

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
Catedrática de Filosofía del Derecho de la Universidad de Valencia

ANA CAÑIZARES LASO
Catedrática de Derecho Civil de la Universidad de Málaga

JORGE A. CERDIO HERRÁN
Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho. Instituto Tecnológico Autónomo de México

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
Ministro en retiro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y miembro de El Colegio Nacional

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
Presidente de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

OWEN FISS
Catedrático emérito de Teoría del Derecho de la Universidad de Yale (EEUU)

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
Catedrático de Derecho Mercantil de la UNED

LUIS LÓPEZ GUERRA
Catedrático de Derecho Constitucional de la Universidad Carlos III de Madrid

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
Catedrático de Derecho Civil de la Universidad de Sevilla

MARTA LORENTE SARIÑENA
Catedrática de Historia del Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
Catedrático de Filosofía del Derecho y Filosofía Política de la Universidad de Valencia

VÍCTOR MORENO CATENA
Catedrático de Derecho Procesal de la Universidad Carlos III de Madrid

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla

ANGELIKA NUSSBERGER
Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Catedrática de Derecho Internacional de la Universidad de Colonia (Alemania)

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
Catedrático de Derecho Internacional de la Universidad del Rosario (Colombia) y Presidente del Instituto Ibero-Americano de La Haya (Holanda)

LUCIANO PAREJO ALFONSO
Catedrático de Derecho Administrativo de la Universidad Carlos III de Madrid

TOMÁS SALA FRANCO
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social de la Universidad de Valencia

IGNACIO SANCHO GARGALLO
Magistrado de la Sala Primera (Civil) del Tribunal Supremo de España

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de Valencia

RUTH ZIMMERLING
Catedrática de Ciencia Política de la Universidad de Mainz (Alemania)

CAMBIANDO LA FORMA DE TRABAJAR Y DE VIVIR DE LAS PLATAFORMAS A LA ECONOMÍA COLABORATIVA REAL

MACARENA HERNÁNDEZ BEJARANO
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

Directores



GOBIERNO
DE ESPAÑA

MINISTERIO
DE ECONOMÍA
Y COMPETITIVIDAD



UNIÓN EUROPEA

FONDO EUROPEO DE
DESARROLLO REGIONAL

Una manera de hacer Europa

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

tirant lo blanch

Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Esta monografía es el resultado científico de los siguientes proyectos DER 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”, Universidad de Sevilla; DER2015-67613-R “The regulation of sharing economy”, Universidad de Valencia; “La prestación de servicios profesionales en el siglo XXI: respuestas regulatorias a una realidad cambiante”, dentro del proyecto coordinado “Nuevas dinámicas y riesgos sociales en el mercado de trabajo del siglo XXI: desigualdad, precariedad y exclusión social”, Convocatoria 2018 de “Proyectos de I+D Retos Investigación, con referencia RTI2018-098794-B-C31.

© Macarena Hernández Bejarano
Miguel Rodríguez-Piñero Royo
Adrián Todolí Signes

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
DEPÓSITO LEGAL: V-162-2020
ISBN: 978-84-1336-010-2
ISBN SERVEL: 978-84-9134-581-7
IMPRIME: Guada Impresores, S.L.
MAQUETA: Tink Factoría de Color

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: http://www.tirant.net/Docs/RSC_Tirant.pdf

Autores

M^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO
CRISTINA ALESSI
ANTONIO ALOISI
JACQUES BULCHAND GIDUMAL
RICARD CALVO PALOMARES
VALERIO DE STEFANO
MIGUEL FERRER
MARTA GARCÍA MANDALONIZ
GUSTAVO GAUTHIER
ANNA GINÈS I FABRELLAS
MACARENA HERNÁNDEZ-BEJARANO
SANTIAGO MELIÁN GONZÁLEZ
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ
JUAN A. RODRÍGUEZ DEL-PINO
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO
MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ HUETE
RAQUEL SERRANO OLIVARES
ENRIC SIGALAT SIGNES
ADRIÁN TODOLÍ SIGNES

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	15
MÁQUINAS, ALGORITMOS, PLATAFORMAS DIGITALES: FACULTADES AMPLIADAS Y LIBERTADES VIRTUALES. NOTAS SOBRE EL FUTURO (DEL DERECHO) DEL TRABAJO.....	23
ANTONIO ALOISI VALERIO DE STEFANO	
PLATAFORMAS DIGITALES Y TRABAJO, DE UN ESCENARIO JUDICIAL A UN MARCO REGULATORIO AVANZADO.....	35
MIGUEL FERRER	
1. INTRODUCCIÓN	35
2. ¿DE QUÉ ESTAMOS HABLANDO?.....	35
3. ESPAÑA Y LA COMPLEJIDAD.....	37
4. IDEAS: HACIA FIGURAS HÍBRIDAS QUE APROVECHEN LA FLEXIBILIDAD RECÍPROCA CON MAYORES BENEFICIOS ...	38
TRABAJO EN PLATAFORMAS: UNA OPORTUNIDAD DE LLEVAR EL DERECHO DEL TRABAJO AL S. XXI.....	41
ADRIÁN TODOLÍ SIGNES	
1. INTRODUCCIÓN. EL TRABAJO EN PLATAFORMAS COMO NUEVA FORMA DE ORGANIZAR EL TRABAJO.....	41
2. EL CRECIENTE TRABAJO EN PLATAFORMAS	45
2.1. Tipos de trabajos y sectores	47
3. LA DIGITALIZACIÓN Y LA DESIGUALDAD	48
4. POSIBILIDADES DEL LEGISLADOR ANTE EL TRABAJO EN PLATAFORMAS	51
4.1. Inactividad/pasividad del legislador.....	51
4.2. Trade digital u otros tipos de clasificación como autónomos.	52
4.3. Clasificación como laborales sin alterar la legislación laboral.....	54
4.4. Clasificación como laborales modificando su régimen jurídico.....	55
5. NUEVOS DERECHOS: LA ELECCIÓN DEL HORARIO	55
6. CONCLUSIONES	58

TRABAJO EN PLATAFORMA Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE LA UE.....	61
CRISTINA ALESSI	
1. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y DISCRIMINACIONES ANTIGUAS.....	61
2. MEDIDAS OFRECIDAS POR LA LEGISLACIÓN DE LA UE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN.....	64
2.1. La aplicabilidad de las directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54 al trabajo en plataforma. La cuestión de la calificación de la relación laboral.....	64
2.2. La aplicabilidad de la Directiva 2010/41/UE al trabajo por cuenta propia.....	73
3. BIBLIOGRAFÍA.....	77
LA TECNOLOGÍA COMO HERRAMIENTA FAVORECEDORA DE UNA POSIBLE UNIVERSALIZACIÓN DE LA PROTECCIÓN DE LA SALUD EN EL TRABAJO “DIGITAL”.....	81
M ^a CARMEN AGUILAR DEL CASTILLO	
1. INTRODUCCIÓN.....	81
2. LA HABITUALIDAD Y LA PROFESIONALIDAD COMO REQUISITOS DEL TRABAJADOR DIGITAL.....	85
3. LOS RIESGOS (OBJETIVOS) DEL TRABAJO DIGITAL: EQUIPOS DE TRABAJO Y ORGANIZACIÓN ESPACIO/TIEMPO.....	92
4. LOS “INDICIOS” DE LABORALIDAD DE UNA RELACIÓN, COMO DOBLE PROTAGONISTA EN EL TRABAJO DIGITAL.....	96
5. LA CONDUCTA DEL TRABAJADOR COMO PARTE DE LA SOLUCIÓN Y NO DEL PROBLEMA.....	99
6. LAS TECNOLOGÍAS DE SUPERVISIÓN Y WEARABLES COMO INSTRUMENTOS DE CONTROL DE LA ACTIVIDAD Y DE LA SALUD DEL TRABAJADOR.....	105
7. PODER DE LA INFORMACIÓN.....	108
8. DOBLE EFECTO DE LA VIGILANCIA DE LA SALUD.....	111
9. CONCLUSIONES.....	115
10. BIBLIOGRAFÍA.....	116
¿CÓMO ES EL TRABAJO QUE SE INTERCAMBIA EN EL MERCADO LABORAL DIGITAL? EVIDENCIAS DEL CASO DE LA PLATAFORMA UPWORK.....	121
SANTIAGO MELIÁN GONZÁLEZ JACQUES BULCHAND GIDUMAL	
1. INTRODUCCIÓN.....	121

2. EL MERCADO LABORAL DIGITAL.....	122
3. EL MERCADO LABORAL DIGITAL VIRTUAL DE ALTA CUALIFICACIÓN.....	123
4. OBJETIVO.....	125
5. METODOLOGÍA.....	125
6. RESULTADOS.....	126
7. CONCLUSIONES.....	129
8. LIMITACIONES.....	131
9. BIBLIOGRAFÍA.....	131
CONTRATOS DE TRABAJO INTELIGENTES (“SMART LABOUR CONTRACTS”).....	133
GUSTAVO GAUTHIER	
1. INTRODUCCIÓN.....	133
2. INTELIGENCIA ARTIFICIAL (IA).....	134
3. LOS CONTRATOS INTELIGENTES.....	136
4. ¿ES POSIBLE CONCEBIR CONTRATOS DE TRABAJO INTELIGENTES?.....	138
5. ALGUNAS VENTAJAS O BENEFICIOS DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO INTELIGENTES.....	143
6. CONSIDERACIONES FINALES.....	145
TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES Y REGULACIÓN: ¿UNA RESPUESTA COLECTIVA?.....	147
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	
1. PRESENTACIÓN: EL PROBLEMA REGULATORIO EN EL TRABAJO EN PLATAFORMAS DIGITALES.....	148
2. EL CONTEXTO: NUEVAS REALIDADES LABORALES Y LOS NUEVOS ESPACIOS PARA LO COLECTIVO.....	153
2.1. La era de las revoluciones en el mercado de trabajo.....	153
2.2. La crisis de la cartografía tradicional del mercado de servicios profesionales.....	156
3. LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS.....	159
4. PARTICULARIDADES DE LA DIMENSIÓN COLECTIVA DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS.....	162
4.1. Algunas dificultades particulares.....	162
4.2. Las formas de organización.....	165
4.3. Las medidas de presión.....	168
5. LOS ESPACIOS DE NEGOCIACIÓN.....	171

6. UNA NUEVA FRONTERA PARA LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA: EL TRABAJO AUTÓNOMO EN PLATAFORMAS DIGITALES	182
7. LA ALTERNATIVA COOPERATIVA	188
8. CONCLUSIONES	191
LAS NUEVAS FORMAS DE REPRESENTACIÓN COLECTIVA EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA	197
JUAN MANUEL MORENO DÍAZ	
1. UNA NUEVA FORMA DE PRODUCIR LLAMADA ECONOMÍA COLABORATIVA	197
2. LA DEGRADACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES EN ESTE NUEVO MARCO DE PRODUCCIÓN.....	199
3. ES URGENTE LA REGULACIÓN JURÍDICA DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA	202
4. EL RECONOCIMIENTO Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS COLECTIVOS EN EL MARCO DE LA ECONOMÍA COLABORATIVA.....	205
5. QUID EN TORNO A LA REPRESENTACIÓN DE LOS TRABAJADORES EN EL NUEVO CONTEXTO PRODUCTIVO	207
6. CONCLUSIONES	212
7. BIBLIOGRAFÍA	213
LA (DES) PROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EN PLATAFORMAS DIGITALES	215
ANNA GINÈS I FABRELLAS	
1. INTRODUCCIÓN	215
2. EL SINGULAR MODELO DE NEGOCIO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES Y NUEVAS FORMAS DE TRABAJO	218
3. LA DESPROTECCIÓN SOCIAL DE LOS TRABAJADORES EN LA GIG-ECONOMY.....	221
3.1. Trabajo informal en plataformas digitales.....	222
3.2. Generalizada (y errónea) calificación de los trabajadores en plataformas como trabajadores autónomos	223
3.2.1. La naturaleza jurídica del trabajo en plataformas	223
3.2.2. Exclusión del Régimen General de Seguridad Social ..	230
3.3. La contratación a demanda y su impacto en la menor protección social de los trabajadores.....	232
3.3.1. La utilización <i>de facto</i> del contrato de cero horas.....	233
3.3.2. Inestabilidad, precariedad y desprotección social presente y futura.....	235

3.4. Nuevas formas de trabajo autónomo en plataformas y desprotección social	238
4. RECOMENDACIONES DE PROTECCIÓN SOCIAL DEL TRABAJO EN PLATAFORMAS	240
5. CONCLUSIONES	243
6. BIBLIOGRAFÍA	245
CONSUMO COLABORATIVO Y TRABAJO A TÍTULO DE AMISTAD, BENEVOLENCIA O BUENA VECINDAD	249
RAQUEL SERRANO OLIVARES	
1. CUESTIONES TERMINOLÓGICAS.....	249
2. LOS TÉRMINOS DEL DEBATE	252
3. EL TRABAJO PRESTADO EN EL MARCO DEL CONSUMO COLABORATIVO: DELIMITACIÓN JURÍDICA	254
4. EL TRABAJO VOLUNTARIO Y NO RETRIBUIDO EN EL MARCO DEL CONSUMO COLABORATIVO: ¿UNA NUEVA EXPRESIÓN DEL TRABAJO A TÍTULO DE AMISTAD, BENEVOLENCIA Y BUENA VECINDAD?.....	257
5. CONSUMO COLABORATIVO, CAUSA ONEROSA Y MARGINALIDAD DE LOS SERVICIOS: A MODO DE REFLEXIÓN FINAL	277
COLECTIVOS VULNERABLES Y EMPLEO EN LA ECONOMÍA COLABORATIVA. LUCES Y SOMBRAS DE UN MODELO EMERGENTE EN ENTORNOS RURALES	281
RICARD CALVO PALOMARES JUAN A. RODRÍGUEZ DEL-PINO ENRIC SIGALAT SIGNES	
1. INTRODUCCIÓN	281
2. ANTECEDENTES: CRISIS ECONÓMICA Y SUS CONSECUENCIAS EN EL SISTEMA ECONÓMICO ESPAÑOL	283
2.1. La vulnerabilidad, una consecuencia social y económica	284
2.2. El entorno rural. Un locus de interacción	285
3. MODELOS ECONÓMICOS ALTERNATIVOS AL DESARROLLO ACTUAL. EL CONTEXTO RURAL	286
3.1. La economía colaborativa	287
4. LOS CASOS DE ESTUDIO: ASPECTOS METODOLÓGICOS BÁSICOS.....	292
4.1. Aspectos metodológicos básicos de la investigación de referencia	292
4.2. La ruralidad de las comarcas de interior valenciano: La Serranía y El Rincón de Ademuz	296

4.3. Buscando respuestas desde la ruralidad: la economía colaborativa	300
5. A MODO DE CONCLUSIÓN FINAL	307
6. BIBLIOGRAFÍA	310
LAS NUEVAS OBLIGACIONES INFORMATIVAS TRIBUTARIAS Y EL CONSUMO COLABORATIVO. CRÍTICAS Y PROPUESTAS.....	313
MIGUEL ÁNGEL SÁNCHEZ HUETE	
1. CONSUMO COLABORATIVO, PLATAFORMAS Y TRIBUTACIÓN	313
2. LAS OBLIGACIONES INFORMATIVAS DEL R.D. 1070/2017 ...	320
2.1. Las obligaciones del intermediario	320
2.2. Críticas a su proporcionalidad	323
2.3. Críticas a su legalidad	327
2.3.1. La colaboración con la aplicación de los tributos	328
2.3.2. El deber de información sobre datos de terceros	330
2.3.3. El deber de informar y colaborar con la Administración	336
3. ALTERNATIVAS DE <i>SOFT LAW</i>	338
3.1. El soft law como fenómeno normativo.....	340
3.2. La posible suscripción de convenios de colaboración	343
4. REFLEXIONES FINALES	345
5. BIBLIOGRAFÍA	348
LA MONEDA SOCIAL COMO MEDIO ALTERNATIVO DE INTERCAMBIO EN LA ECONOMÍA SOCIAL Y COLABORATIVA	351
MACARENA HERNÁNDEZ-BEJARANO	
MARTA GARCÍA MANDALONIZ	
1. NUEVOS MODELOS ALTERNATIVOS DE PRODUCCIÓN E INTERCAMBIO	352
2. MONEDA SOCIAL COMO ESTRATEGIA ALTERNATIVA DE INTERCAMBIO	353
3. ACTUALES MODELOS DE INTERCAMBIO CON MONEDA SOCIAL	354
4. NECESIDAD DE REGULACIÓN DE LA MONEDA SOCIAL EN LA ECONOMÍA SOCIAL FORMAL	357
5. MONEDA SOCIAL PARA UNA ECONOMÍA SOSTENIBLE.....	360
6. BIBLIOGRAFÍA	362

PRESENTACIÓN

Los juristas del trabajo somos científicos sociales que nos dedicamos a estudiar problemas, y a colaborar en su resolución. Un análisis de la producción científica de nuestra disciplina podría servir para indicar qué problemas se han ido detectando en cada momento, y qué respuestas se han considerado necesarias para afrontar éstos. Teniendo esto en mente no podemos dudar de que el siglo XXI ha traído muchos temas para estudiar, aunque durante gran parte de éste han estado a la sombra del que más atención recibió, la profunda crisis financiera mundial que tuvo consecuencias desastrosas en el mercado de trabajo. Cuando los peores efectos de esta crisis comenzaron a superarse, entonces pudimos ver que estaban pasando otras cosas. Una es el impacto de los cambios tecnológicos en todos los órdenes del trabajo, que hoy se presenta como la cuestión prioritaria. Primero la digitalización, después el big data, la robótica, la inteligencia artificial, el internet de las cosas, todo esto afecta tanto al empleo como a la forma en que trabajamos. Tampoco podemos olvidar la aparición de nuevos modelos económicos y de intercambio entre personas, fortalecidos por la crisis y por la tecnología, pero también hasta cierto punto ocultada por ésta. Algo que hemos venido denominando como “economía colaborativa”, que es anterior a la crisis y al trabajo digital, pero que ha permanecido de alguna manera a la sombra de ambos fenómenos. Aun así, su importancia, sus posibilidades de futuro y su conexión con estas dos realidades han llevado a colocarla progresivamente en un lugar central en los debates laborales.

De ambos aspectos se ocupa la monografía que ahora se presenta, que es el resultado de la colaboración de una comunidad de científicos del trabajo interesados por estos nuevos desarrollos. Esta comunidad se articula en dos proyectos de investigación: por un lado, el proyecto DER2015-67613-R «The regulation of sharing economy»), radicado en la Universidad de Valencia; y por otro DER 2015-63701-C3-3-R, “Instrumentos normativos sociales ante el nuevo contexto tecnológico”, de la Universidad de Sevilla, proyecto coordinado bajo la dirección del Proyecto Retos DER2015-63701-C3-1-R “Instrumentos Normativos para la Mejora de las Trayectorias de los Working Poor y su Inclusión Social”, todos financiados por el Ministerio de Economía

de tal forma la prestación de servicios que no requiere de dicha potestad unilateral lo que da pie a que las empresas puedan seguir siendo competitivas en el mercado, aunque se conceda el derecho de elegir el horario a los trabajadores. Ello permite alcanzar uno de los objetivos sociales más demandados del S. XXI: una verdadera conciliación con la vida privada.

TRABAJO EN PLATAFORMA Y NO DISCRIMINACIÓN EN EL DERECHO DE LA UE

CRISTINA ALESSI

Profesora Titular de Derecho del Trabajo de la Universidad de Brescia

SUMARIO: 1. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y DISCRIMINACIONES ANTIGUAS; 2. LAS MEDIDAS OFRECIDAS POR LA LEGISLACIÓN ANTIDISCRIMINATORIA DE LA UE; 2.1. La aplicabilidad de las directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54 al trabajo en plataforma. La cuestión de la calificación de la relación laboral; 2.2. La aplicabilidad de la directiva 2010/41/UE al trabajo por cuenta propia; 3. BIBLIOGRAFÍA.

1. NUEVAS FORMAS DE TRABAJO Y DISCRIMINACIONES ANTIGUAS

El incremento de nuevas modalidades de trabajo en plataforma ha planteado cuestiones en parte inéditas por el derecho del trabajo. El debate que se ha provocado, en Italia como en el resto del mundo, se refiere sobre todo a la calificación de las relaciones laborales y, en segundo lugar, a las protecciones aplicables a los trabajadores que realizan sus actividades a través de la *web*.

Se debe decir de inmediato que los problemas son parcialmente diferentes según las modalidades del trabajo: cuando hablamos de trabajo en la economía digital, de hecho, es necesario aclarar ante todo qué tipo de referencia se hace, si se realizan en su totalidad a través de la *web*, como es el caso de muchas plataformas (Amazon Mechanical Turk, por ejemplo), o si se trata de actividades realizadas en el mundo real, para las cuales la plataforma es la herramienta para administrar las mismas actividades (como para Uber, Foodora, Deliveroo, Glovo, etc.) (De Stefano 2017).

Más adelante se verá que con respecto a las cuestiones planteadas por el dercho antidiscriminatorio, en verdad, no hay diferencias sustanciales, ya que la discriminación a menudo se produce mediante el

uso de algoritmos que seleccionan a los trabajadores a los que se les confiarán los servicios solicitados por los clientes.

En cualquier caso, el trabajo en plataforma ha vuelto a proponer un debate que se renueva cada vez que las nuevas tecnologías parecen revolucionar la organización del trabajo “tradicional”; la pregunta es, en otras palabras, si la tecnología va a desplazar el trabajo humano, si implicará la desaparición de muchos perfiles profesionales o si, en cambio, será el enésimo grito de alerta destinado a desaparecer una vez que se haya comprobado, como muestran algunos estudios, que las dimensiones del fenómeno están, después de todo, contenidas (Huws, Spencer, Syrdal, Holts 2018) o que, como afirma parte de la doctrina, no hay nada nuevo bajo el sol (Prassl 2018).

Sin embargo, es cierto que el trabajo en plataforma hace que sea inevitable debatir sobre las nuevas fronteras de la legislación laboral. La aparición de nuevas figuras profesionales que se sitúan entre el trabajo asalariado y el trabajo por cuenta propia, o incluso en el contexto del trabajo autónomo propiamente dicho, pero que requieren una protección comparable a aquellas garantizadas por la legislación laboral, hace que los criterios clásicos para distinguir entre el empleo por cuenta propia y asalariado y la diferenciación de las protecciones resulten obsoletos. La cuestión de la calificación sigue siendo el centro del debate (no solo en Italia), pero —sobre todo en las decisiones de los jueces— este tema resulta definido según los términos tradicionales, es decir los que buscan los índices de subordinación para la aplicación de las leyes de protección. En cambio, hoy en día el debate doctrinal se centra en los criterios útiles para reconocer un conjunto de protecciones para los trabajadores de la economía digital (y no solo), si eso se basa en la posición de dependencia económica (Perulli 2019), en la perspectiva del riesgo (Loi 2019) o en las necesidades de protección expresadas por los trabajadores (Treu 2017).

Este enfoque tampoco es completamente nuevo. En los últimos años, el crecimiento del trabajo por cuenta propia no empresarial ha demostrado que la ausencia de subordinación en sentido técnico no siempre es sinónimo de ingresos elevados y escasa necesidad de protección social; al contrario, por lo que se refiere al trabajo por cuenta propia, se ha registrado la presencia de un grupo de nuevos pobres que trabajan, y mucho, sin alcanzar un nivel de ingresos suficiente

para las necesidades de la vida, y que llaman a la puerta de los sistemas nacionales de protección social y legislación laboral (Hernández Bejarano 2017). Los denominados *working poors* (trabajadores pobres) también incluyen un grupo de trabajadores de la *gig economy*, como demuestran las investigaciones más recientes (Aloisi 2016). No sorprende entonces que las principales reivindicaciones se refieran al pago de un salario mínimo, independientemente de la naturaleza de la actividad realizada.

La perspectiva ofrecida por el derecho antidiscriminatorio puede ser útil para entender cómo las protecciones tradicionales pueden hacer frente a los retos planteados por nuevas formas de empleo producidas por la economía digital. Este es un punto de vista interesante porque la protección contra la discriminación exige que los mecanismos de selección de trabajadores y de decisiones de plataforma, expresadas a través de algoritmos aparentemente inmunes a prejuicios y estereotipos que a menudo influyen en las elecciones de los empresarios, cumplan con los principios de igualdad.

Una de las principales ventajas conectadas con el trabajo en plataforma ha sido precisamente la menor incidencia de discriminación, por ejemplo, en la selección de trabajadores a quienes confiar las actividades solicitadas por los clientes: el hecho de que a menudo la elección se realice mediante mecanismos de selección automatizados, basados en algoritmos, limita la aparición de elecciones basadas en criterios discriminatorios, como el sexo, la raza, la edad, la religión, la orientación sexual, etc. Los administradores de los sitios, además, deberían haber asegurado el anonimato y la protección de los datos sensibles.

Las cosas, sin embargo, han sido muy diferentes. En primer lugar, muchos sitios con oferta y demanda de empleo ofrecen, para cada trabajador, un informe analítico en el que, además de las competencias poseídas, figuran datos como el sexo y la edad; en algunos casos también se encuentra una fotografía de la que es posible obtener estos datos, además de otros relacionados, por ejemplo, con el origen étnico y la religión¹ (como en el caso de las mujeres con velo). En cualquier

¹ Es este el caso de Upwork (www.upwork.com) y Taskrabbit (www.taskrabbit.com).

caso, incluso en caso de que el sitio solo muestre el nombre del candidato, existe la posibilidad de rastrear a el sexo, la raza, el origen geográfico, etc. (Kulmann 2018, p. 6 y sigs.).

En segundo lugar, los estudios realizados sobre la prestación de servicios online han demostrado que en el mercado del trabajo digital se reproducen las mismas actitudes discriminatorias que se encuentran en los empleos “tradicionales”, con respecto a todos los factores de discriminación (Barzialy, Ben-David 2017; Leong, Belzer, 2017; Galperin, Greppi, 2017). La discriminación se produce a través de los mismos algoritmos utilizados para seleccionar a los destinatarios de las ofertas de trabajo, ya que los programas eligen las ofertas más convenientes con criterios basados en las características típicas de un modelo estándar de trabajador (Hacker, 2018), como por ejemplo la disponibilidad de tiempo libre y la velocidad de ejecución de la actividad solicitada. Además, la discriminación se encuentra también en los niveles de remuneración que reciben los trabajadores de la web: según las estadísticas, las mujeres tienen menores ingresos que los hombres, así como los trabajadores de color en comparación con los blancos (Barzilay, Ben-David 2017, p. 408 ss.; Leong, Belzer 2017). La idea según la cual los algoritmos utilizados por las plataformas están “libres de prejuicios inconscientes” es, por lo tanto, completamente errónea (Kulmann 2018, p. 7).

El propósito de este trabajo es comprobar qué soluciones ofrece la legislación europea contra la discriminación para los temas arriba mencionados. El análisis se referirá, en primer lugar, a la aplicabilidad al trabajo en plataforma de las directivas en materia de discriminaciones por razones de género y de otros factores prohibidos.

2. MEDIDAS OFRECIDAS POR LA LEGISLACIÓN DE LA UE CONTRA LA DISCRIMINACIÓN

2.1. *La aplicabilidad de las directivas 2000/43, 2000/78 y 2006/54 al trabajo en plataforma. La cuestión de la calificación de la relación laboral*

Generalmente, cuando se debate la aplicación de las directivas europeas sobre la discriminación, el primer problema que surge atañe la

calificación preliminar necesaria de la actividad laboral como asalariada. De hecho, además de la Directiva 2000/43/CE, cuyo campo de aplicación se extiende al acceso a bienes y servicios y a su suministro, las directivas 2000/78/CE y 2006/54/CE parecen aplicarse exclusivamente a los asalariados. La Directiva 2004/113/CE, que concierne especialmente la discriminación en el acceso a bienes y servicios, excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones relacionadas con el trabajo y el empleo por cuenta propia, pero solo en caso de que “los instrumentos jurídicos vigentes las contemplen”.

En realidad, como se ha mencionado, parte de la doctrina reciente opina que la aplicación de la protección laboral debe prescindir de la calificación de trabajadores asalariados, especialmente con respecto al trabajo en plataforma, cuestionando la rígida clasificación de los trabajadores por cuenta propia y asalariados (Dubal 2017). En resumen, esa distinción parece cada vez menos perceptible, así como los criterios tradicionalmente utilizados por la jurisprudencia y que resultan cada vez menos adaptables a las nuevas formas de trabajo transmitidas por la web. En este sentido, por lo tanto, correspondería a los jueces “buscar soluciones que cumplan mejor con las características diversificadas de las prestaciones y con las necesidades de protección de las personas involucradas” (Treu, 2017). Para algunos, incluso la aplicación del derecho antidiscriminatorio para los trabajadores *on demand* debería prescindir de la calificación de la relación laboral (Centamore, Ratti 2019).

Con respecto a las directivas antes mencionadas, se puede considerar que la protección por ellas reconocida prescinde, al menos en parte, de la calificación de la relación laboral como autónoma o subordinada. La Directiva 2000/78/CE, por ejemplo, establece que sus disposiciones deben aplicarse en relación con “las condiciones de acceso al empleo, a la actividad por cuenta propia y al ejercicio profesional, incluidos los criterios de selección y las condiciones de contratación y promoción, independientemente de la rama de actividad” (artículo 3, párrafo 1, letra a) (Centamore, Ratti 2019). La misma dicción está contenida en el art. 3 de la dir. 2000/43/CE. La directiva 2006/54/CE, por otro lado, no se refiere a la distinción entre trabajo subordinado y por cuenta propia, ni tiene el mismo ámbito de aplicación, al menos por lo que se refiere al acceso al trabajo. De hecho, sería contradictorio creer que la directiva “madre” sobre la discri-

minación tiene un ámbito de aplicación menos extenso que aquello de las directivas “particulares” que acabamos de mencionar. En la legislación italiana, además, la prohibición de la discriminación en el acceso al trabajo contenida en el art. 27 del Código de Igualdad de Oportunidades (decreto legislativo n. 198/2006) se refiere a la actividad realizada en forma subordinada o por cuenta propia.

Esta consideración ya debería ser suficiente para contrarrestar la discriminación que se produce tanto en la selección de los beneficiarios de las ofertas de trabajo a través de los algoritmos usados por las plataformas, como en la exclusión de los trabajadores de las plataformas mediante la aplicación de criterios discriminatorios². Los algoritmos, en cambio, no están exentos de “las características atribuidas o adquiridas, incluso cuando no están formalizadas, en la construcción” de los sistemas de evaluación de los que depende la asignación de las tareas o, incluso, la exclusión de la plataforma (Pais 2019). Como se ha señalado, “there is always a conscious (human) decision that feeds into the algorithm and the data model the algorithm will use to solve a particular problem” (Kulmann 2018, p. 6). Las investigaciones realizadas en el extranjero, por ejemplo, han demostrado que los conductores UBER de color reciben evaluaciones más bajas y, por lo tanto, tienen menos posibilidades de acceder a las peticiones de transporte, aunque garanticen la misma calidad de servicio (Leong, Belzer, 2017).

La cuestión más relevante, entonces, es la de determinar el responsable de la discriminación en el acceso al trabajo en plataforma y los recursos que podrían utilizarse para contrarrestarla.

En cuanto al primer problema, los responsables de la conducta discriminatoria son los administradores de la plataforma y, si bien los principales proveedores de servicios de la web prestan particular atención a presentarse como simples intermediarios, limitándose a unir la oferta y la demanda de empleo, la realidad es muy diferente. El Tribunal de Justicia de la UE, al contrario, ha declarado recientemente que UBER no puede considerarse un intermediario, sino una

² La exclusión de la plataforma, de hecho, debe considerarse un obstáculo para el acceso al empleo (asalariado o por cuenta propia) conforme a las directivas pertinentes.

empresa que ejerce un verdadero servicio de transporte³. Y aunque la solución adoptada por el Tribunal no prejuzgue la respuesta a la pregunta de si los taxistas de Uber deban considerarse asalariados o trabajadores por cuenta propia, como se indica en las conclusiones del abogado general⁴, se puede suponer que la responsabilidad de las decisiones tomadas por la organización de la empresa de transporte pertenece al administrador. Incluso en la hipótesis de que la actividad del gerente sea en realidad una simple intermediación, como sucede con las plataformas en las que los trabajadores y los clientes son libres de establecer las condiciones y los métodos del intercambio, la responsabilidad de los gerentes no fallaría, a la luz de las directivas europeas discutidas en estas páginas y de los convenios de la OIT (ver De Stefano, Wouters 2019). De hecho, la actividad de intermediación consiste precisamente en permitir el acceso al empleo (subordinado o por cuenta propia), una actividad que considera aplicable el principio de no discriminación en cuestión. En Italia, por ejemplo, no es casualidad que la actividad de intermediación entre la oferta y la demanda laboral esté sujeta al cumplimiento del principio de igualdad de género, a efectos del art. 10 del d. lgs. n. 276/2003 y en cumplimiento del Convenio OIT n. 181/97.

De ser así, habría que abordar otra cuestión relativa a los posibles remedios contra la discriminación derivada del uso de algoritmos.

Como hemos visto, los efectos discriminatorios dependen tanto de los criterios adoptados de las plataformas para la selección de trabajadores, como de las consecuencias de la evaluación realizada por los usuarios de la misma plataforma, a menudo en combinación entre ellos.

El primer problema es la transparencia de los criterios de selección, que deben ser garantizados por los administradores de la plataforma, para permitir el control de las decisiones tomadas aparentemente de manera neutral. Este también es un antiguo dilema, que recuerda las primeras decisiones del Tribunal de Justicia UE con respecto a la dis-

³ TGUE 20.12.2017, C-434/15, *Elite Taxi*.

⁴ Conclusiones del abogado General Maciej Szpunar en el Caso C-434/15, punto 54: “esta conclusión no significa, sin embargo, que los conductores de Uber deban necesariamente ser considerados como sus asalariados”.

crimación por razón de sexo⁵. El segundo problema, en cambio, se refiere al contraste de los efectos discriminatorios derivados del funcionamiento del algoritmo sobre la base de las evaluaciones realizadas por los usuarios. En este caso, sería importante identificar herramientas de corrección de las decisiones que tengan en cuenta los sesgos de los usuarios respecto a la evaluación, para que puedan reequilibrarse las posiciones de los sujetos que pertenecen a los grupos discriminados. No sorprende entonces que la resolución del Parlamento Europeo sobre las normas de derecho civil en materia de robótica identifique, entre los principios éticos que deben regir el uso de la inteligencia artificial, los “principios consagrados en el artículo 2 del Tratado de la Unión Europea y en el Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, como la dignidad humana, la igualdad, la justicia y la equidad, la no discriminación”⁶. En este caso, en la definición de algoritmos capaces de tener en cuenta el impacto discriminatorio de los prejuicios en la evaluación de los usuarios se podrían utilizar las estadísticas sobre la discriminación, que también pueden usarse como índices de la existencia de una discriminación hasta en los tribunales, según la legislación interna y europea (Bonardi, Meraviglia 2017).

Como hemos visto, si la prohibición de discriminación en el acceso al empleo en las directivas de la UE se refiere a todos los trabajadores, tanto por cuenta propia como asalariados, lo que debemos preguntarnos ahora es si eso se aplica también a la relación contractual o si, al contrario, está vinculado a la calificación de relación de trabajo como asalariada.

A este respecto es necesario articular la respuesta. Según la formulación literal de las directivas, de hecho, la protección contra la discriminación parece estar dirigida exclusivamente a los trabajadores asalariados, tal y como son definidos por la jurisprudencia del Tribunal de Justicia. En particular, de acuerdo con esta jurisprudencia, y a efectos de

⁵ Uno de los juicios más importantes sobre este punto es, sin duda, el TJCE 17 de octubre de 1989, C-109/88, *Danfoss*, que afirma que si la empresa aplica un sistema de remuneración caracterizado por una falta total de transparencia, deberá demostrar que su práctica salarial no es discriminatoria.

⁶ Resolución del Parlamento Europeo, de 16 de febrero de 2017, con recomendaciones destinadas a la Comisión sobre normas de Derecho civil sobre robótica (2015/2103(INL)).

la aplicación de la legislación de la UE sobre el tema, una persona que realiza una actividad a título oneroso debe considerarse un trabajador asalariado, siempre que dicha actividad sea real y efectiva y se realice bajo la dirección del beneficiario de la prestación⁷. Como resulta evidente, estamos hablando de un criterio muy amplio, mediante el cual el Tribunal incluyó bajo esta definición también a trabajadores “parasalariados” y deportistas profesionales, por ejemplo⁸.

Por otro lado, como figura en las sentencias más antiguas del Tribunal de justicia de la UE, se observa una tendencia dirigida a excluir de la definición en cuestión las actividades meramente marginales y secundarias incluyendo, en cambio, las que garantizan un nivel salarial inferior al mínimo de subsistencia⁹.

Sin embargo, en los últimos tiempos, el Tribunal decidió incluir también a los trabajadores por cuenta propia en la protección garantizada por la legislación de la UE.

Es posible observar señales en esta dirección en algunas sentencias que han abierto un intenso debate sobre el tema, como aquella relativa a los miembros de las orquestas, considerados por el Tribunal como falsos trabajadores por cuenta propia¹⁰, y aquella que se refiere al caso de la profesora empleada en una escuela privada y luego contratada por una agencia como trabajadora por cuenta propia y enviada en la misma escuela para realizar el mismo trabajo¹¹.

Sin embargo, estos son aspectos que deben ser contextualizados.

La opinión de aquellos que creen que a través de estas sentencias el Tribunal no ha extendido la aplicación del derecho a la igualdad de trato a los trabajadores por cuenta propia es del todo aceptable

⁷ La definición fue formulada por el Tribunal en relación con las normas en materia de libre circulación de trabajadores. Véase en particular, TJCE 3.07.1986, C-53/81, *Lawrie Blum*. Más recientemente, ver TJUE 19.07.2017, C-143/16, *Abercrombie & Fitch*, que utiliza el concepto de trabajador con respecto a la libre circulación. Crítica sobre la cuestión BONARDI 2017.

⁸ TJCE 15.12.1995, C-415/93, *Bosman*.

⁹ Ambas posiciones están contenidas en el TJCE de 23 de marzo de 1982, C-53/81, *Levin*.

¹⁰ TJUE del 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV*, en *Riv. It. Dir. Lav.*, 2015, II, p. 566 ss., con nota de P. Ichino.

¹¹ TJCE del 13 de enero de 2004, C-256/01, *Allonby*.

(Kullman 2018); sin embargo, cabe señalar que en ambas decisiones el Tribunal se ha centrado en las necesidades de protección expresadas tanto por los trabajadores subordinados como por los trabajadores por cuenta propia.

En la sentencia *Allonby*, en particular, el Tribunal subraya que “la calificación formal como trabajador por cuenta propia según la legislación nacional no excluye que una persona deba ser clasificada como trabajador a efectos del art. 141, n. 1, TCE si su independencia solo es ficticia”¹².

Una consideración similar se hizo recientemente en la sentencia *Gusa* sobre la libre circulación de trabajadores, donde el Tribunal, al recordar que la Directiva 2004/38/CE “se propone superar el enfoque sectorial y fragmentario que caracterizaba a los instrumentos del Derecho de la Unión anteriores a dicha Directiva, que se referían por separado a los trabajadores por cuenta ajena y por cuenta propia”, concluye afirmando que un trabajador por cuenta propia que cesa su actividad “podría hallarse en una situación de vulnerabilidad comparable a la de un trabajador por cuenta ajena despedido”¹³.

En este caso también, el Tribunal no solo subraya la distinción entre trabajadores asalariados y por cuenta propia, que debería llevar a la aplicación de reglas diferentes, sino que se ocupa también de las consecuencias perjudiciales por el trabajador derivadas de la calificación formal de su actividad.

Sin embargo, este enfoque está respaldado por la doctrina. Aunque con matices diferentes, en la doctrina se señala como incluso en los casos en los que el trabajo se realice sin la completa autonomía del trabajador, la legislación de protección debería aplicarse de todos modos, si bien con las adaptaciones solicitadas por la especificidad de la prestación (Contouris 2017).

Además, las posturas que se acaban de mencionar son una expresión de la tendencia a incluir bajo la legislación laboral a los sujetos

¹² TJCE del 13 de enero de 2004, C-256/01, *Allonby*, apartado 79 de la motivación.

¹³ TJUE del 20 de diciembre de 2017, C-442/16, *Gusa*, apartados 40 y 43 de la motivación.

que tienen una situación de debilidad contractual, incluso si trabajan por cuenta propia (Todolí Signes 2017).

Una tendencia similar se expresa, por ejemplo, en el Pilar de los derechos sociales de la UE¹⁴, cuyo art. 5 sobre las condiciones de trabajo justas y equitativas establece que deben promoverse “formas de trabajo innovadoras que garanticen condiciones de trabajo de calidad”, con una formulación que no se limite solo al trabajo asalariado, ya que la frase sucesiva reza que “deberán fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia”.

Se trata, de hecho, de declaraciones no innovadoras con respecto al *acquis* de la Unión y, sobre todo, de carácter no vinculante, como han señalado los comentaristas (Giubboni 2017, p. 960), aunque tienen un impacto “político” significativo en la gobernanza europea (Hendrickx 2018).

Además, no se puede negar que el pilar representa “una de las declaraciones más claras de la nueva base neoliberal de derechos (de “libertad”) (...) cuyos titulares son trabajadores asalariados (flexibles), trabajadores por cuenta propia, empresarios y empleadores” (Giubboni 2017, p. 958; véase también Ratti 2018, p. 17).

Como se ha observado, el Pilar se basa en la noción de trabajador que también puede deducirse de la jurisprudencia del Tribunal de justicia UE sobre el tema de la discriminación por razón de sexo, que no se puede comparar con la noción de “subordinación en un sentido técnico” y que permite la inclusión de una amplia gama de relaciones, en conformidad con los propósitos del principio de igualdad de trato “(Ratti 2018, p. 19).

Una semejante tendencia al reconocimiento de los derechos fundamentales vinculados al trabajo se manifiesta en las legislaciones de los Estados miembros a través de la introducción de figuras intermedias entre el trabajo asalariado y el trabajo por cuenta propia, que se caracterizan por la situación de dependencia contractual y no de subordinación.

¹⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Establecimiento de un pilar europeo de los derechos sociales*, COM (2017) 250 final de 26 de abril de 2017.

A este respecto, cabe mencionar la experiencia española de TRADE¹⁵, la italiana de trabajo hetero-organizado, en la que el Tribunal de Apelación de Turín incluyó hace poco el trabajo de los “*rider*” de Foodora¹⁶, y la anglosajona de la clasificación de los trabajadores entre *employee* y *workers*, según el grado de dependencia del empresario, con la aplicación de protecciones diferentes¹⁷.

Sin embargo, la extensión de las protecciones podría llevarse a cabo directamente por los jueces, aunque eso requeriría cierta audacia, al menos en los países de *civil law*. De hecho, se encomendaría al juez la tarea de evaluar la situación en la que se encuentra el trabajador en plataforma, identificar la debilidad contractual y luego proceder a la aplicación (selectiva) de las protecciones laborales, a partir de los derechos fundamentales, como los derechos a una remuneración justa y a l' igualdad de trato (véase Prassl 2018). Un parámetro importante, a este respecto, podría ser ofrecido por la negociación colectiva, que está empezando a reconocer a los trabajadores de la *gig economy*, en particular a los *riders*, algunas protecciones fundamentales, en primer lugar el salario mínimo¹⁸. Éste es el caso del reciente convenio colectivo nacional italiano del 18 de julio de 2018 del sector logístico, que concedió a los *riders* el derecho a una remuneración contractual y al respeto del horario máximo de trabajo (39 horas por semana), así como un tiempo mínimo diario de dos horas. Una disposición importante es la que establece que la organización de la actividad laboral

¹⁵ Estos son los “trabajadores autónomos económicamente dependientes”; recientemente la jurisprudencia española ha reconocido como tales a los trabajadores de Glovo.: sobre este asunto véase LÓPEZ BALAGUER 2018.

¹⁶ Se hace referencia a la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín del 11 de enero de 2019, que, sin embargo, conduce inequívocamente a la colaboración hetero-organizada mencionada en el art. 2, d. lgs. n. 81/2015 la relación laboral de los *riders* y, por lo tanto, obliga a la plataforma a aplicarles el convenio colectivo nacional del sector de logística y transporte de mercancías.

¹⁷ También en este caso la distinción ha servido para reconocer a los trabajadores en plataforma (en este caso los conductores Uber) parte de la protección laboral. Véase la sentencia del Tribunal de Empleo de Londres 28.10.2016, n. 2202550, confirmada por el Tribunal de Apelaciones de Empleo del 10.11.2017. Para la reconstrucción de la cuestión véase PACELLA 2017.

¹⁸ De hecho, la negociación colectiva podría ser una herramienta fundamental para regular el trabajo en plataforma. Véase los ensayos de LASSANDARI, TULLINI, MARTELLONI Y FORLIVESI publicados en *Labor & Law Issues* n. 1/2018.

no puede estar vinculada a la valoración generada por los algoritmos. Si bien el convenio en cuestión solo se refiere a los trabajadores asalariados, sus normas podrían establecer el punto de partida para extender las disposiciones antes mencionadas también a los trabajadores por cuenta propia¹⁹. Las decisiones emitidas hasta ahora sobre este tema tan complejo, no solo en Italia²⁰, se refieren a la distinción clásica entre trabajo por cuenta propia y trabajo asalariado y, cuando la legislación lo establezca, a figuras intermedias a las que se reconocen algunas de las protecciones laborales. Cuando la calificación de la relación de trabajo conduzca al reconocimiento de la autonomía de la actividad de los trabajadores en plataforma, la consecuencia será la aplicación de las normas aplicables al trabajo por cuenta propia.

En efecto, cabe prestar atención a estas normas, para comprobar si de ellas se puede obtener una prohibición de discriminación aplicable también a los trabajadores de la *gig economy*.

2.2. La aplicabilidad de la Directiva 2010/41/UE al trabajo por cuenta propia

Como se ha observado, la calificación como trabajadores asalariados podría no solo no cumplir con las modalidades efectivas de desempeño de la actividad, sino también considerarse poco apreciada por los propios trabajadores, ya que muchos de ellos recurren al trabajo en plataformas online también para poder elegir tiempos y modalidades de las actividad (Nadler, 2018, p. 480 ss.). Esta última afirmación, sin embargo, no es del todo aceptable, porque solo afecta

¹⁹ A la hora de redactar este ensayo, los interlocutores sociales están evaluando la extensión de las disposiciones antes mencionadas también a los trabajadores autónomos.

²⁰ Como hemos visto, las sentencias conocidos hasta ahora sobre el tema (y que siempre se refieren a casos en los que la actuación tiene lugar en el mundo real, como es el caso de los taxistas de Uber y los botones de Glovo y Foodora) se basan en la calificación de la relación de trabajo. Véase, además de las sentencias citadas en las notas 16 y 17, para Francia Cass., Ch. Sociale, 28.11.2018, disponible en www.courdecassation.fr, para España Juzgado de lo social de Valencia 1.6.2018, disponible en <https://www.isdc.ch/media/1590/13-juzgado-valencia-1-junio.pdf>, y Juzgado de lo social de Madrid 3.9.2018, disponible en <http://www.poderjudicial.es/search/openDocument/fa259a801e2ea6e1/20180926>

una parte del fenómeno. Las controversias planteadas por los trabajadores, en muchos Países europeos y no europeos, muestran que la situación es muy variada y no se puede reducir a un solo caso. Para muchos trabajadores, el trabajo en plataforma es la única fuente de ingresos, y la libertad de elección de los tiempos y las modalidades de la actividad se debe más a la imposición de las mismas plataformas que a una decisión consciente de los trabajadores. Desde este punto de vista, también es discutible afirmar que la posición de las plataformas diferiría de la de los empleadores “clásicos” precisamente porque no estarían obligadas a prestar un servicio a quienes lo soliciten (Nadler 2018 pone el ejemplo del restaurante y las plataformas que ofrecen el servicio de entrega a domicilio), sino simplemente a ofrecer la oportunidad de acceder al mercado de un servicio determinado, sin ejercer control sobre la prestación real del servicio en cuestión. La presencia de un gran número de sujetos que llevan a cabo esa actividad en un período de tiempo determinado, en comparación con el supuesto número de solicitudes en el mismo período, lleva a creer que existe un cálculo empresarial preciso detrás de la actividad de las plataformas, bastante similar a aquello de un empresario “clásico”. Por eso, cabe subrayar nuevamente las consideraciones por las cuales el Tribunal de Justicia UE ha considerado la actividad de Uber como una prestación de un servicio de transporte, en lugar de un servicio informático²¹. El Tribunal, en particular, enfatiza que Uber crea “una oferta de servicios de transporte urbano, que hace accesible concretamente mediante herramientas informáticas [...] y cuyo funcionamiento general organiza en favor de las personas que deseen recurrir a esta oferta para realizar un desplazamiento urban” (apartado 38 de la sentencia). Según el Tribunal, eso es suficiente para sostener que el servicio de intermediación “forma parte integrante de un servicio global cuyo elemento principal es un servicio de transporte” (apartado 40 de la sentencia). A la luz de las observaciones precedentes, la conclusión a la que llega el Tribunal es totalmente aceptable, precisamente porque considera correctamente la actividad de las plataformas como una actividad empresarial, de acuerdo con las modalidades de desarrollo de servicios en la economía digital (en este punto, véase Gomes 2016).

²¹ TJUE 20.12.2017, C-434/15, *Elite Taxi*, cit.

Sin embargo, también es necesario reconocer que muchas de las controversias planteadas por los trabajadores de la *gig economy* para el reconocimiento de la calificación de trabajador asalariado o la de trabajador para-asalariado (o trabajador hetero-organizado, como en Italia) han producido resultados negativos, ya que los jueces enfatizaron algunas de las modalidades de desarrollo de la actividad típicas de los trabajadores por cuenta propia, como la elección del período de actividad, la posibilidad de no responder a la llamada del cliente/comitente y la propiedad de las herramientas para llevar a cabo la actividad en sí. A estas alturas, incluso antes de preguntarse si es apropiado realizar una intervención legislativa para extender a los trabajadores de la *gig economy* algunas de las protecciones otorgadas a los trabajadores asalariados, como sucedió en algunos Países, es necesario hacer algunas consideraciones sobre la disciplina aplicable a los trabajadores por cuenta propia, con especial atención a la legislación antidiscriminatoria.

En general, cabe reconocer que el derecho a no ser discriminado en razón de los factores constitutivos de la persona es un principio general, que debe aplicarse independientemente de que sea una relación de trabajo asalariada o por cuenta propia (Nadler 2018, p. 487, con referencia a Legislación norteamericana: sobre este punto véase también Barbera 2017). Sin embargo, cabe recordar que, a la luz de la legislación de la UE, la calificación de los trabajadores de la *gig economy* como trabajadores por cuenta propia no excluye la aplicación de la protección contra la discriminación. Ya hemos visto cómo, para algunas razones de discriminación, las directivas sobre el tema establecen la extensión de la prohibición de discriminación fuera del contexto del trabajo (véase más arriba), mientras que para otros factores la protección solo se aplica al acceso al mercado del trabajo. La extensión del ámbito de aplicación de las directivas fuera de los límites de la subordinación también se ha planteado como hipótesis, con referencia a la necesidad específica de protección de los trabajadores.

Cabe subrayar, sin embargo, que otras disposiciones pueden considerarse aplicables a las actividades en cuestión, como las que se basan en la Directiva 2010/41/UE relativas al trabajo por cuenta propia.

El alcance de esta directiva se limita a la discriminación por razón de sexo, pero en este contexto, los Estados miembros tienen que garantizar “la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y

mujeres que ejerzan una actividad autónoma”, en el supuesto de que “la discriminación por razón de sexo y el acoso también se producen al margen del trabajo asalariado” (considerando 1). Las disposiciones más importantes de la directiva son aquellas establecidas en los artículos 3 y 4, que contienen, respectivamente, las definiciones de discriminación directa e indirecta y de acoso, así como la afirmación del principio de igualdad de trato, “por ejemplo en relación con la creación, el equipamiento o la ampliación de una empresa o con el inicio o la ampliación de cualquier otra forma de actividad autónoma”. Como se ha señalado, se trata de una disposición muy amplia, que sin duda se puede considerar aplicable también al trabajo por cuenta propia realizado por los trabajadores en plataforma. Sin embargo, se trata también de normas bastante descuidadas por parte de la doctrina y de la jurisprudencia; hasta ahora, por ejemplo, no existe ninguna decisión del Tribunal de Justicia UE sobre la directiva en cuestión. El alcance del principio de igualdad en el trabajo por cuenta propia podría tener un impacto importante con respecto al trabajo en la *web*, tanto desde el punto de vista del acceso a las oportunidades de trabajo ofrecidas por los administradores de la plataforma, como desde el punto de vista de la igualdad en las condiciones contractuales aplicables a los trabajadores implicados (Barnard, Blackham 2015, p. 8 y ss.).

Sin embargo, por lo que se refiere a la aplicación de la Directiva 2010/41/UE, de momento no hay sentencias del Tribunal de Justicia, y eso por un lado depende de la reciente aprobación de la directiva, por otro de las escasas controversias presentadas a nivel nacional. Los litigios en materia de trabajo por cuenta propia anteriores a la aprobación de la directiva en cuestión son muy escasos también. (véase el informe de Barnard, Blackham 2015, p. 31 y siguientes). Semejante situación representa las dificultades de quienes se dedican a actividades de trabajo por cuenta propia para hacer valer sus derechos ante los tribunales, como la no discriminación y la igualdad de trato. Desde este punto de vista, la reciente aprobación en Italia de una legislación específica sobre el trabajo por cuenta propia, que reconoce ciertas protecciones básicas, representa sin duda un avance, pero no suficiente del todo. Entre las disposiciones de la ley n. 81/2017 sobre la protección del trabajo por cuenta propia no empresarial, falta la prohibición de la discriminación, aunque sea en forma de una referencia al texto único sobre el tema de la igualdad de trato entre hombres y mujeres.

3. BIBLIOGRAFÍA

- Aloisi A. (2016), *Commoditized workers: case study research on labour law issues arising from a set of «on demand/gig economy» platforms*, in *Comparative Labour Law and Policy Journal*, n. 37, p. 653 ss.
- Barbera M. (2017), *Il cavallo e l' asino. Ovvero dalla tecnica della norma inderogabile alla tecnica antidiscriminatoria*, in O. Bonardi, a cura di, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell' era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, p. 17 ss.
- Barnard C., Blackham A. (2015), *The implementation of Directive 2010/41 on the application of the principle of equal treatment between men and women engaged in an activity in a self employed capacity*, Luxembourg, Publications Office of the European Union.
- Bonardi O. (2017), *Il divieto di discriminazioni per età alla deriva. Note sul caso Abercrombie*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, II, p. 545 ss.
- Bonardi O., Meraviglia C. (2017), *Dati statistici e onere della prova nel diritto antidiscriminatorio*, in Bonardi O., a cura di, *Eguaglianza e divieti di discriminazione nell' era del diritto del lavoro derogabile*, Roma, Ediesse, p. 351 ss.
- Chen L., Ma R., Hannák A., Wilson C. (2018), *Investigating the Impact of Gender on Rank in Resume Search Engines*, Proceedings of the 2018 CHI Conference on Human Factors in Computing Systems, Paper No. 651, Montreal, QC, Canada.
- Cherry M.A., Aloisi A. (2017), *Dependent Contractors in the Gig Economy: A Comparative Approach*, in *American University Law Review*, vol. 66, p. 635 ss.
- Centamore, Ratti (2019), *Oltre il dilemma qualificatorio: potenzialità e limiti del diritto antidiscriminatorio nella protezione del lavoratore on-demand*, in Alessi C., Barbera M., Guaglianone L., a cura di, *Impresa, lavoro e non lavoro nell' economia digitale*, Bari, Cacucci, p. 655 ss.
- Contouris N. (2018), *The Concept of 'Worker' in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope*, in *Industrial Law Journal*, vol. 47, p. 192 ss.
- De Stefano V. (2016), *The rise of the «just-in-time workforce»: on-demand work, crowdwork and labour protection in the «gig-economy»*, International Labour Office, Inclusive Labour Markets, Labour Relations and Working Conditions Branch. - Geneva: ILO, Conditions of work and employment series; No. 71
- De Stefano V. (2017), *Lavoro «su piattaforma» e lavoro non standard in prospettiva internazionale e comparata*, in *Rivista Giuridica del Lavoro*, I, p. 241 ss.

- De Stefano V. (2018), *Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labour protection*, ILO Employment Policy Department, Employment Working Paper No. 246.
- De Stefano V., Wouters M. (2019), *Should digital labour platforms be treated as private employment agencies?*, Foresight Brief, n. 7, Brussels, ETUI (<https://www.etui.org/Publications2/Foresight-briefs/Should-digital-labour-platforms-be-treated-as-private-employment-agencies>)
- Del Vescovo D. (2017), *Ravvicinamento dello status di lavoratore autonomo e di lavoratore dipendente nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*, in *Amministrativamente* (www.amministrativamente.it), fasc. 11-12, p. 2 ss.
- Dubal V. B. (2017), *Wage Slave or Entrepreneur: Contesting the Dualism of Legal Worker Identities*, in *Calif. L. Rev.*, vol. 105, p. 65 ss.
- Ducato R., Kullmann M., Rocca M. (2018), *Customer ratings as a vector for discrimination in employment relations? Pathways and pitfalls for legal remedies*, Paper for Marco Biagi Conference "Assessing Worker performance in a Changing Technological and Societal Environment", Modena, 19-21 March.
- Galperin H., Greppi C. (2017), *Geographical Discrimination in the Gig Economy*, Available at SSRN: <https://ssrn.com/abstract=2922874> or <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.2922874>
- Giubboni S. (2017), *Appunti e disappunti sul pilastro europeo dei diritti sociali*, in *Quaderni Costituzionali*, n. 4, p. 953 ss.
- Gomes B. (2016), *Le crowdworking: essai sur la qualification du travail par intermédiation numérique*, in *Revue de droit du travail*, p. 464 ss.
- Grosheide E., Barenberg M. (2016), *Minimus Fees for the Self-Employed: a European Response to the Uber-ized Economy*, in *The Columbia Journal of European Law*, vol. 22, p. 193 ss.
- Hacker P. (2018), *Teaching Fairness to Artificial Intelligence: Existing and Novel Strategies against Algorithmic Discrimination under EU Law*, in *Common Market Law Review*, Issue 4, pp. 1143 ss.
- Hendrickx F. (2018), *The European Social Pillar: a first evaluation*, in *European Labour Law Journal*, n. 9, p. 3 ss.
- Hernández Bejarano M. (2017), *La opción por el trabajo autonomo: ¿una alternativa frente al desempleo protegida de forma adecuada?*, in Calvo Gallego J., Gómez Álvarez R., *Trabajadores pobres y pobreza en el trabajo*, Murcia, Laborum, p. 367 ss.
- Huws U., Spencer N.H., Syrdal D.S., Holts K. (2018), *Work in the European Gig Economy*, PEPS, UNIEuropa, University of Hertfordshire, <https://uhra.herts.ac.uk/handle/2299/19911>

- Kullmann M. (2018), *Platform Work, Algorithmic Decision-Making, and EU Gender Equality Law*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 34, no. 1: 1-22
- Leong N., Belzer A. (2017), *The New Public Accommodations: Race Discrimination in the Platform Economy*, in *Georgetown Law Journal* 1271, U Denver Legal Studies Research, Paper No. 17-20
- Loi P. (2019), *Vecchi e nuovi rischi dei lavoratori dell' economia digitale*, in Alessi C., Barbera M., Guaglianone L., a cura di, *Impresa, lavoro e non lavoro nell' economia digitale*, Bari, Cacucci, p. 311 ss.
- López Balaguer M. (2018), *Trabajo en plataformas digitales en España: primeras sentencias y primeras discrepancias*, in *Labour & Law Issues*, (<https://labourlaw.unibo.it/>), n. 2, p. 53 ss.
- Nadler M. L. (2018), *Independent Employees: A New Category of Workers for the Gig Economy*, in *North Carolina Journal of Law & Technology*, p. 443 ss. (<https://scholarship.law.unc.edu/ncjolt/vol19/iss3/2/>)
- Pacella G. (2017), *Drivers di Uber: confermato che si tratta di workers e non di self employed*, in *Labour & Law Issues* (<https://labourlaw.unibo.it/>), n. 2, p. 50 ss.
- Pais I. (2019), *Verso nuove forme di governance del mercato del lavoro: le piattaforme digitali come istituzioni e il ruolo della reputazione*, in Alessi C., Barbera M., Guaglianone L., a cura di, *Impresa, lavoro e non lavoro nell' economia digitale*, Bari, Cacucci, p. 433 ss.
- Perulli A. (2019), *Economia digitale e qualificazione dei rapporti di lavoro*, in Alessi C., Barbera M., Guaglianone L., a cura di, *Impresa, lavoro e non lavoro nell' economia digitale*, Bari, Cacucci, p. 405 ss.
- Ratti L. (2018), *Il pilastro europeo per i diritti sociali nel processo di rifondazione dell' Europa sociale*, in Chiaromonte W., Ferrara M.D. (a cura di), *Bisogni sociali e tecniche di tutela giuslavoristiche*, Milano, F. Angeli, p. 7 ss.
- Stewart A., Stanford J. (2017), *Regulating work in the gig economy: what are the options?*, in *The Economic and Labour Relations Review*, vol. 28, p. 420 ss.
- Todoí-Signes (2017), *The End of the Subordinate Worker? The On-Demand Economy, the Gig Economy and the Need for Protection for Crowdworkers*, in *International Journal of Comparative Labour Law and Industrial Relations*, 33, no. 2, p. 241 ss.
- Treu T. (2017), *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della gig economy*, in *Lavoro e diritto*, n. 3-4, p. 367 ss.
- Van Cleynenbreugel P. (2017), *Le droit de l' Union européenne face à l' économie collaborative*, in *Revue Trimestrielle de droit européen*, p. 697 ss.