del art. 2 LSSI⁶³- nos limitaremos a aquí recordar cómo, de acuerdo con el art. 7 de la mencionada Ley “la prestación de servicios de la sociedad de la información que procedan de un prestador establecido en algún Estado miembro de la Unión Europea o del Espacio Económico Europeo se realizará en régimen de libre prestación de servicios, sin que pueda establecerse ningún tipo de restricciones a los mismos por razones derivadas del ámbito normativo coordinado, excepto en los supuestos previstos en los artículos 3 – aplicación de la Ley a determinadas materias cuando el destinatario de los servicios radique en España- y 8 LSSI -que viene a transponer el art.3.2 Directiva 2000/31-; del mismo modo que las distintas limitaciones en las responsabilidades aparecen contempladas en los arts. 14 –proveedores de acceso y operadores de redes-. 15 –copia temporal de datos-, 16 –alojamiento y almacenamiento de datos- y 17 –facilitación de enlaces a contenidos o instrumentos de búsqueda-⁶⁴.

5 SOBRE LA CUESTIÓN DE FONDO Y SOBRE SUS CAUSAS ÚLTIMAS: LA DISTINTA TIPOLOGÍA DE LAS PLATAFORMAS ELECTRÓNICAS. LA POSICIÓN DE LA COMISIÓN EUROPEA

Pues bien, centrada así la cuestión, es posible intuir cómo la raíz última de toda esta discusión –focalizada por ahora en UberPop, pero plenamente trasladable a otras plataformas de economía digital verticalmente integradas y señaladamente a otras empresas de redes de transporte (TCN)⁶⁵- se encuentra seguramente en la progresiva evolución y diversificación tipológica y funcional de algunas de estas plataformas digitales; una evolución conectada, por un lado, con lo que se ha dado en llamar Tercera Revolución Industrial y el progresivo proceso de implantación de un “capitalismo distribuido”⁶⁶ y, por el otro, al menos aparentemente –en especial en el caso de UberPop⁶⁷-, con el auge de lo que se ha dado en llamar “economía colaborativa” y la aparición de los “prosumidores”. Pero vayamos por partes.

Dejando a un lado otros aspectos sobre los que volveremos en un trabajo posterior, parece evidente que el punto de partida de todo este proceso se encuentra en la universalización,

⁶³ Sobre los problemas generados, no obstante, por la distinta regulación comunitaria y española véase DE MIGUEL ASENSIO, P.A.(2015), *Derecho Privado...*, cit., p. 157-158.

⁶⁴ Sobre estas normas, por todos, DE MIGUEL ASENSIO, P.A.(2015), *Derecho Privado...*, cit., p.231 y ss.

⁶⁵ Sobre la regulación impuesta a este tipo de empresas LEIÑENA MENDIZÁBAL, E., (2015), “Los nuevos sistemas de utilización compartida...”, cit., apartado 3.1.

⁶⁶ Véase RIFKIN, J. (2011), *La Tercera Revolución Industrial: Cómo el poder lateral está transformando la energía, la economía y el mundo*, Paidós, Barcelona, y del mismo autor RIFKIN, J. (2014) *La sociedad de coste marginal cero: El Internet de las cosas, el procomún colaborativo y el eclipse del capitalismo*, Paidós, Barcelona

⁶⁷ De “plataformas digitales que han tergiversado la esencia de la economía colaborativa” habla acertada y gráficamente GINÈS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 6, diciembre de 2016, p. 3 del original disponible en Internet en <http://bit.ly/2rlkokV>

no solo del acceso a Internet, sino también, y sobre todo, en el uso de tecnologías móviles. Estas tecnologías han permitido la creación, de forma extraordinariamente simple, de comunidades cada vez más amplias⁶⁸, así como la interacción segura entre sus miembros, reduciendo mediante algoritmos, no solo las dificultades de encuentro entre las partes interesadas, sino también, y desde una perspectiva económica, los costes de transacción⁶⁹ con todo lo que ello supone de incentivo a los fenómenos de externalización y descentralización productiva y de potenciación del trabajo aparentemente autónomo.

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es que esta generalización del Internet 2.0 y de estas nuevas aplicaciones, prácticamente universalizadas, permitieron, junto con el desarrollo una mayor concienciación ecológica y el deseo de rehumanizar y horizontalizar este tipo de relaciones⁷⁰, la potenciación de viejas fórmulas altruistas y no profesionales de intercambio de servicios personales en el uso compartido de bienes⁷¹. Viejas fórmulas, como los bancos de tiempo, el *carpooling* o la *covoiturage*, adquirieron así mecanismos de gestión fáciles y seguros que, unidos a otros factores, permitieron la rápida expansión de lo que sin duda constituye el núcleo más estricto, pero al mismo tiempo más claro e indubitado de lo que se ha dado en llamar economía colaborativa, compartida o de la puesta en común. La idea originaria de la bien conocida *coachsufing* puede ser un excelente ejemplo de lo que decimos y de este modelo de economía basada en el altruismo, el trueque, la sostenibilidad ambiental y la buena voluntad, reforzada ahora por el desarrollo exponencial de estas nuevas tecnologías de la comunicación.

El problema, al menos a nuestro juicio, es que junto a este primer modelo, pronto nacieron y se desarrollaron otros en los que las plataformas adquirieron ya un tinte comercial o de servicio económico, obteniendo ingresos en la construcción de estas comunidades, ya sea por la comercialización de espacios publicitarios en actividades aún no monetarizadas, altruistas o basadas en el simple trueque, o, dando un paso más allá, mediante el pago, ya sea de una cierta cantidad para el acceso al servicio digital, o mediante la retención de parte de los pagos que, a través de sus propias pasarelas⁷², ahora sí se realizan entre las partes -aunque aquellas cantidades lo fuesen simplemente como mera compensación a prorrata de los gastos ocasionados por la realización del servicio o por el uso temporal de

⁶⁸ En un sentido similar, por mencionar alguno, GOUDIN P. (2016) *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal Challenges and Opportunities*, European Added Value Unit; Brussels, p. 12.

⁶⁹ Por todos, DEGRYSE, C (2016), *Digitalisation of the Economy and its impact on labour markets*, ETUI aisbl, Brussels, p. 7 y ss.

⁷⁰ Sobre estas ideas fuerza de los distintos actores véase a LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p.11 y ss.; HATZOPOULOS, V., ROMA, S. (2017) "Caring for Sharing?...", cit., p. 82 y ss. Igualmente GAUTHIER, G. (2016), "El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparada: apps, smartphones y trabajo humano", en Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, V. 19, n. 37, DOI: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p117> p. 117 y ss.

⁷¹ Y ello ya que como recuerda con acierto FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016) "Las empresas...", cit., p. 38-39 la utilización de aplicaciones y plataformas no es en sí un elemento definitorio de la economía colaborativa.

⁷² Para ejemplos de ambos tipos de sistemas, con posibles combinaciones, véase EUROFOUND (2015) *New forms of employment*, Luxembourg, Publications Office of the European Union, p. 110, disponible en https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1461en.pdf . Por otra parte, la cuantía de estos "transaction fees" puede variar considerablemente de una a otra plataforma, desde el tres al veinte por ciento - KATZ, V., (2015) "Regulating ...", cit., p. 1072-.

un bien-.

Esta monetarización y mercantilización⁷³ va a permitir igualmente el desarrollo, junto con las anteriores, de plataformas digitales “disruptivas”⁷⁴, creadoras de mercados, no ya solo locales o nacionales, sino también con una clara vocación universal; mercados abiertos al intercambio, tanto en el uso de una amplia variedad de bienes o de servicios –generalistas-, como de un tipo más o menos concreto de aquellos –especializadas-, y en los que además, el servicio podía prestarse y remitirse o bien a distancia, mediante medios telemáticos –on line-, o bien desarrollarse físicamente y de forma necesariamente presencial –off line-. En cualquier caso, uno de los rasgos más llamativos de estas plataformas digitales –cuyo uso, además, se ha visto fomentado por las últimas crisis económicas ante el deseo tanto de incrementar el ahorro, como de obtener ingresos extras por bienes en muchas ocasiones infrautilizados⁷⁵- es, como decimos, que ante la ausencia de un poder público que regule este nuevo tipo de mercados supraterritoriales, serán las propias plataformas las que lo hagan de forma análoga a lo que aconteció en su momento con los mercados locales y con los nacionales, pero bajo reglas ahora estrictamente privadas. De este modo serán estas plataformas y sus propias aplicaciones la que crearán las condiciones o criterios –¿normas?- tanto de acceso como de permanencia en estos nuevos “mercados” mediante, eso sí, simples contratos de adhesión; serán estas mismas plataformas y aplicaciones las que regulen en muchas ocasiones las normas de intercambio de este uso de bienes o de servicios y de seguridad en el tráfico, imponiendo normalmente el uso de pasarelas y reglas de pago propias; o las que, por último, intentarán evitar los posibles defectos de información mediante mecanismos o instrumentos reputacionales, para uno o para ambos lados de estos mercados, asentados sobre valoraciones públicas de previas transacciones en las que se haya participado.

En cualquier caso, el problema con el que finalmente nos enfrentamos se plantea cuando junto a estas plataformas “horizontales”, dotadas de unas mínimas reglas⁷⁶, que únicamente facilitan el encuentro real entre oferentes y demandantes en el uso temporal de bienes y servicios, aparecen, como decimos, plataformas fuertemente integradas desde una perspectiva vertical. Ciertamente estas plataformas pueden ser vistas igualmente como creadoras de mercados (*market makers*) en los que posteriormente intermedian, permitiendo el acceso a los mismos y el encuentro entre oferentes y demandantes de bienes y servicios de uso temporal. El problema, como decimos, es que junto a esta

⁷³ Este término en GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016), “Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU.”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 187., p. 163 y 164.

⁷⁴ Con mayor profundidad FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016) “Las empresas...”, cit., p. 36 y ss.; KATZ, V., (2015) “Regulating...”, p. 1069.

⁷⁵ Por todos, GOUDIN P. (2016) *The Cost of Non-Europe...*, cit., p.12.

⁷⁶ Que en ocasiones abarcan la fijación de un precio mínimo de servicios personales y en otras no. Ejemplos de unas y otras en EUROFOUND (2015) *New forms of employment...*, cit., p. 110. En este sentido, es cierto que como señala KATZ, V., (2015) “Regulating ...”, cit., p. 1072 todas estas plataformas colaborativas – al menos las que cobran por su uso- ejercen un cierto grado de control sobre todas las transacciones realizadas en su seno, necesario sin duda para dotar de confianza y reducir los costes de transacción. Pero obsérvese que a nuestro juicio la cuestión no se centra en la existencia de tales mecanismos, sino en su intensidad; o, en otras palabras, cuando estamos ante unas reglas mínimas que permiten construir un mercado al que acuden las partes realmente autónomas, y cuando, por el contrario, estamos ante una regulación tan completa que lo que existe es una ordenación de factores de producción para producir un servicio homogéneo que se ofrece al mercado. Pero sobre ello volveremos inmediatamente.

perspectiva clásica y segmentadora, que compartimenta el papel del creador e intermediario electrónico –servicio de la sociedad de la información- de los oferentes de bienes y servicios, -prosumidores convertidos en aparentes autónomos-, cabe otra más integradora y material.

Esta segunda perspectiva es, como ya hemos visto, la que parecen haber acogido la mayor parte de los tribunales europeos en relación con UberPop y parte, en esencia, de que en estos casos el papel integrador de la plataforma y de sus aplicaciones dista mucho del de simple y mero creador –y más tarde intermediador mediante una singular actividad electrónica con reminiscencias de corretaje⁷⁷- de estos singulares mercados. Muy al contrario, más que ante una clásica plataforma en un mercado multilateral⁷⁸, nos encontraríamos ante la titular de los elementos productivos principales –la plataforma y la aplicación- que le permitirían organizar y dirigir el resto de factores de producción que ahora se convertirían en accesorios –lo característico de esta tercera revolución industrial- y que son canalizados para prestar un servicio específico a un mercado concreto como es, en este caso, el del transporte; un servicio subyacente, en definitiva, al que la plataforma dota de unas características específicas para competir con otras aplicaciones o prestadores de estos servicios ajenos a la misma; y unas características que, obsérvese, identificarían estos servicios, no ya con el materialmente fungible prestador en cada momento del servicio físico, sino con el tipo de prestación uniformada que articula la plataforma/aplicación, y que se ofrece, por tanto, a los consumidores materialmente como una marca.

En otras palabras, y por llevarlo al caso concreto, cuando utilizamos UberPop no buscamos, seleccionamos y contratamos en este teórico “mercado” a un concreto transportista por las características propias y específicas de aquel y del servicio específico que presta; acudimos realmente a un proveedor de un servicio estandarizado según sus reglas –Uber-. Y ello ya que es la propia plataforma la que mediante fórmulas materialmente vinculantes en el proceso de entrada –requisitos de acceso- y de mantenimiento -manual del conductor, posibilidad de desconexión por incumplimientos del mismo- fija un servicio cuyo coste, además, es ella la que lo fija y lo percibe materialmente. Se trata, por tanto, de un servicio estandarizado e identificado por la -y con la- plataforma/aplicación, que garantiza a sus usuarios una actividad que se realizará con unos medios normalizados, por un personal estandarizado, y con unas características –música, limpieza, recogida, ayuda en caso de lluvia- igualmente prefijadas e identificativas del servicio que para el lenguaje común prestaría la propia plataforma mediante sus transportistas⁷⁹. De hecho, y al menos a nuestro juicio, sería esta específica búsqueda de una identificación y distinción de tales servicios frente al resto de competidores, de este carácter material de “marca”, en el que las características específicas del concreto prestador individual pierden materialmente importancia, la que nos permitiría distinguir cuando a través de la plataforma se presta un mero servicio de

⁷⁷ Más ampliamente, RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., (2017) “El servicio de mediación electrónica y las obligaciones de las plataformas de economía colaborativa”, en AAVV., *La regulación de la economía...*, cit., p. 130 y ss.

⁷⁸ Sobre estos conceptos son de interés las aportaciones de MONTERO PASCUAL, J.J. (2017) “La regulación...”, p. 25 y ss. y SORIA BARTOLOMÉ (2017) “Aspectos económicos de la economía colaborativa”, en AAVV., *La regulación de la economía...*, cit., p. 72 y ss.

⁷⁹ Véase en este sentido HATZOPOULOS, V., ROMA, S.,(2017) “Caring for Sharing?...”, cit., p. 96 y ss.

intermediación electrónica –normalmente incardinable en los servicios de la sociedad de la información-, escindible o separable del servicio presencial o cuando, por el contrario, por su trascendencia e intensidad esta preordenación de los servicios a los que puede accederse por la misma la convierten en algo más, en el prestador igualmente de un servicio específico y distinto, que, además, y en esta ocasión, se desarrolla de manera física y, por lo tanto, fuera del ámbito coordinado y del comercio electrónico. Y todo ello, claro está, dejando a un lado las más que serias dudas sobre la posible consideración de UberPop como un ejemplo de economía colaborativa, al menos desde la perspectiva de eficiencia energética y menor huella ecológica⁸⁰.

En definitiva, y por recapitular, cuando nos encontramos ante una plataforma horizontal, abierta al comercio de una amplia amalgama de productos o servicios y en el que las reglas se limitan a la configuración general de mismo, creando simplemente un espacio virtual donde libremente las partes pueden actuar, encontrarse y negociar las condiciones fundamentales del intercambio, resulta evidente que el titular de la plataforma solo crea este mercado, actuando por tanto -si cumple con las exigencias antes señaladas-, como una empresa de servicios de la sociedad de la información que fomenta el encuentro entre oferentes y demandantes cuyas características personales y profesionales sí son valoradas y entran en concurso y competencia entre sí.

En cambio, cuando nos encontramos ante una plataforma estrictamente vertical y profundamente integrada, en la que bajo la apariencia de la creación de un mercado, lo que se hace realmente es construir una auténtica organización productiva en línea o en red; cuando utilizando la actual centralidad del tratamiento de la información sobre los viejos medios materiales de producción, lo que hace la plataforma es fijar los precios de los servicios y señalar las condiciones básicas en las que estos han de prestarse –los elementos centrales del negocio aparentemente subyacente- impidiendo en gran parte la individualización de los teóricos prestatarios, la competencia entre los mismos y la capacidad de negociación entre estos y los teóricos usuarios; cuando, en definitiva, el poder organizativo de la plataforma hace que lo que solicitemos no sea realmente el servicio de un concreto prestador, seleccionado en función de sus características específicas, sino un servicio identificado incluso por y con la misma plataforma –piénsese en el carácter más informal de los servicios “de” Lyft frente a los “de” Uber-, difícilmente cabrá sostener, en definitiva, que nos encontramos ante meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, desligados del servicio físico en el que teórica o formalmente solo intermediarían⁸¹.

⁸⁰ Véase en este sentido la opinión de GINÈS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites...”, cit., 3. Igualmente, y de forma más general, puede consultarse a LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 13 quien plantea incluso la necesidad de un análisis casuístico del impacto de la economía “de la fonctionnalité” teniendo en cuenta los efectos sustitución y rebote.

⁸¹ En contra, por ejemplo, BARNÉS, J. (2017) “Un falso dilema: taxis vs Uber” en *Diario la Ley*, n. 8942, Sección Tribuna, 16 de marzo de 2017, quien sostiene la naturaleza de servicios de la sociedad de la información de la actividad de intermediación de Uber distinguiéndola de los servicios subyacentes de transporte. Igualmente, reconduce indiscriminadamente el régimen jurídico de estas plataformas a los servicios de la sociedad de la información MONTERO PASCUAL, J.J. (2017) “La regulación de la economía colaborativa”, en AAVV. *La regulación de la economía colaborativa. Airbnb, BlaBlaCar, Uber y otras plataformas*, (director MONTERO PASCUAL), Tirant Lo Blanch, Valencia, p. 38 y ss. así, como del mismo autor y en la misma obra MONTERO PASCUAL, J.J.. (2017), “El régimen jurídico de las plataformas...”, cit., p. 104.

De hecho, esta necesaria diferenciación y sus consecuencias han sido reconocidas por la propia Comisión Europea al señalar como en determinados supuestos una plataforma puede llegar a ser también un proveedor del servicio subyacente y, por tanto, estar sujeta a la normativa sectorial específica, incluidos los requisitos de autorización y concesión de licencias empresariales aplicados por lo general a los prestadores de servicios⁸².

Intentando simplificar la argumentación de la Comisión, baste destacar como, de acuerdo con la misma, y en estos casos, resultaría necesario valorar varios elementos de hecho y de Derecho que definirían el nivel de control o influencia que la plataforma colaborativa ejerce sobre el prestador de tales servicios. En particular, la Comisión señala tres criterios que valora como “claves”, junto a otros dos que también podrían desempeñar, al parecer más limitadamente, un cierto papel en esta calificación. Los tres indicios claves se centrarían, según esta institución, en aspectos relativos al precio del servicio, a la determinación de otras condiciones contractuales clave y a la propiedad de los activos igualmente centrales para el desarrollo del servicio físico o no electrónico. Así, en relación con el primero, la Comisión considera “central” analizar si la plataforma colaborativa fija o no el precio final que debe pagar el usuario como beneficiario del servicio subyacente, si la plataforma solo recomienda un precio o si, en el otro extremo, el prestador de los servicios subyacentes es completamente libre de adaptar el precio fijado por una plataforma colaborativa. En relación con el segundo indicio, la Comisión destaca la conveniencia de analizar si la plataforma colaborativa establece o no los términos y condiciones distintos del precio que determinan la relación contractual entre el prestador de los servicios subyacentes y el usuario (por ejemplo, dando instrucciones obligatorias sobre la prestación del servicio, incluida cualquier obligación de prestarlo). Y finalmente, en relación con el tercero, la institución europea se limita a plantear la necesidad de distinguir en función de si la plataforma es o no la titular de los activos clave para prestar el servicio subyacente. En palabras de la propia Comisión, cuando se cumpliesen estos tres criterios habría “indicios claros de que la plataforma colaborativa ejerce una influencia o control significativos sobre el prestador del servicio subyacente, lo que puede indicar a su vez que debe considerarse que presta también el servicio subyacente (además de una servicio de la sociedad de la información)”.

Por el contrario, en JARNE MUÑOZ. P. (2015), “Uber ante el Tribunal de Justicia...”, cit., p. 120 la incidencia de estos “soportes electrónicos” aunque con “incidencia habrá de ser planteada necesariamente como accesoria, no resultando apta en consecuencia para desvirtuar la calificación de la actividad desarrollada por Uber como de transporte”. Desde una perspectiva más amplia, y en una línea aún más restrictiva con la posible consideración de estas plataformas colaborativas electrónicas de prestación de servicios como empresas que se limitarían a prestar servicios de sociedad de la información véase GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, en *Revista Derecho Social y Empresa*, n. 6, diciembre 2016, p. 14 y 15; y ello, no tanto por considerar que cuando estas plataformas intervienen de forma clara, activa y directa en la prestación de servicios, en la fijación del sistema de retribución, en el establecimiento de recomendaciones o instrucciones de la prestación, en el sistema de evaluación para controlar la actividad o se reservan la capacidad de desconectar a los prestadores “pierden la condición de meras empresas tecnológicas” –lo que evidentemente sucede, al menos a nuestro juicio, en Uberpop-, sino por el hecho de que la autora traslada estas conclusiones al caso de Amazon Mechanical Turk en el que esta consideración como plataforma vertical suscita, por las peculiaridades de la misma, muchas más dudas, al menos al autor de estas líneas.

⁸² Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las regiones, “Una Agenda Europea para la economía colaborativa”, COM(2016) 356 final, Bruselas, 2.6.2016, p. 6.

Además, y junto a estos tres y como otros criterios que “en función del caso podrían también desempeñar un papel”, la Comisión resalta aspectos como que plataforma colaborativa sufrague o no los gastos y asuma o no todos los riesgos relacionados con la prestación del servicio subyacente, o –obsérvese la ubicación- si existía o no una relación laboral entre la plataforma colaborativa y la persona que presta el servicio subyacente en cuestión.

En conclusión, y en palabras de la propia Comisión, “estos elementos podrían indicar que la plataforma colaborativa ejerce un gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente. En cambio, las plataformas colaborativas pueden estar solamente asistiendo al prestador de los servicios subyacentes al ofrecer la posibilidad de realizar determinadas actividades que son auxiliares con respecto a los servicios principales de la sociedad de la información ofrecidos por la plataforma como intermediaria entre el prestador de los servicios subyacentes y sus usuarios (p. ej., modalidades de pago, cobertura de seguro, servicios postventa, etc.). Esto no constituye por sí mismo una prueba de influencia y control por lo que respecta al servicio subyacente. Del mismo modo, la oferta de mecanismos de evaluación o calificación tampoco es por sí misma una prueba de influencia o control significativo. Sin embargo, en general, cuanto más gestionan y organizan las plataformas colaborativas la selección de los proveedores de los servicios subyacentes y la manera en que se prestan dichos servicios —por ejemplo, verificando y gestionando directamente la calidad de los servicios—, más evidente resulta que la plataforma colaborativa puede tener que ser considerada también ella misma como proveedora de los servicios”.

En definitiva, coincidimos con la Comisión en que lo realmente importante a estos efectos sería el nivel real y efectivo de control e influencia que la plataforma/aplicación tenga materialmente en la determinación de las obligaciones que aparentemente surgirían entre las partes. El problema es que, como en todo concepto jurídico indeterminado, junto a supuestos de absoluta certidumbre positiva – por ejemplo, cuando los medios materiales con los que se realiza el servicio son propios de la plataforma, que también es la empleadora de las personas físicas que los llevan a cabo, fijando el precio y las condiciones de intercambio y asumiendo el riesgo de la misma- o negativa –cuando, en cambio, el precio y las condiciones del intercambio fueran fijadas de forma absolutamente libre por las partes, compitiendo los oferentes y demandantes entre sí en el intercambio de bienes o servicios prestados con sus propios medios y corriendo ellos mismo con los riesgos derivados de aquellos- existirían importantes zonas de penumbra en donde, por desgracia se posicionan buena parte de estas aplicaciones.

Es en esas zonas de incertidumbre donde se aprecia, sobre todo en su argumentación, un cierto deseo –al menos a nuestro juicio- de excluir esta influencia por parte de la Comisión⁸³. Y ello porque, al menos a nuestro juicio, no sería absolutamente necesario que se diesen los tres elementos clave –y especialmente la titularidad de los bienes- para que pudiera apreciarse un claro indicio de control e influencia. La predeterminación, de hecho o de derecho, del precio y del contenido general de las prestaciones subyacentes

⁸³ Esta perspectiva “pro-sharing” de la Comunicación de la Comisión también es detectada por HATZOPOULOS, V., ROMA, S., “Caring for Sharing?...”, cit., p. 98 quienes igualmente destacan como siguiendo el test propuesto por la Comisión resultaría bastante difícil alcanzar la conclusión de que la plataforma participa activamente en el servicio subyacente.

debiera ser bastante para constatar cómo, más que ante la creación de un mercado en el que se intermedia, lo que nos encontramos es ante una auténtica empresa en red, organizada y dirigida por la plataforma/aplicación, que ofrecería un servicio estandarizado y con el que se la identifica –a ella y no a los “colaboradores”-. Del mismo modo que parece evidente que la utilización de trabajadores propios impide ya desde un principio, y como indicio no accesorio sino central, hablar de una mera intermediación y no de un servicio específico prestado físicamente por la misma plataforma que ha tramitado, eso sí, por vía electrónica su contratación. En definitiva, que lo fundamental sería medir el grado y la intensidad de este control e influencia en la caracterización del producto ofrecido a los consumidores, sin dotar de mayor importancia a meros indicios, ni exigir rígidamente reglas acumulativas que podrían terminar por desvirtuar el elemento nuclear: esto es, el control e influencia de la plataforma en la configuración y control de los servicios subyacentes. Y todo ello, claro está, sin olvidar que si bien la utilización de trabajadores propios de la plataforma en la prestación de dichos servicios físicos, o de bienes centrales para la misma de su propiedad excluiría segura y radicalmente su pretendida ajenidad del servicio físico, lo contrario –esto es la no utilización de bienes o personal formalmente propio- no tendría que conducir necesariamente a la conclusión contraria –su mera consideración como intermediario de la sociedad de la información- sobre todo cuando de otros rasgos, señaladamente la predeterminación del precio y de los rasgos esenciales de la prestación, pueda deducirse el tantas veces mencionado control o influencia.

En cualquier caso, lo que sí es cierto es que las recientes conclusiones del Abogado General Szpunar en el ya mencionado Asunto C-434/15⁸⁴ –conocidas una vez concluida la redacción inicial de este trabajo- parecen seguir esta vía. De acuerdo con las mismas, Uber no podría o debería ser considerada como una simple plataforma de uso compartido de vehículos cuya actividad se limitaría a intermediar entre oferta y demanda. Para el Abogado General, esta plataforma haría “bastante más”, al ser ella misma la que no solo crea la oferta, regulando “sus características esenciales”, sino que organiza también su funcionamiento –puntos 42 y 43-. Uber controlaría así “los factores económicamente pertinentes del servicio de transporte ofrecido en su plataforma” –p- 51-, lo que excluiría la posibilidad de considerarla como “un mero intermediario entre conductores y pasajeros”, considerando como secundaria la actividad de transporte. Muy al contrario, en este caso, este tipo de prestación sería sin lugar a dudas la principal y la que le confiere su sentido económico –p. 64-, más aún ante el sinsentido que supondría –concluye Spuznar- admitir teóricamente la intermediación, pero prohibir formalmente la actividad de transporte sin la cual aquella carece de sentido –p. 65 y 66-.

6 LA IMPORTANCIA DE ESTA CUESTIÓN PARA EL DERECHO DEL TRABAJO Y DEL PROPIO DERECHO DEL TRABAJO PARA SU RESOLUCIÓN

Pues bien, todo lo antes dicho nos permite alcanzar finalmente el objetivo real y central de este trabajo: esto es, mostrar la trascendencia de esta cuestión para el Derecho Social

⁸⁴ ECLI:EU:C:2017:364, disponible en <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1319703>

y, en sentido opuesto, la importancia que también ostenta, al menos a nuestro juicio, el propio Derecho del Trabajo para solventar esta misma cuestión. Pero vayamos nuevamente por partes.

6.1 La trascendencia de esta calificación para el campo Social del Derecho

En este sentido, es cierto, en primer lugar, que el carácter normalmente mercantil, económico-administrativo o simplemente administrativo-sancionador de esta cuestión podría hacernos creer que la misma carece toda relevancia o trascendencia a efectos laborales. De hecho, la cuestión que da origen a este comentario se plantea en la Sala Tercera del Tribunal Supremo, en relación con la impugnación de una específica sanción administrativa y se conecta inevitablemente con otras en el campo de la competencia desleal. De ahí que de forma quizás apresurada pudiera pensarse que las consecuencias jurídico-sociales de este debate, y en especial, de la posible ilegalización definitiva de esta actividad, limitarían su impacto a las posibles consecuencias sobre las relaciones laborales –que de hecho o de derecho hubiera podido establecer dicha mercantil- y, consecuentemente sobre las posibles actas de infracción que, en su caso, hubiera podido levantar la ITSS⁸⁵. Y, sin embargo, creemos que esto no es en absoluto así.

En realidad, el objeto contencioso planteado -esto es, la calificación de este tipo de empresas como prestadoras solo de servicios de la sociedad de la información o, por el contrario, de servicios complejos que incluiría el transporte- puede llegar a tener una notable trascendencia, en primer lugar, en relación con el progresivo y conocido debate sobre la naturaleza laboral o no de la relación entre Uber y sus conductores y, más en general, en relación con la posible calificación como laboral de las relaciones que pudieran existir entre este tipo de plataformas y los prestadores de servicios que las utilizan y que, como regla general, suelen ser identificados como autónomos. Intentaremos explicarnos.

A nuestro juicio, si tanto el Tribunal Supremo como el Tribunal de Justicia a nivel europeo calificaran finalmente a Uber como un simple intermediario, como una mera empresa de servicios de la sociedad de la información, que intermedia pero no presta un servicio físico -en este caso de transporte-, dicha declaración supondría, al menos a nuestro juicio, un obstáculo no ya serio, sino casi insalvable –siempre, claro está, que queramos conservar la coherencia del sistema-, para cualquier intento de articular una relación laboral entre estos mismos prestadores de servicios físicos y la plataforma/aplicación. Asumir esta perspectiva supondría, al menos en nuestra opinión, partir, acoger e impulsar una opción en la que la plataforma/aplicación se limitaría a crear un mercado y a fomentar la contratación del tipo de servicios entre autónomos y consumidores, rechazando por tanto implícitamente la posible existencia de relaciones laborales entre la plataforma y el prestador del servicio físico. Y ello ya que, al menos a nuestro juicio, esta consideración como mero intermediario solo sería asumible si se parte de la ausencia de toda relación laboral entre la mercantil y estos conductores, ya que solo así cabría hablar de la necesaria bilateralidad en la actividad de intermediación, máxime si, como recuerda la propia DCE en su considerando 18, “la relación contractual entre un

⁸⁵ Véase Inspecció de Treball de Catalunya de 9 de marzo de 2015 derivado de actuaciones realizadas a la empresa Uber Systems Spain, S.L. (núm. expediente 8/0025767/14)

empleado y su empresario no es un servicio de la sociedad de la información”. Y si esto es así con una plataforma vertical fuertemente integrada, lo mismo podría sostenerse, obviamente, con otras plataformas de este mismo tipo. De hecho, no es en absoluto casual que la mayor parte de autores que sostienen este carácter de meros prestadores de servicios de la sociedad de la información, tanto de UberPop como, en general, de las restantes plataformas digitales, coincidan igualmente en rechazar de plano la posible existencia de una relación laboral entre estos conductores y la correspondiente mercantil⁸⁶.

En cambio, y esto es importante destacarlos, la conclusión no sería necesariamente la opuesta –esto es, la laboralidad de las relaciones de servicio- si se optará por considerar a Uber y a UberPop como empresas y servicios de transporte. En este sentido es cierto que tal calificación es, como hemos dicho anteriormente, un requisito seguramente casi necesario para la posible calificación como laboral de tal relación entre estas dos partes; pero, al menos a nuestro juicio, debe destacarse como aún siendo necesaria, no sería, sin embargo, por sí misma suficiente.

En este sentido, es cierto que si esta calificación judicial de la naturaleza de la actividad de la aplicación se basase finalmente en el reconocimiento de la intensidad de control que esta plataforma/aplicación ejerce, no ya solo en la fijación real del precio, sino y sobre todo, en los elementos centrales de la prestación del servicio, tales rasgos debieran ser igualmente valorados como fuertes indicios de la posible laboralidad de la relación que media entre la mercantil y el prestador de servicio –y no, obsérvese, con el posible consumidor del servicio-, sobre todo por lo que esto supondría de reconocimiento de una indiciaria dependencia jurídica.

Pero obsérvese que ello no impediría, en primer lugar, que como consecuencia de exclusiones constitutivas –por ejemplo, art. 1.3.g ET en relación con otras aplicaciones de Uber- o, en segundo lugar, por la mera utilización de otros elementos o indicios específicos en el juicio de laboralidad –que desde esta perspectiva sería solo parcialmente coincidente al analizado con anterioridad- condujera a considerar estas relaciones como autónomas o por cuenta propia. De hecho, nada impediría que un empresario “digital” prestará servicios de transporte ya sea mediante trabajadores por cuenta ajena o mediante verdaderos autónomos. Lo que en cambio parece incompatible, como ya hemos señalado, es que una empresa exclusivamente intermediaria pudiera tener trabajadores por cuenta ajena destinados a prestar un servicio que, por su propia naturaleza física, quedaría excluido expresamente de la DCE y subsumido inexcusablemente en el ámbito, en este caso, del transporte.

6.2 La inversa: la trascendencia de la posible laboralidad de la relación sobre la calificación jurídica de estas plataformas

Pues bien, esta última conclusión nos conduce directamente al segundo aspecto que nos interesa destacar aquí.

Como ya hemos visto, hasta el momento la cuestión de la laboralidad o no de la relación

⁸⁶ Por todos, muy claramente, MONTERO PASCUAL, J.J. (2017) “La regulación...”, cit., p. 41 quien se refiere a un “análisis desenfocado” para referirse a aquellos estudios que han sostenido la posible existencia de relaciones laborales en este ámbito.

entre los conductores y UberPop ha sido considerada, todo lo más, como un aspecto o un factor menor o simplemente intrascendente en la mayoría de estos debates. Así, por ejemplo, en el ya analizado Auto n. 15/2017 de 23 de enero de 2017, la Sección Vigésimoctava de la Audiencia Provincial de Madrid consideraba que, a estos efectos, el análisis de la calificación como laboral o mercantil, como dependiente o como autónoma del trabajo o de los servicios prestados por los conductores a Uberpop no era “preciso” o necesario en ese momento; en un sentido similar, el Abogado General Szpunar en sus conclusiones del tantas veces mencionado asunto C-434/15 consideraba igualmente que la polémica relativa al estatuto de los conductores -p. 54- “es completamente ajena a las cuestiones jurídicas que nos preocupan en el presente asunto”; y finalmente, y como ya hemos visto, la Comisión Europea, ha considerado a estas cuestiones –la existencia o no de una relación laboral entre los prestadores del servicio físico y la plataforma- como, todo lo más, un indicio, aunque eso sí, no clave, en la solución de este problema.

Pues bien, como se deduce de todo lo anterior, no creemos que esta sea la perspectiva correcta. En nuestra opinión, es cierto que si del grado de control e integración de la plataforma/aplicación sobre los elementos centrales del servicio físico prestado cupiera extraer con una cierta claridad que la misma sería también la prestataria del mismo –lo que ocurría, por ejemplo, en el mencionado Auto de la Audiencia Provincial de Madrid-, la naturaleza jurídica de la relación entre la aplicación y los prestatarios de los servicios físicos ya no sería un factor de necesaria evaluación. Pero en cambio, cuando existan dudas sobre esta calificación, creemos que el análisis sobre la naturaleza laboral o no de dicha relación puede llegar a convertirse en un elemento clave –y no solo accesorio como parece sostener la Comisión- para la misma. Y ello ya que, como sostenido anteriormente, de apreciarse este carácter asalariado difícilmente cabría sostener que la plataforma/aplicación fuera única y exclusivamente una empresa dedicada a los servicios de la sociedad de la información.

6.3 En concreto, el caso UberPop

En el caso concreto de Uber y UberPop de los datos hasta ahora referidos parece extraerse la conclusión de que nos encontramos, seguramente, ante algo más que ante una mera empresa intermediaria en servicios de la sociedad de la información. Como ya hemos visto, por su grado de integración y control sobre la prestación de transporte, por la fijación de su precio –en función incluso de la demanda de los consumidores-, por la prohibición de propinas, por el proceso de selección de sus conductores, por las características requeridas a los vehículos, por las imposiciones en la prestación del servicio derivadas del denominado Manual del conductor -aparentemente orientativo, pero en la práctica vinculante-, o, por señalar un último aspecto, por las posibilidades de “desconexión” de estos mismos transportistas ligadas en ocasiones a la valoración, aparentemente realizada por los usuarios, pero asumida como propia por la plataforma/aplicación, cabría concluir excluyendo que nos encontrásemos ante una gestora de meros servicios de la información⁸⁷.

⁸⁷ Aunque de forma colateral, esta parece ser también la opinión de ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “Nuevos modelos de economía compartida: Uber Economy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales” en Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho Del Empleo, 2017, Volumen 5, núm. 1, enero-marzo de 2017, p. 10, n. 26 disponible en http://ejcls.adapt.it/index.php/rlde_adapt/article/view/458/613 y de acuerdo con la cual “esta idea” –su

En cualquier caso, lo que nos interesa destacar aquí es que a esta misma conclusión debiéramos llegar igualmente si en nuestro análisis se incorporará la vertiente ligada a la naturaleza laboral o no de la relación.

Sin poder detenernos excesivamente en esta cuestión, y asumiendo la aplicación a este supuesto de la legislación española –lo que, como veremos, no es un tema ni simple ni baladí– nos limitaremos por ahora a señalar que, como ya sostuvimos en su momento⁸⁸, y como parece ser la opinión mayoritaria en la doctrina iuslaboralista española⁸⁹, la relación que media entre Uber y sus conductores de Uberpop, aunque presente ciertamente algunas singularidades, reúne igualmente los suficientes elementos caracterizadores como para considerarla una relación laboral; una calificación esta que, por lo demás, está en línea con las conclusiones que en relación con este mismo supuesto han alcanzado la mayoría de órganos administrativos o judiciales norteamericanos⁹⁰, británicos⁹¹ o franceses⁹² y en

actuación como mero intermediario- no parece ser adecuada cuando sea la empresa quien cobra directamente el servicio del cliente para posteriormente entregarle el porcentaje que corresponda al conductor”

⁸⁸ CALVO GALLEGO, F.J. (2016), “Nuevas tecnologías y nuevas formas de trabajo”, en *Creatividad y sociedad*, n. 26, p. 229 y ss.

⁸⁹ Por mencionar algunos ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “Nuevos modelos de economía compartida:...”, cit., p. 17-18 o GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016), “Las relaciones laborales...”, cit., p. 183. Un repaso más completo en RASO DELGUE, J., “La empresa virtual:...”, cit., p. 20, n. 41, quien no obstante considera que nos encontraríamos ante “una nueva categoría de trabajador que opera conscientemente entre la subordinación y la independencia...una modalidad de trabajador semidependiente, responsable ante la autoridad del país donde trabaja (independencia) y vinculado a una organización que regula su trabajo (dependencia).”

⁹⁰ Véanse, las decisiones de la Labor Commissioner of the State of California -Berwick v. Uber Technologies, Inc., 3 June 2015- ; Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon en su decisión de 14 de octubre de 2015; de la California Unemployment Insurance Appeals Board en su decisión de 1 de junio de 2015 (Case No, 5371509 – Reopened) y del United States District Court, Northern District of California Cotter et al. v. Lyft Inc., Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015; O’Connor et al. v. Uber Technologies, Inc., et al., Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015-. Sobre el tema puede consultarse GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016), “Las relaciones laborales...”, cit., p. 166 y ss.; RASO DELGUE, J., “La empresa virtual: nuevos ...”, cit., p. 13 y ss.; GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 4 n. 12 y GAUTHIER, G. (2016), “El Derecho Laboral ante el reto de la economía comparida: apps, smartphones y trabajo humano”, en Revista da Faculdade Mineira de Direito - PUC Minas, V. 19, n. 37, DOI: <http://dx.doi.org/10.5752/P.2318-7999.2016v19n37p117> p. 117 y ss. No obstante, debemos destacar como los indicadores americanos –extraídos en muchas ocasiones del caso Borello aunque con matizaciones específicas para estas actividades derivadas de los asuntos Yellow Cab Cooperative, Inc. v. Workers' Comp. Appeals Bd. (1991) 226 Cal.App.3d 1288, 277 Cal.Rptr. 434 y Toyota Motor Sales U.S.A., Inc. v. Superior Court (Lee) (1990), No. B047423. Court of Appeals of California, Second Appellate District, Division Three. May 22, 1990- no deben ser la clave, al menos a mi juicio, para la resolución de este mismo problema en España, si bien son ciertamente indicativos, por ejemplo, de la escasa trascendencia a estos efectos de aportar un vehículo cuando se está sometido al control por parte del empleador.

⁹¹ En relación con la situación en el Reino Unido, véase nuevamente ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “Nuevos modelos de economía compartida:...”, cit., p. 16 y ss. y LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 22 quien resalta igualmente la importante decisión del London Employment Tribunal de 28 de octubre de 2016 el caso de Aslam, Mr J Farrar and Others -V- Uber, en el que, con una muy interesante argumentación –que algunos consideran al menos “audaz”-, se califica a estos conductores, ciertamente no como *employees*, pero sí, al menos como “*workers*” y no autónomos –*independent contractor*- lo que abre las puertas a que dichos conductores se beneficien de la protección por salario mínimo y de descansos pagados. El texto de esta muy interesante decisión en <https://www.judiciary.gov.uk/judgments/mr-j-farrar-and-others-v-uber/>.

⁹² Por lo que se refiere a su protección social, en Francia, y como recuerda LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 22, la URSSAF de Ile-de-France decidió en 2016 recalificar el estatuto de los

las que mayoritariamente se ha rechazado la pretendida naturaleza autónoma de esta relación ya sea a efectos contractuales o de protección social⁹³

Es cierto que en contra de este carácter se han destacado dos aspectos: por un lado, el hecho de que el conductor tenga que aportar y ser el titular de los medios materiales de transporte y tenga, además, que soportar los gastos ligados al mismo –lo que liga este fenómeno con la *shared economy*–; y, del otro, la aparente libertad del “oferente” para ponerse a disposición y para aceptar o no las propuestas de transporte recibidas vía aplicación –lo que lo incardina entre las fórmulas del *crowdsourcing* o de la denominada *on demand economy*–. Pero, como decimos, si se observa con atención, ninguno de estos obstáculos es en realidad suficiente para eliminar la existencia de una dependencia aún dulcificada y “digital” que sería sin duda lo fundamental a este respecto y lo que permitiría al menos sostener la posible laboralidad de dichas relaciones⁹⁴.

Comenzando por lo primero, seguramente el dato previo del que resulta necesario partir es que, obviamente, y por la propia configuración de Uberpop, no nos encontramos ante sujetos que sean titulares de una autorización administrativa al amparo de la cual desarrollen la actividad de transporte. Si esto fuese así, la exclusión constitutiva del ámbito laboral del art. 1.3 ET seguramente haría inútil la cuestión⁹⁵. El problema, como decimos, es que en este supuesto, por su propio modelo de negocio, UberPop parte de la ausencia de dicha autorización, lo que conduce a aplicar, al menos en este punto, la jurisprudencia previa a la reforma de 1994⁹⁶. Y esta es quizás el ejemplo más claro de que

conductores de Uber como asalariados iniciando incluso acciones judiciales contra Uber tanto por las cuotas correspondientes como por trabajo no declarado.

⁹³ Por el contrario, LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 23- señala como en el caso belga, el Secretario de Estado para la lucha contra el fraude social del gobierno federal anunció en noviembre de 2015 que, de acuerdo con un estudio de la Oficina Nacional de Seguridad Social, sus servicios consideraban a los conductores de Uber como trabajadores independientes. Por ello este mismo autor manifiesta sus dudas en relación con la naturaleza laboral o no de estas relaciones en Bélgica, si bien sí parece considerar como tales las de otras plataformas o aplicaciones similares como Deliveroo o Uber Eats en donde los rasgos tradicionales de dependencia se den con mayor vigor. No obstante, resulta igualmente interesante el acuerdo alcanzado entre estas empresas y la cooperativa Smart en virtud del cual los “repartidores” de estas plataformas podrían concluir un contrato de trabajo con Smart con el objetivo de unas condiciones de trabajo decentes. De acuerdo con aquel protocolo Smart asumiría la entera responsabilidad social como empleador si bien serían aquellas empresas las responsables de una declaración completa de las horas trabajadas, asumiendo además un compromiso mínimo de tres horas desde la primera carrera, el reembolso de los gastos profesionales o un seguro de accidentes de trabajo. Más información en <http://smartbe.be/fr/news/coursiers-velo-plus-quun-casque-et-des-genouilleres/>

⁹⁴ Sobre la necesaria interpretación de esta dependencia desde las nuevas exigencias productivas véase, por ejemplo, FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016) “Las empresas...”, cit., p. 49. Igualmente GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 16 y ss.

⁹⁵ Planteando si en estos casos podría ser relevante su hipotética consideración como TRADE, GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016), “Las relaciones laborales...”, cit., p. 187 y 188. En cualquier caso, es obvio que esta exclusión puede tener trascendencia a los efectos de otras aplicaciones como UberX, por lo que parece activas en España - ARAGÜEZ VALENZUELA, L. “Nuevos modelos de economía compartida:...”, cit., p. 15- en la que a los conductores de la App se les requiera estar en posesión de una licencia o autorización de arrendamiento de vehículos con conductor. Sobre las licencias VTC y su evolución en España puede consultarse CARBONELL PORRAS, E (2016), “Competencia y mercado...”, cit., punto II para su evolución, punto IV para la situación actual y punto V para una valoración de la posición crítica de la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia.

⁹⁶ En general, y por todos, LUJÁN ALCARAZ, J. (2009) “Los transportistas en las fronteras del contrato de trabajo: calificación jurídico-laboral de la actividad de transporte” en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n. 83, p. 101 y ss.

cuando los materiales aportados por el trabajador no son realmente significativos, importantes y/o fundamentales en la concreta realidad socioeconómica, ni le dotan de una auténtica estructura empresarial, no deberían considerarse impedimento para su hipotética consideración como asalariado deducida de otros factores⁹⁷.

En realidad, en este tipo de empresas “en la nube” los verdaderos medios de producción, lo fundamental y a lo que sigue lo accesorio, lo que permiten el control del negocio son los elementos tecnológicos; es la inversión en tecnología -que crea la plataforma virtual- la parte realmente costosa y fundamental, sobre todo si la comparamos con los instrumentos aportados por los conductores que a estos efectos resultan insignificantes en la dinámica, en la gestión y en el control organizativo de la actividad⁹⁸. En este tipo de empresas en la nube, propias de la tercera o cuarta revolución industrial, los elementos organizativos básicos han dejado de ser por tanto los concretos medios físicos de producción, que se han generalizado y universalizado, perdiendo por tanto su rasgo de clásica barrera de entrada al sector. De ahí que el elemento clave sean ahora las aplicaciones o plataformas⁹⁹ –no deja de ser llamativo que Uber sí ponga a disposición de sus conductores un móvil iPhone con la aplicación¹⁰⁰- que permiten este tipo de negocios globales asentados sobre economías de escala y que distan mucho de ser simples empresas de servicios tecnológicos para convertirse en auténticas prestadora de servicios –poder de organización- en este caso de transportes.

E igualmente secundario, al menos a nuestro juicio, es la aparente capacidad del conductor de organizar unilateralmente los momentos en los que presta sus servicios. En primer lugar, porque, como ya puso de manifiesto el Informe de la Inspección de Trabajo en Catalunya antes mencionado, esta capacidad es, en ocasiones, más teórica que real: lo cierto es que Uber puede “desactivar” al conductor que rechace demasiados viajes, del mismo modo que la plataforma se reserva igualmente el derecho a desactivar al conductor si no trabaja en al menos 180 días¹⁰¹. Y todo ello tras recordar la presencia de un sistema

⁹⁷ Véase, por todas la originaria Tribunal Supremo (Sala de lo Social) Sentencia de 26 febrero 1986 (RJ 1986\834) que ya señalaba la importancia del “medio utilizado, por su inferior coste inicial y de mantenimiento y difusión de uso, no es más que un elemento auxiliar, secundario, de la actividad personal, sin que en modo alguno tenga por fin el contrato su explotación económica, actividad personal que no es algo que en la empresa demandada tenga naturaleza subsidiaria en relación a otra principal, sino que constituye su fundamental objeto social, de tal modo que esos factores, carácter secundario de la aportación no personal del trabajador, y constituir el trabajo de éste, la actividad principal, la razón de ser de la empresa, impiden aplicar aquella doctrina a la realidad social, de reciente aparición en un uso generalizado, que por primera vez se examina por esta Sala”. Un ejemplo de la continuación en la aplicación de estos criterios cuando no existe obligación de autorización administrativa en las STS (Sala de lo Social) de 19 diciembre 2005 (RJ 2006\33); 18 octubre 2006 (RJ 2006\8986) y 22 de enero de 2008 (RJ 2008\1978) En palabras de CABALLERO PÉREZ M. J- (2006) “La laboralización de los transportistas con vehículo propio y la STS 19 diciembre 2005”, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, n. 13, esta titularidad de los medios por parte del trabajador solo sería relevante cuando estos tengan una “entidad económica suficiente como para hacer de su explotación el elemento definidor y la finalidad fundamental del contrato”.

⁹⁸ TODOLI, A. (2015). El impacto de la “Uber economy” en las relaciones laborales los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo” en *IUSLabor*, (3), 1-25

⁹⁹ Como expresivamente recuerda DEGRYSE, C., *Digitalisation of the Economy...*, cit., p. 13: “These information platforms become, so to speak, the factory of the 21st century”.

¹⁰⁰ Como señaló la tantas veces mencionada actuación de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social en Cataluña. Véase ARAGÜEZ VALENZUELA, L “Nuevos modelos de economía compartida:...” cit., p. 12

¹⁰¹ Por todos, ARAGÜEZ VALENZUELA, L “Nuevos modelos de economía compartida:...” cit., p. 9 y

de incentivos en atención a la realización de una conexión semanal mínima, o de que Uber “espere” que sus conductores acepten todos los viajes.

Pero como decimos más allá de la existencia real o no de esta potestad, tampoco creemos que deba darse a este aspecto una importancia desmesurada. En primer lugar, porque como se recordará nuestro propio sistema conoce situaciones expresamente tuteladas como laborales -como la de los representantes de comercio- o en ocasiones reconocidas como tales por nuestra jurisprudencia –peritos tasadores¹⁰²- que ostentan una amplísima libertad de organización de sus tiempos de actividad dentro, eso sí, y como ocurre en este caso, del ámbito de organización y dirección de su empleador. Y en segundo lugar, porque si bien es cierto es que este rasgo fue utilizado por nuestra jurisprudencia como indicio de la existencia o no de dependencia, esta utilización se hizo en el marco de un modelo de producción y de una tipología empresarial que no es ni la actual ni la que desde luego surge de esta nueva revolución industrial y de la expansión de una economía colaborativa interpretada en sentido amplio. Es más, si algo ha demostrado la dependencia como construcción científica y jurisprudencial es su indudable capacidad de adaptación a la progresiva evolución sociológica de las formas de trabajo asalariado. En el pasado, fue esta flexibilidad la que le permitió pasar de su tradicional y rígida acepción –asentada en la completa preordenación de la prestación de trabajo-, a la más flexible y actual inserción en el ámbito organizativo del empresario. Y por similares razones creemos también que en un nuevo escenario productivo y social en la que el uso de plataformas basadas en economía de escalas y situaciones de desempleo estructural hacen innecesarias para las empresas garantizar un mínimo de prestadores de servicios –al poder utilizar para ellos convocatorias o llamamientos generalizados propios del más amplio concepto de crowd working¹⁰³- resulte incompatible esta cierta capacidad individual, cuando, por lo demás, sí es posible detectar tanto la dependencia –predeterminación empresarial de la prestación y control mediato empresarial- como incluso la propia ajenidad en los medios de producción esenciales –informáticos- y, por supuesto en el mercado. De hecho, lo que resulta especialmente chocante es que las mismas voces que claman por adaptar nuestro ordenamiento a las nuevas realidades sociales y tecnológicas propias de esta cuarta revolución industrial, pretendan sin embargo impedir la natural adaptación de los conceptos clave del ámbito laboral, postulando, por el contrario, focalizar la cuestión en un aspecto puntual del anterior modelo social de trabajador que se pretende así fosilizar para excluir un campo en el que, sin embargo, es posible encontrar el rasgo esencial que caracteriza como laboral una prestación de servicios: el poder de dirección y control empresarial.

Es cierto que en estos casos dicho poder de dirección se realiza bajo nuevos mecanismos, como “Manuales del conductor”, recomendaciones realizadas por correos electrónicos o mediante sistemas de incentivos aparentemente no vinculantes. Pero, en realidad, su conexión con la valoración del cliente, y la consiguiente posibilidad de “desactivación”

10.

¹⁰² Sobre la situación jurídica de estos y los matices en su tratamiento jurisprudencial, así como sobre su posible utilización como indicador de la laboralidad de los conductores de UberPop véase GUTIERREZ ARRANZ, R. (2016), “Las relaciones laborales...”, cit., p. 179 y ss.

¹⁰³ Para una caracterización general de este nuevo tipo o forma de empleo EUROFOUND (2015) *New forms of employment...*, cit., p. 107 y ss.

en caso de incumplimiento permiten esta heterodeterminación de aspectos clave de la prestación como son la vestimenta, la apariencia y el aseo, la creación de ambiente (incluso mediante recomendaciones sobre el tipo de música en el vehículo), la forma de recepción o incluso forma de atención al cliente durante el viaje¹⁰⁴. La posible fijación de zonas preferentes donde se “espera” que se presten servicios y la exclusividad no ya tanto con otras plataformas sino con los clientes con los que no puede acordar servicios posteriores fuera de la Uberpop son en definitiva muestra de lo que desde la perspectiva anterior denominábamos como influencia y control y lo que en este caso no es sino poder de dirección en la predeterminación del tipo de servicio que la empresa (Uber) ofrece a los consumidores. De hecho, sería esta predeterminación de la prestación laboral, como elemento necesario para la individualización del servicio ofertado al mercado por la aplicación, la que permitiría distinguir estas plataformas verticales, que actúan como auténticos empresarios organizando e interponiéndose materialmente entre los factores de producción y los consumidores, de aquellas otras plataformas horizontales en las que sí las relaciones entre las partes sí serían exquisitamente triangulares y en la que todo lo más cabría plantear la posible existencia una relación laboral entre el cliente y el proveedor de servicio, pero no –al menos normalmente- entre este último y la titular de la estructura informática que aquí sí desarrollarían el papel de creador e intermediario de un auténtico mercado

Y algo similar, obviamente, cabría sostener en relación con el poder de control. Es cierto que hay un desplazamiento formal del mismo hacia los clientes o usuarios, lo que que permite un ahorro y una simplificación en la gestión características de este tipo de empresas. Pero desde luego lo que no impide es su presencia, aún mediata, y su utilización con posibles consecuencias –poder disciplinario- sobre la dinámica e incluso subsistencia –“desactivación”- de esta relación¹⁰⁵.

Si a todo ello unimos el aparente carácter personalísimo que cabe deducir tanto del proceso de selección como el hecho indubitado de que el “*partner*” no pueda utilizar a un tercero para desarrollar estos servicios; su absoluta ajenidad frente al mercado y a las condiciones de contratación con el público como demuestra la fijación por la plataforma del mismo y el hecho de que la retribución no se recibe directamente del cliente, sino de la aplicación, tendremos, en definitiva, rasgos que permiten hablar de una más que probable relación laboral entre Uber y sus conductores al ser obviamente intrascendente la calificación que impropiamente le hayan dado las partes, cuando esta se contradice con el contenido obligacional deducido del contrato.

Y si esto es así, no cabría como conclusión sino sostener en buena lógica que Uber no prestaría un servicio de transporte cuando, precisamente tendría personal propio para dicho fin. En definitiva, y como decimos, un argumento de peso para rechazar la pretendida petición de Uber de ser considerada una mera intermediaria de servicios de sociedad de la información y, obsérvese, también para determinar en su caso el convenio

¹⁰⁴ Véase igualmente ARAGÜEZ VALENZUELA, L “Nuevos modelos de economía compartida:...” , cit., p. 9 que igualmente se refiere a estas “recomendaciones” pero de “estricto cumplimiento”

¹⁰⁵ De acuerdo con ARAGÜEZ VALENZUELA, L “Nuevos modelos de economía compartida:...” , cit., p. 8, Uber pediría una puntuación de entre 4,6 a 4,8 sobre cinco, “deshabilitando” en otro caso el acceso a la aplicación.

colectivo que le sería de aplicación¹⁰⁶.

7 LA DIVERSIDAD TIPOLÓGICA DE LAS PLATAFORMAS Y SU IMPACTO SOBRE LA CONFIGURACIÓN DE LAS RELACIONES DE PRODUCCIÓN

Ya para concluir, y pasando de lo concreto a lo general, quisiéramos destacar finalmente algunas ideas más amplias en relación con en este nuevo contexto tecnológico caracterizado por la abrupta irrupción de plataformas digitales colaborativas de servicios personales.

La primera es, obviamente, la imposibilidad de cualquier intento de extender las conclusiones aquí alcanzadas para UberPop –o incluso las que de forma opuesta se pudieran alcanzar en relación con esta misma aplicación- para todas las prestaciones de servicios articuladas a través de plataformas digitales colaborativas. Como ya hemos señalado, la diversidad tipológica de estas plataformas¹⁰⁷ y de los servicios articulados a través de las mismas es tan intensa que impide y seguramente hace inútil cualquier intento de caracterización conjunta. Y ello ya que, al menos desde el punto de vista del Derecho Social, no pueden merecer el mismo tratamiento prestaciones realmente –y remarcamos realmente- de mero voluntariado¹⁰⁸, que tienen que enmarcarse necesariamente ente los trabajos amistosos, benevolentes y de buena vecindad, excluidos por tanto del ámbito laboral y de la modalidad contributiva de la Seguridad Social, de aquellas realizadas de manera profesional y que, por tanto, van más allá de la simple compensación o distribución proporcional de los costes. Del mismo modo que, desde otra perspectiva, las cuestiones jurídicas planteadas por estas últimas aplicaciones son completamente distintas de las suscitadas por las que podríamos denominar plataformas de cesión temporal de bienes o “de capital”¹⁰⁹ y cuya problemática es más fiscal, de derecho de la competencia o de derecho de los consumidores que estrictamente laboral¹¹⁰.

¹⁰⁶ Véase, por ejemplo, el caso resuelto por la Comisión Consultiva Nacional de Convenios Colectivos en el Expediente N.º 79/2016 de 14 de diciembre de 2016 así como otros de interés comentados por MUÑOZ RUIZ, A.B. (2017) “Sector digital, plataformas profesionales y convenio colectivo aplicable”, en *Revista de Información Laboral*, n. 2. La autora concluye acertadamente señalando como “en los informes más recientes de la Comisión Consultiva se da prevalencia al test de la realidad económica frente al criterio de la estructura organizativa que pasa a un segundo plano en el análisis, recomendando aplicar el Convenio Colectivo sectorial que coincida con la actividad real de la empresa tecnológica”. Cuestión distintas son los consiguientes desajustes, varios de los cuales son analizados en el mismo trabajo.

¹⁰⁷ Algunos ejemplos en LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 10.

¹⁰⁸

¹⁰⁹ Siguiendo la terminología de LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p 26-27, quien destaca igualmente las diferencias en la cuantía y en la función de los ingresos de los prestadores en ambos tipos de plataformas. Esta misma distinción, por ejemplo, en FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016) “Las empresas...”, cit., p. 40-41.

¹¹⁰ Quizás por ello se ha señalado -GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, disponible en <https://adriantodoli.files.wordpress.com/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnologias-en-el-mundo-del-trabajo.pdf>, p. 9- que en estas relaciones de intercambio en el uso de bienes, no parecerían existir razones que justificasen una intervención del Derecho del Trabajo. No obstante, tampoco cabe desconocer cómo estas mismas plataformas y aplicaciones sí suscitan dudas o problemáticas eminentes “sociales” como, por ejemplo, la posible delimitación del convenio colectivo aplicable a los usuarios que las utilizan para colocar en esos mercados el uso temporal de bienes y en los que los servicios personales tienen, como decimos, un mero carácter colateral o accesorio a la puesta a disposición temporal del goce de un bien; o incluso, y en segundo lugar, si son estos mismos titulares los que prestan estos servicios, por ejemplo de limpieza y mantenimiento del alojamiento ofrecido, su inclusión

En cualquier caso, y focalizando nuestra atención, como decimos, en las plataformas colaborativas de servicios personales, la segunda observación que deseamos plantear se centraría en la necesaria distinción entre plataformas “horizontales”, simples intermediarias de un mercado que crean y en el que normalmente solo desarrollan servicios de la sociedad de la información, frente a las plataformas y aplicaciones verticales e integradas que, por su gran nivel de control e influencia sobre la prestación del servicio subyacente, no pueden considerarse –al menos en un buen número de ocasiones- como meros o simples prestadores de este tipo de servicios de la sociedad de la información sino como auténticos prestatarios del propio servicio subyacente. Esta distinción, que como hemos visto se ha elaborado básicamente con miras a delimitar la actividad económica realmente desarrollada por la plataforma, puede resultar, sin embargo, de una extraordinaria importancia y utilidad para distinguir la naturaleza de las diversas relaciones entre las partes y, sobre todo, para concretar no ya solo la figura del hipotético empleador -si finalmente se constatare la existencia de una relación laboral-¹¹¹, sino también, o sobre todo, de cuál de las diversas relaciones que nacen entre las partes puede llegar a tener naturaleza laboral. Intentaremos explicarnos.

En el caso de las plataformas horizontales, que se limitan a desarrollar servicios de la sociedad de la información, resulta evidente, al menos a nuestro juicio, que, por su propia definición, la relación que esta aplicación/plataforma mantenga, ya sea con el prestador, ya sea con el receptor del servicio, sería, todo lo más, de simple o atípica intermediación electrónica y no, como regla general, de trabajo dependiente y subordinado. En cambio, estas dudas sobre la posible existencia de una hipotética relación laboral sí se podrían suscitar con el usuario que reclama dicho servicio en cuyo caso, obsérvese la plataforma/aplicación solo habría desarrollado funciones cercanas, aunque seguramente no completas, de intermediación y colocación “laboral”.

En cambio, en el caso de las plataformas verticales realmente integradas, las dudas sobre la naturaleza laboral o no de la relación y, por tanto, sobre la propia existencia de un empleador –por la presencia de los rasgos de una relación laboral y la ausencia de exclusiones expresas-, no se darían ya entre el simple consumidor del servicio verticalmente integrado y el “colaborador” que realiza materialmente el mismo, sino entre este último y la plataforma/aplicación -lo que, por cierto, serviría para eliminar ciertas dudas que otra concepción podría llegar a suscitar desde el Derecho de la competencia-. La conversión de este teórico intermediario en suministrador real del servicio subyacente –en muchas ocasiones prestado de forma física y en un lugar determinado (off-line)¹¹²- conduciría a considerar que la contratación de este servicio se realiza materialmente entre la plataforma/aplicación y el destinatario del mismo, quedando excluido o ajeno a la misma el colaborador que físicamente desarrolla el mismo, con independencia, claro está

o no en los regímenes de aseguramiento de trabajadores autónomos.

¹¹¹ Un ejemplo de la trascendencia de esta distinción a efectos laborales en LAMBRECHT, M. (2016) *L'économie des...*, cit., p. 20-21.

¹¹² Sobre las importantes diferencias, en las que no podemos detenernos, entre el trabajo en plataformas cuyo objeto se realiza a distancia y aquellas otras en las que el servicio es físico y se realiza de manera presencial pueden consultarse DE STEFANO, V. (2016). *The rise of the «just-in-time workforce»: On-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»* (Vol. *Conditions of work and Employment series n. 71*). Geneva: International Labour Office; GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas...”, cit., p.10.

de la naturaleza laboral o no de dicha relación.

En tercer lugar, y una vez delimitadas las relaciones que son o pueden ser de interés para el objetivo de este trabajo, parece necesario señalar al menos la posible presencia de complejos problemas de Derecho Internacional Privado en muchos de estos supuestos. Y ello ya que si bien en algunas ocasiones no existirá duda alguna tanto sobre la clara aplicación del Derecho español, como de la competencia de nuestros órganos judiciales en la calificación y enjuiciamiento de las posibles controversias que se suscitaren, en otros –no cabe desconocerlo-, la posibilidad de que ya sea la titular de la plataforma, de la aplicación o incluso el prestador o el destinatario de servicios presenten distintas nacionalidades, puede exigirnos analizar, de forma previa, estos aspectos “procesales” y de ley aplicable a las relaciones antes señaladas¹¹³. El problema en estos casos es que tanto el Reglamento 44/2001 en materia de competencia judicial, como el Reglamento 593/2008 por lo que se refiere a la Ley aplicable, ofrecen una regulación específica para los contratos de trabajo frente a la simple prestación de servicios, pero sin aportar –este es el problema- una definición y una delimitación clara del primero de ellos. Ambos textos huyen de esta delimitación a pesar de que lógicamente resulta previa y necesaria para que, en su caso, el órgano judicial español se declare o no competente, y, en su caso, aplique o no, en segundo lugar, la legislación española. Sin poder detenernos aquí en un tema que por su profundidad desborda las posibilidades de este trabajo más general, nos limitaremos simplemente a recordar cómo también en estos casos será seguramente necesario acudir a un concepto comunitario de trabajador, tal como ha ido delimitándose para la aplicación de otros segmentos del Derecho Social Comunitario y, señaladamente, en el marco de la libertad de circulación, para determinar si existe o no un contrato de trabajo o una mera prestación de servicios y, por tanto, para fijar inicialmente la competencia y la ley aplicable a las tantas veces mencionadas relaciones¹¹⁴.

Sea como fuere, y centrando por ahora nuestra atención en aquellos casos en los que resulte aplicable la normativa española –ya sea por la inexistencia de un elemento de internacionalidad o porque como resultado de la aplicación del Reglamento 593/2008 así deba concluirse- parece evidente que, ante la ausencia en nuestro país de una regulación específica sobre estas relaciones, similar por ejemplo a la francesa sobre responsabilidad social de algunas de estas plataformas –una regulación que, al parecer, debería entrar en vigor el 1 de enero de 2018¹¹⁵- creemos que en estos casos no cabría sino aplicar nuevamente los criterios generales de distinción entre trabajo dependiente y el trabajo autónomo, sea o no económicamente dependiente, con algunas matizaciones inevitables en relación con el nuevo contexto productivo en el que se desarrollan estas relaciones.

Por tanto, y más allá de posibles apreciaciones de *lege ferenda* sobre si resultaría o no “más adecuado” considerar a estos sujetos como simples autónomos¹¹⁶, como

¹¹³ Esto es, entre prestador y receptor del servicio en las plataformas horizontales –lo que permite excluir a la plataforma y las normas de la Directiva de Comercio Electrónico- y entre aplicación y prestador de servicios en el caso de las plataformas verticales fuertemente integradas.

¹¹⁴ Véase, por todos, AAVV., *Derecho internacional privado, Vol II. Derecho Civil Internacional*, UNED, Madrid, 2010, p. 397: CARRASCOSA GONZÁLEZ, J. “Contratación laboral internacional”, en AAVV., *Derecho Internacional Privado, Vol II.*, Comares, Granada, 2013, p. 935 y ss, en especial, p. 944

¹¹⁵ Art. 2 del Decreto nº 2017-774 de 4 de mayo de 2017.

¹¹⁶ GOUDIN, P. (2016) *The Cost of Non-Europe in the Sharing Economy: Economic, Social and Legal*

trabajadores con una relación laboral especial¹¹⁷ o como autónomos con una normativa especial, en la estela de lo sostenido por la propuesta de ley italiana sobre plataformas digitales de la economía de la “condivisione”¹¹⁸ o la nueva legislación francesa sobre “responsabilidad social” de las “plataformas de puesta en relación por vía electrónica”¹¹⁹

Challenges and Opportunities, EPRS | European Parliamentary Research Service, p. 31 “As a conclusion, the most appropriate move would consist of including sharing economy service providers in the scope of the general rules applicable to self-employment. This option would be preferable to the other possibilities outlined, which suggest either assimilating workers for sharing economy service providers to employees or creating a new 'sharing economy service provider' employment status. The best complementary approach would be to allow (and in some cases potentially encourage) platforms to develop their own benefits options that would compete with the insurance products users could obtain for themselves.”

¹¹⁷ TODOLI SIGNÉS, A (2017), *El trabajo en la era de la economía colaborativa*. Tirant lo Blanch, Valencia, p. 71 y ss.

En una línea similar, parece, GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas tecnologías...”, cit., p. 13 y ss. con propuestas en relación con el tiempo de trabajo, derechos colectivos y de Seguridad Social.

¹¹⁸ Este es, creemos, el sentido de la Propuesta de ley sobre la “Disciplina delle piattaforme digitali per la condivisione di beni e servizi e disposizioni per la promozione dell’economia della condivisione”, n. 3564, presentada el 27 de enero de 2016 y que en el momento de cerrar este trabajo -19 de mayo de 2017- aún no había sido discutida en la Cámara de Diputados italiana. Intentando simplificar su contenido –un esquema explicativo del mismo en el documento del Servicio de estudios de 2 de mayo de 2016, disponible en <http://documenti.camera.it/Leg17/Dossier/Pdf/AP0065.Pdf> -nos limitaremos a recordar cómo, en esencia, el art.2.1^a) parece excluir sin más la posible existencia de relaciones de trabajo subordinado entre el sujeto público o privado que gestiona la plataforma digital –“gestore”- y los usuarios que prestan un servicio o comparte un bien propio –“utente operatore”- o el que lo utiliza –“utente fruitore”. Obsérvese que nada se dice sobre la posible relación entre estos últimos. No obstante, de la lectura actual del Proyecto, al menos en su versión inicial- se deduce la voluntad de centrar las posibles obligaciones sobre el gestor o, en otras palabras- la plataforma a través, eso sí, de un instrumento muy singular: el documento de política empresarial - Documento di politica aziendale- cuya inspiración quizás esté en el *Participation Agreement* propio de ciertas plataformas como la Amazon Mechanical Turk. En cualquier caso, lo importante es que este documento –art. 4- está sujeto a la aprobación de la Autorità garante della concorrenza e del mercato (AGCM)-, debe ser suscrito expresamente por los usuarios, y debe incluir –y esto es lo importante- las condiciones contractuales –ya hemos visto que no laborales- entre la plataforma digital y los usuarios. Lo más llamativo es que se excluye que las mismas puedan contener, entre otras, previsiones que impongan, directa o indirectamente: obligaciones de exclusividad; control de la ejecución de la prestación del usuario operador, aunque sea mediante aparatos o sistemas de hardware o software; la fijación de tarifas obligatorias, nuevamente al usuario operador o prestador del servicio; la exclusión del mismo del acceso a la plataforma o su penalización en la presentación de sus ofertas a los usuarios que disfrutarían de las mismas por motivaciones “no graves ni objetivas”, o la prohibición de comentarios críticos sobre el gestor por parte del usuario prestador del servicio. Si estas cláusulas se incorporasen serían nulas pero sin provocar la nulidad del entero contrato. Además, este mismo documento debe informar a los usuarios sobre eventuales coberturas asegurativas requeridas para el ejercicio de la actividad desarrollada a través de la plataforma. Y ello ya que este mismo gestor “deve verificare che gli utenti operatori assolvano gli eventuali obblighi assicurativi gravanti sui medesimi”. Su texto en <http://www.camera.it/dati/leg17/lavori/stampati/pdf/17PDL0039770.pdf>

¹¹⁹ Como es bien sabido, los novedosos arts. L7341-1 y L7342-1 a -6, incorporados al Code du Travail francés por el art. 60 de la Ley n°2016-1088 de 8 de agosto 2016, generalmente conocida como ley El Khomri, reconocen una serie de derechos aplicables a los trabajadores “independientes” siempre, eso sí, “que la plataforma determine las características del servicio prestado... y fije su precio”. En estos casos, y partiendo de la definición de estas “plataformas de puesta en relación por vía electrónica” dada por el art. 242 bis del *Code général des impôts* –esto es, “*Les entreprises, quel que soit leur lieu d'établissement, qui mettent en relation à distance, par voie électronique, des personnes en vue de la vente d'un bien, de la fourniture d'un service ou de l'échange ou du partage d'un bien ou d'un service...*”, el Code du Travail establece una responsabilidad social de dichas plataformas que se concretaría en determinadas obligaciones en relación con las cotizaciones de accidente de trabajo – art. L7342-2-, el derecho a la formación profesional y a la acreditación de la experiencia adquirida – art. L7342-2-, siempre, eso sí, que la cifra de actividades desarrolladas por el prestador supere un determinado umbral -L7342-4- cuya fijación se realizó por el posterior Decreto n° 2017-774 de 4 de mayo de 2017. Pero sobre todo, y a mi juicio aún más

–que, como se recordará, les reconoce ciertos derechos colectivos o en relación con su cotización por accidente de trabajo y formación, al menos en aquellas plataformas que determinen el servicio prestado y el precio del mismo, y para algunas cuestiones cuando la cifra de actividades desarrolladas por el prestador supere un cierto umbral- lo cierto es que, como decimos, a falta de una expresa regulación legal¹²⁰, deberemos inevitablemente acudir nuevamente al clásico concepto de dependencia y a las distintas perspectivas de la ajenidad para acreditar la naturaleza laboral o no de estas relación, dejando por tanto a un lado, al menos por el momento, las discusiones que, al hilo de esta nueva realidad, han revitalizado la necesidad de un nuevo Derecho de los trabajos¹²¹ o incluso la necesidad de trasladar el elemento nuclear para extender la tutela laboral a aquellos supuestos en los que el prestador sufra un desequilibrio de poder negocial¹²².

Pues bien, también desde esta perspectiva, la distinción entre plataformas horizontales y plataformas verticales debiera tener, al menos a nuestro juicio, su relativa trascendencia. Limitándonos aquí a enunciar simples líneas o criterios generales que debieran ser obviamente especificados y desarrollados en cada caso y plataforma en concreto, parece razonable considerar, en primer lugar, que, en el supuesto de las plataformas horizontales, la labor de estas, de mera creación de mercados, hará que lo que deba analizarse bajo una óptica muy cercana a la tradicional es si las “tareas” o microtareas –propias de la *gig-economy*- encargadas o reclamadas por el usuario son o no laborales. De este modo, cuando lo que se contrate sea la realización de una obra específica, para cuyo resultado se exija o resulte necesaria la utilización de una verdadera organización productiva, autónomamente gestionada por el prestador, resultará evidente la inexistencia de una relación laboral. En estos casos, la plataforma habría actuado como un mero intermediario, a través de un contrato atípico de corretaje¹²³, entre las partes de una

importante, es que se les reconoce a estos trabajadores independientes, en primer lugar, –art. L7342-5- un derecho a la “negativa concertada a proporcionar sus servicios” para la “defensa de sus reivindicaciones profesionales” que, cuando se realice sin abuso, no generará ni responsabilidad contractual, ni podrá provocar penalizaciones en el ejercicio de su actividad ni motivar la ruptura de su relación con la plataforma; del mismo modo que, en segundo lugar, se les atribuye el derecho a constituir una organización sindical, afiliarse y realizar actividad a través de ellos para la defensa de sus intereses colectivo

¹²⁰ Como ya hemos señalado, existen algunas propuestas en relación con la regulación de las prestaciones de servicios en el ámbito de las plataformas colaborativas. En el caso de la República Oriental de Uruguay el Proyecto de Ley sobre Servicios prestados mediante el uso de medios informáticos y aplicaciones tecnológicas de 14 de marzo de 2016 –disponible el 17 de mayo de 2017 en https://legislativo.parlamento.gub.uy/aresuelveref.aspx?REPARTIDO,D/2016/3/398///PDF/&width=800&height=600&hl=en_US1&iframe=true&rel=nofollow- se limitaba, por lo que aquí interesa, a señalar en sus art. 3º y 5º que. “Los servicios prestados por personas físicas o jurídicas, mediante el uso de sistemas informáticos, incluidos los intermediarios en la transmisión de contenidos vía electrónica, quedarán sometidos a los controles, autorizaciones, permisos, licencias, registros y otras regulaciones, que para la actividad privada, establecen las normas específicas relativas al servicio final que se desarrolle como parte de su oferta.... Artículo 5º.- Las relaciones de trabajo que se constituyan para el conjunto de la prestación de los servicios señalados en el artículo 3º, se regirán por las normas laborales y provisionales vigentes”. Una crítica al mismo en GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas tecnologías...”, cit., p. 17. Sobre el proyecto italiano véase supra lo señalado en la nota al pie 118.

¹²¹ Véase, por ejemplo, RASO DELGUE, J. (2017), “La empresa virtual...”, cit., en especial, p. 96 y ss. en opinión compartida por GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas tecnologías...”, cit., p. 14.

¹²² Esta parece ser la sugerente idea de TODOLI SIGNES, A. (2017) *El trabajo en la era...*, cit., en especial, p. 43 y ss.

¹²³ RODRÍGUEZ MARTÍNEZ, I., (2017) “El servicio de mediación electrónica...”, cit., p. 1219 y ss.

relación civil o mercantil, sujeta, todo lo más al derecho de consumidores¹²⁴. Pero cuando en cambio lo que se reclama, aunque puntual, sea un servicio retribuido casi exclusivamente personal o su mera y simple cosificación, acompañado si acaso por la utilización de bienes propios de escasa cuantía económica, sometido a las ordenes e instrucciones de una de las partes y a su control, parece cuanto menos lógico plantearse la hipotética existencia de una potencial relación laboral¹²⁵.

En estos casos, dos serían seguramente las cuestiones aparentemente novedosas que podrían aparecer como elementos destacados en el análisis de estas plataformas. La primera, conectada con su carácter *colaborativo -shared economy-* se centraría en la posible utilización por el prestador de ciertos materiales de su titularidad, colaterales al servicio, pero cuyo uso temporal resultaría en estos casos necesario. Pues bien, en estos supuestos, no parece haber problema alguno en aplicar sin más los argumentos ya señalados al analizar el supuesto de UberPop y reclamar, por tanto, la utilización de los criterios tradicionales de la jurisdicción social, considerando, por tanto, que cuando estos medios son de escasa importancia y no permiten hablar realmente de la contratación de un servicio complejo, fruto de una organización productiva o empresarial propia del prestador, dicha utilización no debiera impedir necesariamente y en todo caso, la posible consideración como laboral de tales relaciones, sobre todo si dicho carácter sí pudiera deducirse de otros datos extraídos del programa obligacional realmente deducido del contrato. Nuestra experiencia previa a la exclusión constitutiva de ciertos transportistas en la reforma de 1994 resulta, al menos a nuestro juicio, paradigmática de lo que señalamos.

En cambio, un mayor impacto, al menos en la práctica, pudiera llegar a tener el segundo elemento novedoso, conectado ahora con lo que se ha dado en llamar *gig-economy, o economía de los trabajos esporádicos u ocasionales*. Y es que como se ha recordado hasta la saciedad, estas plataformas colaborativas no solo permiten que auténticas necesidades puntuales o muy esporádicas encuentren prestador y una correlativa mercantilización de los hipotéticos tiempos de inactividad¹²⁶, sino que también han facilitado, mediante la reducción de los costes de transacción¹²⁷, procesos de profunda descentralización productiva¹²⁸ hasta tal punto que lo que se solicita no es ya tanto una persona para la prestación de un servicio, sino, y al menos aparentemente, la obra o servicio en sí, en un proceso de llamativa cosificación y despersonalización del objeto del contrato unido a una eliminación de los tiempos improductivos. En cualquier caso, lo que quisiéramos destacar aquí es cómo esta última posibilidad ha permitido y fomentado, al menos en ciertas ocasiones, la profunda y en ocasiones artificial fragmentación en una miríada de

¹²⁴ Sobre estos aspectos MUÑOZ PÉREZ, A.F. (2017) “Economía colaborativa y consumidores” en AAVV., *La regulación de la economía...*, cit., p. 195 yss.

¹²⁵ En cambio, una actitud contraria a esta posible consideración laboral de estas relaciones en MONTERO PASCUAL, J.J. (2017) “La regulación...”, cit., p. 53 para el que no existe en estos casos ni dependencia ni ajenidad

¹²⁶ GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo”, disponible en <https://adriantodoli.files.wordpress.com/2016/10/impacto-de-las-nuevas-tecnologias-en-el-mundo-del-trabajo.pdf>, p. 5

¹²⁷ Véase, por todos, SORIA BARTOLOMÉ (2017) “Aspectos económicos...”, cit., p. 70 y ss.

¹²⁸ GAUTHIER, G., (2016) “Impacto de las nuevas...”, cit., p. 5; GINÉS Y FABRELLAS, A. (2016) “Crowdsourcing sites...”, cit., p. 4.

propuestas aparentemente esporádicas u ocasionales de tareas que, realidad, están dotadas de una razonable perduración en el tiempo. Pues bien, resulta lógico considerar que la posible duración mínima de la tarea, cuando es real, podría ser ciertamente un indicio –y solo eso– en contra de esta laboralidad¹²⁹. En cambio, cuando nos encontremos ante una única relación materialmente continuada, aunque formalmente se pretenda articular o modular mediante sucesivos y aparentes “encargos” solo formalmente separados, creemos que la primacía de la realidad debiera conducirnos a rechazarse esta ocasionalidad que parece actuar, como decimos, en contra de la laboralidad de tales relaciones. Y todo ello, claro está, sin entrar aquí en una cuestión distinta como sería plantear –al menos desde un punto de vista de *lege ferenda*– si la utilización continuada por parte de estos posibles “autónomos” de una concreta plataforma, y la superación en estos casos de unos umbrales económicos articulados a través de los medios de pago de la misma no recomendarían el establecimiento de ciertas obligaciones de información o incluso de gestión a cargo de aquella, o incluso la exigencia de que la propia plataforma articule reglas y regulaciones –por ejemplo de sus mecanismos de reputación– que impidieran posibles actos discriminatorios¹³⁰. Pero ello, repetimos, como posible medida de *lege ferenda*, que escapa obviamente del carácter general e introductorio de estas breves líneas generales.

Por su parte, en el caso de las plataformas verticales o integradas, la relación a analizar no serían obviamente cada uno de los concretos servicios que de forma aislada desarrolla el prestador para los distintos demandantes a través de la plataforma, sino aquella otra que, de forma más o menos estable, mediante la descarga y activación de la aplicación, establece la titular de aquella app y el prestatario y que se articula mediante el desarrollo de cada uno de los servicios con los consumidores de este servicio integrado. Esta imputación de titularidades en la relación de servicios elimina obviamente el problema del carácter esporádico de cada uno de los servicios a desarrollar al tratarse de lo que podríamos denominar una relación estable aunque potencialmente discontinua. De la misma manera que las cuestiones relativas a la utilización temporal de bienes cuya titularidad pertenece al prestatario debieran solucionarse, como ya hemos visto, de acuerdo con las reglas tradicionales. Si acaso, esta aportación de algún elemento productivo tradicional debiera incluso matizar su trascendencia si recordamos como en el marco que proporciona la actual revolución industrial, el factor productivo progresivamente más trascendente –y que por tanto, delimitada la figura del empleador al permitirle el control organizativo del resto de factores– es el que le permite integrar y casar telemáticamente la información. De ahí que no deje de ser significativo –como ya dijimos en su momento– la entrega, por ejemplo, en el caso de Uber de un smartphone

¹²⁹ Véase, por mencionar un solo ejemplo, en relación con el conocido problema de los colaboradores de prensa la Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1152/2015 de 17 febrero (AS 2015\1035) que rechaza la laboralidad de esta relación por su carácter de “colaboraciones esporádicas, aisladas y espaciadas en el tiempo, que no demuestran una actividad diaria o más o menos continuada en términos laborales, así como tampoco la utilización de infraestructura material de la empresa”. En esta misma línea de tendencia a rechazar la laboralidad de actividades esporádicas o aisladas véase nuevamente Tribunal Superior de Justicia de Cataluña, (Sala de lo Social, Sección1ª) Sentencia núm. 1517/2013 de 1 marzo (AS 2013\1378) relativa a la realización esporádicas de pequeñas reparaciones caseras.

¹³⁰ Véase el interesante análisis de estas cuestiones en KATZ, V., (2015) “Regulating...”, cit., p. 1120.

con la aplicación instalada¹³¹.

Pero a cambio, en este tipo de plataformas surge una nueva cuestión como es el impacto que sobre dicha calificación pudiera tener su identificación como servicio “*on-demand*”; esto es, el hecho de que al menos aparentemente el prestatario solo trabaja cuando así lo decida libremente, al “encender” la aplicación y aceptar el servicio reclamado. Pues bien, en estos casos, como decimos, resulta evidente que lo primero que deberá analizarse nuevamente es si más allá de esta última cuestión –o, en otras palabras, si con independencia de la misma- el resto de elementos de la relación debieran conducir o no a la calificación de la misma como dependiente y asalariada. Para ello será necesario, en primer lugar, conocer si la relación es o no personalísima –*intuitu personae*- por ejemplo, al estar establecido un proceso de selección de “colaboradores” por parte de la plataforma, o al fijarse reglas que impiden a estos prestadores ofrecer el mismo servicio –teóricamente lo contratado- mediante un tercero. En segundo lugar, habrá que analizar igualmente hasta qué punto existe o no un poder de control y de sanción por parte de la plataforma, aunque este se base o se sustente en valoraciones de terceros, por ejemplo, de los propios consumidores mediante la misma aplicación y en la consiguiente e hipotética “desconexión” del prestador en caso de no superarse determinados umbrales de “calidad”/puntuación. Pero sobre todo, y en tercer lugar, creemos que en estos casos deberá valorarse especialmente si de forma directa o indirecta, mediante exigencias, o incluso a través de aparentes recomendaciones que, sin embargo, se tornan realmente obligatorias -en la medida en la que su incumplimiento podría llegar a provocar, directa o indirectamente su “desconexión”-, se predeterminan -como clara manifestación del poder de dirección laboral - la forma y características de un servicio básicamente personal y el precio del tan solo teórico servicio que se presta autónomamente al cliente final¹³².

En este contexto, creemos ya para concluir que esta libertad de acudir o no a los sucesivos llamamientos –que como hemos visto, en ocasiones es más aparente que totalmente real- no debiera impedir radicalmente su consideración como posible trabajador por cuenta ajena. Es cierto que este rasgo de necesario sometimiento a las ordenes empresariales durante un cierto periodo temporal prefijado –jornada ordinaria- caracterizó tradicionalmente el modelo de trabajador asalariado cuando los paradigmas productivos propios del siglo pasado reclamaban o exigían a las empresas la disponibilidad de una “reserva” permanente de actividad laboral. Pero al igual que nadie duda hoy de la posible

¹³¹ Véase GAUTHIER, G. (2016), “El Derecho Laboral ante el reto...”, cit. p.117 y ss.

¹³² Y es que como reconocía en sus Conclusiones el Abogado General Szpunar en el Asunto C-434/15: “A pesar de que este control no se ejerce mediante una subordinación jerárquica de corte clásico, no debemos dejarnos engañar por las apariencias. Un control indirecto como el que ejerce Uber, basado en incentivos económicos y una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros, con un efecto de escala, (el elevado número de conductores permite alcanzar el resultado deseado sin tener que ejercer un control directo e individual de cada uno de ellos... el elevado número de pasajeros asegura un control eficaz y relativamente objetivo del comportamiento de los conductores, liberando a la plataforma de esta tarea.) permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución”. No obstante recuérdese como en estas mismas conclusiones el Abogado Szpunar señala igualmente como “esta observación no significa que los conductores de Uber deban necesariamente ser considerados trabajadores suyos. Esta sociedad puede perfectamente realizar sus prestaciones recurriendo a trabajadores autónomos, que actúen en su nombre en calidad de subcontratistas. La polémica relativa al estatuto de los conductores frente a Uber, que ya ha dado lugar a resoluciones judiciales en varios Estados miembros, es completamente ajena a las cuestiones jurídicas que nos preocupan en el presente asunto”.

calificación como laboral de relaciones en los que falta este sometimiento –como es el caso de los representantes de comercio-, consideramos que este dato no puede elevarse a rasgo fundamental en la caracterización de la relación laboral cuando dicha necesidad desaparece como consecuencia de las posibilidades abiertas con estas plataformas, la universalización de su acceso y una situación de alto desempleo estructural. Es más, y en sentido opuesto, creemos que en este nuevo contexto lo que procedería seguramente sería minusvalorar dicho rasgo¹³³, retomando la idea o concepto fundamental que late en el binomio, a mi juicio en absoluto antitético, de dependencia y ajenidad: esto es, hasta qué punto la titularidad de unos bienes de producción relativamente importantes permitiría considerar que lo que se contrata es un servicio complejo, en el que prima la autoorganización -por el entonces autónomo- de un conjunto de factores productivos en los que se inserta su actividad, o si, por el contrario, lo que se contrata es básicamente una actividad personal, preconfigurada por el empleador, aunque en la misma pudieran utilizarse elementos o factores privados en el marco que fomenta la *share economy*.

¹³³ En esta misma línea FERNÁNDEZ BRIGNONI, H. (2016) “Las empresas...”, cit., p 47, para quien “los indicios que son tradicionales y que no aparecen en las nuevas configuraciones de trabajo humano, tendrían que tener un efecto neutro y en su lugar debieran operar los nuevos indicios de subordinación que surgen de la actividad que realizan”.