

**INVITADO  
ESPECIAL**



# El test de laboralidad y la dialéctica de los indicios de subordinación y autonomía

**WILFREDO SANGUINETI RAYMOND\***

Universidad de Salamanca  
(Salamanca, España)  
Contacto: [wsr@usal.es](mailto:wsr@usal.es)  
<https://orcid.org/0000-0002-7180-0959>

“Lo que distingue a los hombres no es el programa, sino el método. No las soluciones que dan a los problemas, sino el modo de plantearlos. Esto es lo que a mi me importa, y mi método no puede ser otro que el de la eterna oposición. Recuerdo que, cuando empecé a aprender alemán en Madrid, hice mis primeros ejercicios en la Lógica de Hegel, y que de aquella lógica conservo todavía la lucha, la revolución en las entrañas, que es la revolución más fecunda”

Miguel de Unamuno, *Discurso en homenaje a los estudiantes madrileños*, 1931

17

**SUMARIO:** I. Un inesperado hallazgo acaecido en plena crisis sanitaria: la revalorización del test de laboralidad. II. Los orígenes del test de laboralidad y el papel de la subordinación como elemento aglutinador de los rasgos típicos del contrato de trabajo. III. La prueba de fuego del trabajo a través de plataformas digitales y la emergencia del razonamiento tipológico-funcional.



\* Catedrático de Derecho del Trabajo de la Universidad de Salamanca. El texto tiene como punto de partida la lección de incorporación del autor como miembro de número de la Academia Iberoamericana de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social (silla 35, correspondiente a la República del Perú), pronunciada el 28 de mayo de 2021 en el marco del Foro Iberoamericano de Derecho del Trabajo, organizado por esta institución en colaboración con la Facultad de Jurisprudencia de la Universidad del Rosario. Con anterioridad ha sido publicado en la *Revista de Derecho Social*, 2022, núm. 97.

## I. UN INESPERADO HALLAZGO ACAECIDO EN PLENA CRISIS SANITARIA: LA REVALORIZACIÓN DEL TEST DE LABORALIDAD

La crisis sanitaria originada por la incontrolada expansión del virus SARS-Cov-2, a la que ha sabido hacer frente la humanidad con cada vez mejores armas, está siendo pródiga en lo que a la introducción de novedades para los ordenamientos laborales se refiere. Estas novedades, sin embargo, tienen más que ver con la actualización, recuperación o adaptación a las necesidades impuestas por la emergencia de instituciones y herramientas ya existentes que con la introducción de elementos por completo nuevos. De hecho, una de sus más relevantes consecuencias ha sido la de haber contribuido a reforzar la legitimidad de buena parte de los componentes estructurales y las instituciones básicas de nuestro Derecho del Trabajo, al haber mostrado estos, a la hora de ser aplicados a la nueva situación, una capacidad de adaptación y una utilidad social incluso superiores a la que se les venía asignando tradicionalmente, a despecho de las críticas, centradas en su rigidez y falta de sensibilidad con las necesidades del entorno, a las que se habían visto sometidos en el pasado. La existencia de una relación de trabajo reconocida como tal y su carácter indefinido siempre que sus condiciones objetivas respondan a ello, la plena admisión de la posibilidad de prestación a distancia del trabajo sin alteración de su naturaleza subordinada y con aplicación de todas sus garantías o el carácter causal y sujeto a procedimientos y medidas de control de las instituciones que regulan la suspensión del contrato de trabajo y su extinción, por citar aquí solo tres de los ejemplos más relevantes, se han mostrado a la luz de la experiencia vivida como herramientas de las que no es posible prescindir si se quiere asegurar el acceso de todas las personas a la protección social, favorecer una adecuada adaptación del trabajo a las necesidades, tanto de las personas como de las empresas, y evitar el desplome del empleo en situaciones transitorias de dificultad. Todos ellos se han convertido, pues, ahora más que nunca, en ingredientes irrenunciables de la configuración institucional de nuestra legislación del trabajo, que no solo deben ser cuidadosamente preservados sino inteligentemente desarrollados en el futuro.<sup>1</sup>

1 Esta es, de hecho, una orientación de política del Derecho que ha empezado a abrirse camino entre nosotros sin esperar el fin del cataclismo experimentado, como se deduce de la introducción de importantes cambios normativos, no ya coyunturales sino con vocación de permanencia, inspirados en las referidas líneas directrices, a lo largo del año 2021, marcando con ello un punto de inflexión respecto de la tendencia hacia la reducción de los niveles de tutela impuesta por intervenciones precedentes.

El anterior ha sido también el caso, aunque esto no haya sido destacado con suficiente intensidad por los observadores del fenómeno, del instrumento técnico del que nos servimos los juristas del trabajo, y en particular los jueces del orden social, para determinar, singularmente en situaciones conflictivas y dudosas, la presencia de los elementos o rasgos distintivos del trabajo objeto de protección. Uno de los hallazgos más inesperados, pero sin duda más relevantes y fructíferos, de la reacción de los ordenamientos laborales, entendidos como un todo, frente a la pandemia ha sido la revalorización y el fortalecimiento del *test de laboralidad* como herramienta útil, no solo para resolver los problemas de calificación jurídica asociados a la emergencia de formas nuevas de trabajar, sino para prestar amparo a las necesidades de protección emergentes desde la sociedad. Esta es una revalorización que ha venido de la mano de los desafíos planteados a los ordenamientos laborales y de protección social por la extensión, singularmente durante la fase de confinamiento, del trabajo prestado a través de *plataformas digitales* de externalización *on-line* de tareas y, sobre todo, de prestación de servicios *off-line*.

Dadas sus singulares características, que la alejan de todo lo que hasta el momento había sido visto, esta peculiar forma de trabajar, fruto de la expansión de Internet y el desarrollo espectacular de las tecnologías de la información y las telecomunicaciones y los mecanismos de inteligencia artificial, fue objeto desde un inicio de las más disímiles y contradictorias valoraciones, tanto desde el punto de vista de su calificación jurídica como de sus repercusiones sobre las personas que trabajan. Así, respecto de lo primero, al lado de quienes consideraron que se trataba de una forma de trabajo independiente, en la que los prestadores de los servicios podían decidir con libertad realizar sus actividades cuando lo estimen oportuno,<sup>2</sup> se contaron los que entendieron, de forma por completo opuesta, que encerraban auténticas prestaciones de trabajo subordinado, en las que existía además un control particularmente penetrante e invasivo,<sup>3</sup> basado en una inédita combinación de taylorismo y panopticismo facilitada por el uso de algoritmos para la organización del trabajo y el control de su resultado.<sup>4</sup> De

2 J. MERCADER UGUINA, *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, págs. 95-96.

3 M. L. BIRGILLITO, "El trabajo en la era de la *gig economy*. Una aproximación desde la perspectiva internacional", *Trabajo y Derecho*, 2017, núm. 29, págs. 80-81.

4 F. MALZANI, "El trabajo en la *gig economy* entre calificación jurídica y protección de la salud. El caso de los *riders* en Italia", *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 61, págs. 46-47.

igual forma, por lo que a sus efectos sociales se refiere, las valoraciones oscilaron entre dos extremos. Desde su entendimiento, especialmente desde el espacio de las propias plataformas, como una fórmula capaz de abrir oportunidades nuevas de empleo e incremento de ingresos para muchas personas a través de ocupaciones flexibles y adaptadas a su disponibilidad y posibilidades, hasta su consideración como un mecanismo que, debido a su singular lógica de ajuste del tiempo de trabajo y la retribución, los mecanismos de supervisión de los que se sirve y la imagen de autonomía del colaborador que proyecta, es capaz de dar lugar a consecuencias muy negativas para las personas que la practican, medidas en términos de inestabilidad profesional e ingresos insuficientes, sometimiento a fórmulas muy intensas de control, elevación de las exigencias ordinarias en materia de tiempo de trabajo y disponibilidad,<sup>5</sup> incremento de los riesgos laborales, dificultad para la defensa de los derechos a nivel individual y colectivo y ausencia o limitaciones en materia de protección social.<sup>6</sup> Todo ello, por supuesto, a partir de la puesta en marcha por las plataformas de una política de hechos consumados, de acuerdo con la cual estas se instalan en los países aplicando sus propias reglas, de acuerdo con las cuales quienes colaboran con ellas no son trabajadores subordinados sino empresarios de su propio trabajo, retando de tal forma a los ordenamientos laborales y presentándolos como una reliquia del pasado, opuesta a la modernidad y la innovación.<sup>7</sup>

Pues bien, a despecho de las dificultades que entraña la calificación jurídica de una realidad susceptible de tan disímiles apreciaciones, la definición terminará por llegar en la última etapa, de manera coincidente con la mayor visibilidad del fenómeno y un mayor activismo de los afectados y los órganos administrativos dirigido a poner de relieve sus verdaderos perfiles, a través de una serie de pronunciamientos innovadores, todos dirigidos a declarar su na-

5 F. MALZANI, op. cit., pág. 47, con referencia a la “ansiedad de la performace” que caracteriza el desarrollo de este tipo de trabajos.

6 B. SUÁREZ CORUJO, “La gran transición: la economía de las plataformas y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas Laborales*, 2018, núm. 141, especialmente pág. 46, y J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (*crowdsourcing offline*)”, *Revista de Derecho Social*, 2019, núm. 86, págs. 41-42. Vid. también, A. TODOLÍ SIGNES, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo blanch, Valencia, 2017, págs. 33-39.

7 M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales”, en M. L. RODRÍGUEZ FERNÁNDEZ, *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Economía Social, 2018, pág. 62.

turalidad laboral a despecho de su muy acusada singularidad, emitidos por las máximas instancias judiciales de varios países europeos. Entre ellos, Francia, España, Alemania y el Reino Unido.<sup>8</sup> La presencia de estos pronunciamientos, así como su coincidencia en un breve espacio de tiempo, permite hablar de la emergencia de una tendencia europea a la laboralización del trabajo realizado a través de plataformas digitales. Esta es, por lo demás, una tendencia que ha encontrado luego una rápida plasmación normativa entre nosotros a través de la Ley 12/2021, de 28 de septiembre, que introdujo en el Estatuto de los Trabajadores una “presunción de laboralidad en el ámbito de las plataformas digitales de reparto” con el propósito de consolidar los avances dados a nivel jurisprudencial en la calificación de esta clase de relaciones.<sup>9</sup> Y que empieza a dar pasos hacia su consolidación en el ámbito de la Unión Europea, como puede deducirse del contenido de la Propuesta de Directiva sobre la mejora de las condiciones laborales en el trabajo en plataformas, puesta en circulación por la Comisión Europea el 9 de diciembre de 2021, que recurre igualmente a una “presunción legal” con el mismo propósito, detrás de cuya configuración no es difícil detectar el rastro de las decisiones jurisdiccionales antes referidas.<sup>10</sup>

Este impresionante resultado es la expresión final de una muy importante labor de construcción doctrinal y jurisprudencial dirigida a hacer posible el “encaje” de esas relaciones, atípicas y hasta cierto punto híbridas, en el ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.<sup>11</sup> Esta ha sido una labor dentro de la cual no solo han emergido nuevos indicios y elementos de juicio cada vez más precisos y acabados en torno a las situaciones en las cuales puede admitirse la existencia de una prestación subordinada de servicios, sino que se han llevado a cabo aportaciones dogmáticas de gran interés y utilidad para la aplicación futura del test de laboralidad. La importancia de estas aportaciones es de tal magnitud

8 Véase, respectivamente, las sentencias de la Corte de Casación francesa de 4 de marzo de 2020, del Tribunal Supremo español de 23 de septiembre de 2020, del Tribunal Federal de Trabajo de Alemania de 1 de diciembre de 2020 y de la Corte Suprema británica de 19 de febrero de 2021.

9 Vid. M. C. PALOMEQUE LÓPEZ, “Las presunciones legislativas de laboralidad”, *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 79-80; y W. SANGUINETI RAYMOND, “La laboralización de los trabajadores de las plataformas de reparto y sus consecuencias”, *Trabajo y Derecho*, 2021, núm. 82.

10 Documento COM (2021) 762 final. Vid. en particular el artículo 4.

11 Vid., en la misma dirección, M. CANESSA MONTEJO, “El mundo del trabajo en las plataformas digitales: una aproximación desde el Derecho Laboral”, *Laborem*, 2021, núm. 4, pág. 108, aludiendo al importante “esfuerzo argumentativo” desarrollado con ese fin por la doctrina y la jurisprudencia.

que amerita que les dediquemos una especial atención a través del presente estudio, ya que representan una contribución del mayor relieve a los efectos de actualizar y proyectar la aplicación de esta herramienta hacia los nuevos rostros que sin duda asumirá el trabajo en las siguientes etapas.

Lo veremos con algún detalle a continuación, adoptando como punto de partida la realización una aproximación histórico-crítica al test de laboralidad,<sup>12</sup> que empiece por reconocer las razones que se encuentran en la base de su creación e ininterrumpida vigencia como instrumento al servicio de la calificación de las formas de trabajo de dudoso encuadramiento, para luego aproximarse a su configuración dogmática y terminar valorando el alcance y la utilidad de las contribuciones que a su forma de operar se han producido en la última etapa.

## II. LOS ORÍGENES DEL TEST DE LABORALIDAD Y EL PAPEL DE LA SUBORDINACIÓN COMO ELEMENTO AGLUTINADOR DE LOS RASGOS TÍPICOS DEL CONTRATO DE TRABAJO

22

No hay mejor manera de tomar cuenta del sentido y la razón de ser del test de laboralidad que acercándose a sus orígenes. Unos orígenes que hay que buscarlos en el legado de los fundadores de nuestra disciplina, dentro del cual representa una de sus señas de identidad más relevantes. Porque, sea dicho de inmediato, el test de laboralidad es casi tan antiguo como el Derecho del Trabajo. Y no, como podría creerse, una conquista de la modernidad.

Las primeras referencias al método de indicios o test de laboralidad las encontramos, hace ya más de un siglo, en los trabajos iniciales de Ludovico BARASSI, a quien debemos la entronización de la subordinación como criterio nuclear de identificación del trabajo objeto del Derecho del Trabajo.<sup>13</sup> Ya entonces BARASSI era consciente de que la subordinación es un “estado jurídico” de origen contractual, del cual deriva “un haz de relaciones jurídicas”

- 12 En línea con la propuesta formulada por F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado como tipo contractual”, *Documentación Laboral*, 1993, núm. 39, pág. 31, aunque con referencia, en general, “al papel que la subordinación ha desempeñado –y presumiblemente va a seguir desempeñando– en la determinación del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo”.
- 13 El punto de partida de la construcción de BARASSI se encuentra en su obra *Il contratto di lavoro nel diritto positivo italiano*, cuya primera edición data del año 1901. Un desarrollo más acabado de la misma aparece en la segunda edición, fechada en los años 1915-1917, así como en el texto citado a continuación.

que se resume en “el derecho de quien está investido del poder de imponer su voluntad y en la obligación de quien es sujeto pasivo de aceptar y secundar esa voluntad adecuando a ella su conducta”,<sup>14</sup> que está en condiciones de asumir en la práctica “una variedad de grados en cuanto a su intensidad”,<sup>15</sup> al poder ir “de un máximo a un mínimo” en función de “la naturaleza de las prestaciones de trabajo”,<sup>16</sup> “la cualificación del trabajador” y, en general, “los objetivos que con la subordinación se trate de conseguir en cada caso”.<sup>17</sup> Este tenía, por tanto, pleno conocimiento de la existencia de una “zona de frontera” entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, así como de la presencia de numerosos “casos dudosos”, cuya dificultad radica “en la atenuación del vínculo de subordinación”.<sup>18</sup> Aún así, consideraba que la “notable elasticidad de contenidos” que es capaz de albergar la recién acuñada noción de subordinación<sup>19</sup> posibilitaba “una más fácil solución de esos casos periféricos”,<sup>20</sup> ya que permitía al intérprete detectar, en función de un sistema de “indicios” basado en el examen atento de la posición de las partes,<sup>21</sup> “aquellos casos en los que la subordinación, aunque más limitada, existe de todas formas”.<sup>22</sup>

Este acercamiento a la construcción de BARASSI nos permite llevar a cabo dos constataciones de trascendental importancia para comprender cuál será el papel que corresponderá jugar más adelante a la subordinación y al test de laboralidad. La primera es de orden fáctico: la existencia de problemas de calificación y casos difíciles de encuadrar no es el resultado de una complejización de las modalidades de prestación del trabajo, ocasionada por el cambio tecnológico y las transformaciones productivas a partir de una realidad inicialmente simple y de fácil calificación, sino que están presentes desde un inicio.<sup>23</sup> La segunda

14 L. BARASSI, *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, Giuffrè Editore, Milano, 1930, pág. 177.

15 Op. ult. cit., pág. 182.

16 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit., págs. 639 y 633 de la edición de 1915-1917.

17 L. BARASSI, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 181.

18 Op. ult. cit., págs. 182 y 190,

19 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit. pág. 628.

20 L. BARASSI, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 183.

21 L. BARASSI, *Il contratto di lavoro ...*, cit. págs. 636-637.

22 L. BARASSI, *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 182.

23 En esta dirección, F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “La subordinación ...”, cit., pág. 36, destacando que “los principales problemas que plantea la subordinación como criterio calificador lo son desde el origen”.

tiene, en cambio, un alcance sistemático: las líneas maestras de la respuesta que se ha venido dando a esas dificultades se encontraban esbozadas ya entonces, a partir de la conceptualización de la subordinación como un elemento dúctil y plástico, cuya presencia no puede ser apreciada en casos dudosos sino a partir del examen de la concurrencia de determinados indicios o signos exteriores que suelen acompañarla.

Con estos orígenes, la subordinación y el test de laboralidad han marcado el devenir histórico del Derecho del Trabajo. Y, al hacerlo, han actuado como el soporte conceptual y la herramienta aplicativa de la tendencia expansiva de nuestra disciplina hacia el conjunto de la ciudadanía trabajadora, así como de su adaptación a las transformaciones económicas, tecnológicas y productivas ocurridas desde entonces. Si bien las peculiaridades de su configuración interna y forma de operar, y en particular la amplitud y flexibilidad que los caracterizan, han causado muchas veces perplejidad y convertido la labor de calificación en una operación compleja y no siempre unívoca, estas mismas características les han permitido ir absorbiendo una gama cada vez más amplia y diversa de prestaciones de trabajo, incorporándolas al espacio del ordenamiento laboral, conforme el trabajo asalariado extendía su presencia dentro de la sociedad y la demanda de tutela se extendía a sectores diversos de aquellos cuya movilización dio origen a las primeras normas laborales. Estas pasaron progresivamente, de tal forma, a extender su radio de actuación a los trabajadores del campo y los servicios, a quienes realizan tareas a domicilio, a los vendedores comisionistas, a quienes desarrollan profesiones liberales en régimen de dependencia e incluso, ya al límite, a los cuadros y directivos de las sociedades mercantiles.

Lo anterior no significa, por supuesto, que la subordinación y el test de laboralidad no hayan sido objeto de constantes y severos cuestionamientos, así como de intentos de sustitución por otros criterios y fórmulas de razonamiento. De ello podemos dar testimonio con conocimiento de causa en España, donde la recepción de la nota de la subordinación ha tropezado con una fuerte resistencia, en especial por parte de la doctrina, dentro de la cual ha existido hasta hace poco tiempo una muy importante corriente de opinión que, sobre la base de impugnar el valor definidor de la nota de subordinación, postulaba la necesidad de su sustitución por la de ajenidad.<sup>24</sup> Aunque la última vez en la que se ha podido

24 Para una sistematización de las tesis doctrinales en torno a la ajenidad y una síntesis del debate en torno a ellas, permítaseme la remisión a W. SANGUINETI RAYMOND, *Contrato de trabajo y*

registrar un importante movimiento, también doctrinal, dirigido a impugnar el valor de las tradicionales notas típicas del contrato de trabajo, y en particular de la subordinación, ha sido a lo largo de la última década del pasado siglo, cuando fueron muchos los autores que pusieron en duda la aptitud de esta para operar como un criterio adecuado de encuadramiento de la variedad y complejidad de las nuevas situaciones creadas por los cambios tecnológicos y productivos que por entonces empezaban a despuntar, así como de atención de las necesidades de tutela a ellos asociadas,<sup>25</sup> llegándose a decir que esos fenómenos marcaban el declive de la manera como era concebida la subordinación, “estrechamente entrelazada con las ideas de continuidad y uniformidad en los modos y en los tiempos de empleo de la fuerza de trabajo y de autocracia y de jerarquía en la configuración de los poderes empresariales”.<sup>26</sup> Unas observaciones en función de las cuales se postuló su sustitución por otros criterios que prestasen atención de manera directa a la necesidad socio-económica de protección, en lugar de deducirla del estado de subordinación al que se ve sujeta la persona que trabaja. Lo cual suponía, por cierto, el reemplazo del método de indicios por un test dirigido a determinar la existencia de un estado de necesidad como el apuntado.<sup>27</sup>

A despecho de esas críticas, que más que poner en entredicho las categorías y los métodos clásicos de razonamiento cuestionaban por lo general la pertinencia de los indicios o elementos de juicio más frecuentemente utilizados para su aplicación,<sup>28</sup> lo cierto es que la subordinación y el test de laboralidad han sabido adaptarse en cada etapa a los cambios que se han venido sucediendo en el mundo del trabajo y ofrecer siempre una respuesta en términos de tutela a

---

*nuevos sistemas productivos*, ARA Editores, Lima, 1997, págs. 34-45.

- 25 Una síntesis de este debate en A. GOLDÍN, “El concepto de dependencia laboral y las transformaciones productivas”, *Relaciones Laborales*, 1996, núm. 3, págs. 340 y sigs.
- 26 Estas palabras, de M. D’ANTONA, “Los cambios en el Derecho del Trabajo y la subordinación en el Derecho italiano”, *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 68, son expresión de un pensamiento relativamente extendido en esta etapa. Nótese, no obstante, que ya L. BARASSI indicaba en 1930, en su ya citada obra *Diritto del lavoro e assicurazioni sociali*, pág. 186, que “la intensidad de la subordinación es variable, y puede incluso atenuarse hasta llegar a admitir (...) que no exista la obligación de cumplir con un horario o de permanecer en la oficina”.
- 27 Para un balance de estas propuestas alternativas, con la distancia que ofrecen las dos últimas décadas, vid. J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, 2018, núm. 83, págs. 29-33.
- 28 Como observa F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 45, con especial referencia a “la relevancia del elemento temporal y la inserción material del trabajador en la unidad productiva”.

los retos que esos cambios les han ido planteando, sin que para ello haya sido necesario introducir cambio sustancial alguno, ni en la configuración interna de la primera, ni en la forma de operar del segundo, sino únicamente alteraciones en los factores a tener en cuenta para detectar su presencia. Es decir, llevar a cabo una *recomposición del sistema de indicios*,<sup>29</sup> basada en una atenta observación de las características con las que el trabajo asalariado comparece en la realidad. La subordinación y el test de laboralidad han probado de tal modo su eficacia cada vez que se han visto sometidos a las presiones de las mutaciones de los sistemas productivos y las formas de trabajar, demostrando poseer una gran vitalidad y disfrutar de una envidiable salud desde el punto de vista jurídico.<sup>30</sup>

¿Qué razones pueden contribuir a explicar la inusitada eficacia mostrada por ambas herramientas a la hora de hacer frente a un mundo del trabajo que no ha dejado de transformarse a lo largo del último siglo? A juicio de quien esto escribe, tales razones son al menos las dos siguientes.

La primera se relaciona con la singular óptica desde la cual la subordinación se aproxima a la realidad social y productiva sobre la que sienta sus bases el Derecho del Trabajo, para extraer de ella consecuencias jurídicas. En efecto, lo que caracteriza a esta noción es que centra su atención en el examen del contenido de la relación básica de intercambio entre trabajo y salario que opera como eje del sistema de producción, en vez de hacerlo en un elemento exterior a esta, con el fin de extraer de él aquello que le es esencial. Es en virtud de la adopción de esta perspectiva que la subordinación expresa, antes que una idea de debilidad económica o social, de separación de los trabajadores de los medios de producción, de desposesión de los resultados de su actividad o de alejamiento físico del fruto de su trabajo, aspectos todos estos representativos del contexto en el que se desenvuelve esa relación, la situación de “falta de autonomía para ordenar la propia actividad” de la persona que trabaja que se encuentra en su

29 Como indicaría en su día el autor citado en la nota anterior, esta vez en *Nuevas tecnologías y relación de trabajo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1990, pág. 40. En la misma dirección, vid., del mismo autor, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 45, indicando que “el sistema de indicios es (...) lo suficientemente elástico como para poder afrontar situaciones nuevas, bastando para tal fin su mera recomposición”.

30 Como apunta, aunque los énfasis son míos, J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado ...”, cit., pág. 33. Nótese la diferencia con la apreciación de F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 33, realizada en 1993, en el sentido de que la subordinación “sigue gozando de una mala salud de hierro”.

base.<sup>31</sup> Esto supone que la subordinación opera, antes que como un elemento aislado de tipificación, como una nota alrededor de la cual se reúnen o nuclea todos los rasgos que identifican y hacen reconocible al contrato de trabajo.<sup>32</sup> Para alcanzar una adecuada comprensión de sus alcances no basta, por ello, con centrar la atención en el examen de los contornos del poder de dirección y el deber de obediencia, sino que es preciso ponerla en contacto con el conjunto de elementos que integran el vínculo laboral.<sup>33</sup>

Como es evidente, lo anterior conduce a rechazar de plano cualquier pretensión de llevar a cabo una explicación unitaria o monista de la esencia del contrato de trabajo centrada exclusivamente en este elemento.<sup>34</sup> Y postula la necesidad de entender la subordinación como un rasgo que asume un valor definitorio únicamente en la medida en que sintetiza los efectos típicos de la obligación principal asumida por el trabajador en estos casos.<sup>35</sup> Pero, sobre todo, nos permite poner de relieve una primera y elemental premisa metodológica a seguir para su detección a través del test de laboralidad: *la presencia de la subordinación no puede ser apreciada de forma aislada*, atendiendo exclusivamente a la concurrencia directa de sus manifestaciones externas, *sino tomando en consideración la totalidad*

31 En palabras de G. GARCÍA BECEDAS, *Introducción al Derecho español del Trabajo. Caracteres y fundamento*, Editorial Civitas, Madrid, 1991, pág. 272.

32 Nuevamente, G. GARCÍA BECEDAS, loc. cit. En la misma dirección, E. GHERA, “La cuestión de la subordinación entre modelos tradicionales y nuevas proposiciones”, *Debate Laboral*, 1989, núm. 4, pág. 50, a partir del examen de la tesis de BARASSI.

33 Desde sus orígenes la subordinación no fue concebida como un elemento externo al contenido de la prestación del trabajador sino como un efecto indisolublemente unido a esta. Lo explica L. BARASSI, en su *Diritto del lavoro ...*, cit. pág. 181, de la siguiente forma: “por qué la promesa de una actividad considerada en sí misma es locación de servicios o de trabajo? Porque se sobreentiende que el trabajador pone a disposición una cantidad de energías para los fines que determine el empresario. En cambio, si se ha prometido un resultado quiere decir que se ha prometido un resultado, y el trabajo para lograrlo es algo que concierne al acreedor. En conclusión: allí un trabajador subordinado, aquí autónomo”. En la misma dirección puede ser citado entre nosotros el clásico estudio de M. RODRIGUEZ-PIÑERO, “La dependencia y la extensión del ámbito del Derecho del Trabajo”, *Revista de Política Social*, 1966, núm. 71, pág. 158, donde este autor, luego de indicar que el trabajador “pone a disposición del empleador su fuerza de trabajo para aplicarla en interés” del empleador, afirma de manera concluyente: “de esta puesta a disposición deriva la disponibilidad por el empleador de la fuerza de trabajo del trabajador, el dominio, por tanto, sobre la persona de este”.

34 Esta tesis fue formulada en su día por A. MARTÍN VALVERDE, “Lectura y relectura de la ‘Introducción al Derecho del Trabajo’ del profesor Alonso Olea”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 1996, núm. 77, pág. 421, aunque en relación las tesis que propugnan la sustitución de la subordinación por la nota de ajenidad.

35 Nuevamente, E. GHERA, “La cuestión de la subordinación ...”, loc. cit.

*de los elementos que integran el vínculo laboral.* Esto es algo que, de hecho, ha sido tenido en cuenta desde antiguo por la jurisprudencia. Si se presta atención a los elementos de hecho más frecuentemente empleados por los tribunales, tanto de España como de otros países, para desvelar la presencia de un vínculo de subordinación, no es difícil advertir que la mayor parte de ellos son en realidad indicios de la existencia de una situación de disponibilidad de la actividad del trabajador en favor del empresario, antes que del ejercicio directo por este de facultades de mando. Así ocurre con circunstancias tales como el carácter personalísimo de la prestación, el cumplimiento de una jornada o un horario, la asistencia a un centro de trabajo previamente determinado, la continuidad en el desarrollo de las labores o la exclusividad, por citar algunas de las más relevantes, que lo que hacen es deducir la existencia de esa clase de vínculo entre las partes a partir de las características de la prestación desarrollada por el trabajador.<sup>36</sup>

La segunda razón del éxito histórico de la subordinación y el test de laboralidad se relaciona con su ya apuntada flexibilidad y consecuente capacidad de adaptación a la diversidad de perfiles con los que puede asumir el trabajo asalariado. Dado que las facultades que la primera atribuye al empresario tienen un carácter puramente instrumental respecto de la satisfacción de su interés como acreedor de la actividad del trabajador, su ejercicio se adecua en cada caso al contexto dentro del cual ha de desenvolverse y los objetivos que se persigan a través de la celebración del contrato. De allí que, aunque una relación jerárquica entre las partes no pueda faltar para poder hablar de la existencia de subordinación, la manera de operar de esta pueda asumir en la práctica una gran variedad de grados y matices, como apuntaría ya BARASSI, debido a la presencia de una serie de factores externos o circunstancias de carácter contextual que son capaces de incidir sobre ella, modificando su contenido o modulando su intensidad. Entre ellos, de manera especial, la voluntad del empresario, que puede optar por favorecer en mayor o menor medida la iniciativa del trabajador, la naturaleza del trabajo ofrecido, y en particular el grado de cualificación requerido para su

36 Se remite aquí al clásico estudio de T. SALA FRANCO y F.-V. LÓPEZ MORA, “Contrato de trabajo”, en E. BORRAJO DACRUZ, *Comentarios a las leyes laborales. El Estatuto de los Trabajadores*, EDERSA, Madrid, 1990, T. I, especialmente págs. 18-21, donde puede apreciarse con claridad el predominio de este tipo de indicios sobre los vinculados de manera directa con el ejercicio de potestades organizativas, directivas o disciplinarias. La misma tendencia aparece en la jurisprudencia más reciente, como puede apreciarse en numerosos pronunciamientos que llevan a cabo una enumeración de los indicios de subordinación junto a los de ajenidad antes de realizar la calificación. Puede verse, por todas, la STS de 26 de noviembre de 2012 (rec. 536/2012).

realización, la ubicación más o menos elevada del trabajador dentro de la escala jerárquica de la empresa o la modalidad de ejecución de las tareas, más o menos proclive al control.<sup>37</sup> Los poderes en los que la subordinación se concreta pueden asumir, como consecuencia del juego de estos elementos condicionantes, una gran variedad de formas o manifestaciones, así como de niveles o grados, llegando a ser en algunos casos “más potencial que real”, sin que esto permita poner en duda su presencia.<sup>38</sup>

Nos encontramos, pues, ante una noción elástica y flexible, cuya presencia no se dibuja siempre con claridad, obligando al intérprete a desentrañarla. De esta constatación se extrae una segunda y también esencial premisa metodológica para la solución de los problemas de calificación, igualmente tenida en cuenta desde antiguo por la jurisprudencia. Esta no es otra que la siguiente: *para determinar la existencia de una relación de subordinación debe atenderse, antes que a la presencia efectiva de órdenes y controles por parte del empresario, a la posibilidad jurídica de que esas órdenes y controles existan*.<sup>39</sup> Más al reconocimiento de la existencia del poder del empresario de imponer al trabajador la conformación de su prestación que a su ejercicio efectivo; más a la determinación de cuándo se posee el derecho a disponer de la actividad que a la identificación de las formas en las que esta se manifiesta. La subordinación es, por decirlo en pocas palabras, un poder jurídico y no de hecho, cuya apreciación no debe ser llevada a cabo de forma aislada y exigiendo la presencia constante de instrucciones y fórmulas de vigilancia, y menos aún sanciones, sino atendiendo, de manera bastante más flexible, a la ubicación de la prestación del trabajador bajo el poder de disposición ajeno. Esta es una idea que sería puesta de manifiesto de forma rotunda entre nosotros hace décadas por el Tribunal Supremo, entre otras a través de su Sentencia de 10 de enero de 1968, en la que este optó por prescindir de la exigencia de un ejercicio efectivo y reiterado del poder de dirección, sustituyéndolo por la comprobación de la inserción del trabajador en el “círculo rector y organizativo del empresario”. Desde la jurisprudencia, esta fórmula, y toda la

37 Para un mayor desarrollo del impacto potencial de estos “límites externos” sobre el vínculo de subordinación, me remito a W. SANGUINETI RAYMOND, *El contrato de locación de servicios frente al Derecho Civil y al Derecho del Trabajo*, Cultural Cuzco Editores, Lima, 1988, págs. 174-179.

38 Como indicaría hace mucho tiempo ya, en afortunada síntesis, E. KROTOSCHIN, *Tratado práctico de Derecho del Trabajo*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 4ª Ed., 1981, Vol. I, pág. 103.

39 Se utiliza aquí la muy gráfica expresión acuñada por otro clásico del Derecho del Trabajo latinoamericano: M. DE LA CUEVA, *Derecho Mexicano del Trabajo*, Editorial Porrúa, México, 1969, T. I., pág. 498.

carga conceptual que existe detrás de ella, pasaría más adelante a situarse nada menos que en el centro de gravedad de la definición normativa del ámbito de aplicación de nuestro Derecho del Trabajo, mediante la referencia del artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores a la realización de la prestación de servicios del trabajador “dentro del ámbito de organización y dirección” del empleador o empresario.

Precisamente, de esta singular configuración de la subordinación como elemento aglutinador de los rasgos diferenciales del contrato de trabajo se desprende la necesidad de proceder, en aquellos casos en que esta no se evidencia de manera clara y directa por no existir un sometimiento explícito de quien trabaja a las instrucciones del acreedor o al menos su inserción en el espacio de organización de este, a inferir su existencia, recurriendo al examen de la presencia de una serie de elementos de hecho de muy distinta naturaleza que son capaces de actuar como “indicios o signos de exteriorización” de la misma,<sup>40</sup> por tratarse de circunstancias típicas que suelen acompañarla. Aunque ninguno de ellos posee un valor definitorio absoluto, puesto que pueden faltar en supuestos cuya naturaleza laboral sea indudable o presentarse con cierta similitud en fórmulas de trabajo autónomo, la concurrencia de varios de ellos, así como un atento examen de sus relaciones recíprocas y la función que cumplen de manera conjunta,<sup>41</sup> están en condiciones de proporcionar a quien efectúa la calificación elementos de juicio suficientes para inclinar la balanza a favor de la laboralidad. Mientras que, su limitada presencia, la falta de conexión entre ellos o la abundante presencia de señales de signo contrario, sirven para negar este resultado. He aquí, precisamente, la razón de ser y la utilidad del test de laboralidad, como herramienta que hace posible llevar a cabo esa deducción en los casos difíciles o dudosos.<sup>42</sup>

40 Como indican T. SALA FRANCO y F.-V. LÓPEZ MORA, “Contrato de trabajo”, cit., pág. 180.

41 L. NOGLER, “Metodo tipologico e qualificazione dei rapporti di lavoro subordinato”, *Rivista Italiana di Diritto del Lavoro*, 1990, I, pág. 212, en relación con la importancia central que asume la determinación de la “función” dentro del procedimiento de calificación. Cuestión sobre la que habrá ocasión de reflexionar más adelante y que aquí se deja solo apuntada.

42 La utilidad del método de indicios como herramienta para “resolver las dificultades que supone determinar la existencia de una relación de trabajo cuando no resultan claros los derechos y obligaciones respectivos de las partes interesadas” o cuando “se ha intentado encubrir la relación de trabajo”, sería objeto de un muy relevante reconocimiento a nivel internacional en el año 2006, mediante la inclusión, en el apartado 13 de la Recomendación de la OIT sobre la relación de trabajo, de la indicación de que los Estados miembros “deberían considerar la posibilidad de definir en su legislación, o por otros medios, indicios específicos que permitan determinar la existencia de una relación de trabajo”, añadiendo a continuación, en dos sucesivos apartados, una relación de aquellos indicios que podrían ser utilizados con tal fin. Sobre este instrumento y su trascendencia,

Contemplada desde este punto de vista, la forma de operar de la subordinación reviste los caracteres de un *tipo normativo* antes que los de un concepto jurídico,<sup>43</sup> en la medida en que la determinación de su concurrencia en situaciones concretas no es el resultado de un estricto juicio de subsunción de los caracteres que la misma pueda presentar en un conjunto de elementos previamente definidos de manera cerrada y abstracta por el legislador, sino consecuencia de la reconducción de esos caracteres dentro de un esquema que aparece solo descrito de manera abierta por la norma, recurriendo a determinados rasgos o elementos característicos que pueden estar presentes en la realidad en mayor o menor medida y no necesariamente todos a la vez.<sup>44</sup> De aquí, precisamente, que las notas distintivas del tipo subordinación sean abiertas y graduables. Y que cobren sentido al ser apreciadas conjunta e interrelacionadamente, a través de un juicio de aproximación de las circunstancias del caso a la descripción reflejada en el tipo.<sup>45</sup> De hecho, ha sido la aplicación de este análisis tipológico lo que ha permitido reunir en el ámbito de la laboralidad supuestos tan variados como los generados por las transformaciones del mundo de trabajo, pese a sus muy disimiles características, sobre la base de deducir, a partir de la combinación de elementos distintos, los rasgos o notas características del trabajo subordinado. Por más que su aplicación no haya dejado de plantear muy delicados problemas en las situaciones límite.

---

vid. M. RODRÍGUEZ-PIÑERO, “La determinación de la relación de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 2006, núm. 20, págs. 1 y sígs.

43 Sobre esta caracterización, se remite a los trabajos de L. NOGLER, cuyo punto de partida se encuentra en “Metodo tipologico ...”, cit., págs. 182 y sígs. La misma tesis es sostenida en España, con un amplio desarrollo argumental aunque cierto escepticismo, por F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., págs. 37-42. Apuntan también la idea, J. RIVERO LAMAS y J. GARCÍA BLASCO, “Transporte de cosas y mercancías y contrato de trabajo”, *Relaciones Laborales*, 1987, núm. 13, pág. 24, y J. M. GOERLICH PESET, “Evolución reciente de los criterios de calificación del contrato de trabajo”, en F. J. ORDUÑA MORENO (Director), *Contratación y consumo*, Tirant lo blanch, Valencia, 1998, pág. 229.

44 Vid. K. LARENZ, *Metodología de la ciencia del Derecho*, Editorial Ariel, Barcelona, 2ª Ed., 1980, pág. 211, destacando cómo, mientras “un concepto está fijado por medio de su definición de tal modo que haya que aplicarse a un suceso concreto (...) si se pueden encontrar en él todas las notas distintivas de la definición”, en el caso del tipo “se trata de si las notas distintivas consideradas ‘típicas’ están presentes en tal grado e intensidad que el hecho ‘en conjunto’ responde a la imagen fenoménica del tipo”. Por lo demás, como apunta este autor, op. cit., pág. 213 y ocurre con el contrato de trabajo, “tipo” y “concepto” no son (...) antítesis rígidas, sino que pueden también intercambiarse”. De forma que “un concepto definido mediante notas distintivas definitivas, puede contener una nota distintiva que, por su parte, es ‘abierto’ a la manera de un tipo”.

45 F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 38.

A la luz de estas consideraciones no puede dejar de señalarse, en fin, que constituye un acierto la inclusión en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores de la ya aludida referencia a la inserción del trabajador en el “ámbito de organización y dirección de otra persona” como criterio determinante de la configuración de un vínculo de subordinación. De este modo el legislador, descartando la posibilidad de proporcionar un concepto jurídico acabado de dicho elemento, cuya exhaustividad se vería constantemente desmentida por la realidad, ha optado por suministrar una noción meramente descriptiva y referencial del mismo, basada en su conceptualización como un poder jurídico antes que como una situación de hecho. Esta definición tiene igualmente la virtud de romper con la contemplación aislada de la subordinación en el contexto de cada potencial contrato de trabajo, al poner el acento en su implantación en el marco de una organización laboral estructurada y dirigida por otro.<sup>46</sup> Ello resulta de vital importancia en la medida en que, en el ámbito del sistema de producción capitalista, la subordinación actúa por lo general más como una potestad de coordinación de prestaciones de varios contratos de trabajo que como un poder que se ejerza o tenga sentido respecto de cada uno de ellos aisladamente.<sup>47</sup>

## 32 III. LA PRUEBA DE FUEGO DEL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y LA EMERGENCIA DEL RAZONAMIENTO TIPOLOGICO-FUNCIONAL

Con todo, la prueba de fuego de la subordinación y el test de laboralidad se producirá con ocasión de la masiva expansión del trabajo realizado a través de plataformas digitales, especialmente de prestación de servicios *off-line*, que tuvo lugar en la etapa precedente y, sobre todo, a partir del estallido de la emergencia sanitaria. Esta es, como es bien sabido, una forma de trabajar que combina, de una manera no registrada hasta entonces, algunos de los elementos más característicos del trabajo autónomo con ingredientes que ordinariamente habían venido siendo considerados definitorios de la existencia de una relación de trabajo

46 M. C. PALOMEQUE LÓPEZ y M. ÁLVAREZ DE LA ROSA, *Derecho del Trabajo*, Editorial Centro de Estudios Ramón Areces, 29ª Ed, 2021, págs. 478-479.

47 En palabras de M. ALONSO OLEA, “Trabajo libre y trabajo independiente”, en AA.VV., *Estudios sobre Derecho del Trabajo en homenaje al profesor Mario M. Deveali*, Editorial Heliasta, Buenos Aires, 1979, pág. 52.

subordinado. Baste, para advertirlo, con llevar a cabo un breve recuento de los rasgos que apuntan en una y otra dirección.

Como destacan los observadores del fenómeno,<sup>48</sup> entre los elementos típicos o indicios característicos del trabajo autónomo que suelen acompañar a las labores desarrolladas a través de esa clase de plataformas pueden contarse, aún con variantes dependiendo del modelo establecido por cada una de estas, por lo general los siguientes siete: a) libertad de elección de la franja horaria o los tiempos de disponibilidad; b) libertad de aceptación o rechazo de los encargos o pedidos; c) retribución por encargo o pedido y no en función del tiempo empleado en su realización; d) posibilidad de ser sustituido por otra persona e incluso de subcontratar el trabajo; e) admisión de la colaboración simultánea con más de una plataforma, así como de la existencia de otro empleo; f) aportación de los medios materiales necesarios para la realización de la actividad (en especial, de un teléfono móvil y una bicicleta, una moto o un patinete); y g) no compensación de los gastos en los que se incurra con ocasión del desempeño de las tareas (singularmente, los de uso de la red de datos y consumo de combustibles).

Por su parte, entre los rasgos o señales indicativos de la presencia de una relación de trabajo subordinado presentes en tales casos pueden enunciarse, en línea de principio, estos once: a) organización general del servicio o la actividad por la plataforma, en cuyo sistema se incorporan los prestadores de los servicios o encargos, sin posibilidad de introducir cambios; b) utilización de la marca de la plataforma; c) consideración de la plataforma como el elemento de mayor valor y relevancia para la organización y prestación del servicio, frente al carácter secundario y menos valioso del teléfono móvil y los medios de transporte aportados por el trabajador; d) canalización de las relaciones con los clientes exclusivamente a través de la plataforma; e) fijación del precio de cada servicio, así como de las retribuciones, por la plataforma; f) realización de procesos de selección de los colaboradores por la plataforma; g) fijación por esta última de reglas sobre la manera de realizar la actividad e impartición de formación sobre la manera de cumplirlas; h) ejecución personal de las tareas; i) continuidad de las prestaciones y duración de la relación a lo largo del tiempo; j) existencia de medios de control especialmente intensos, que operan sobre la actividad y no

48 Vid., de entre una muy amplia bibliografía, los trabajos de los autores citados en *supra* notas 2 a 7 y 11, así como C. CARBALLO MENA, “Indicios de la relación de trabajo y empresas digitales”, *Trabajo y Derecho*, 2020, núm. 65.

solo sobre el resultado, hasta por tres vías distintas: la gestión algorítmica del servicio, el recurso a valoraciones de los clientes mediante la realización teleencuestas y la geolocalización constante del prestador del servicio; y k) creación de sistemas de puntos en función del cumplimiento de las reglas establecidas por la plataforma, la aceptación o no de pedidos y el mayor o menor nivel de satisfacción de los clientes, con consecuencias sobre la posterior elección de las franjas horarias de trabajo, la atribución de nuevos pedidos o incluso la permanencia en la plataforma.

Como no es difícil de advertir, la presencia de los indicios o rasgos típicos del trabajo subordinado que han sido destacados, y en especial de los mencionados al inicio y en la parte final del listado, hubiera sido más que suficiente en el pasado para determinar la existencia de un contrato de trabajo sin ningún género de dudas. No ocurre lo mismo aquí, sin embargo, en la medida en que estos concurren, como es igualmente fácil de comprobar, con otros que apuntan a negar desde su raíz el poder de disposición sobre el trabajo ajeno que la subordinación expresa. Porque, si bien cabe cuestionarse cómo es posible que merezca la calificación de trabajador autónomo quien se encuentra tan claramente sujeto al poder de organización del acreedor y se ve sometido a fórmulas de control tan intensas, es posible preguntarse, con igual contundencia, cómo puede ser considerado trabajador subordinado alguien que puede elegir en qué momentos trabaja y en qué momentos no y qué prestaciones atiende y cuáles desecha. Aún así, la aplicación del método de análisis tipológico basado en la presencia de indicios de subordinación que caracteriza al test de laboralidad ha hecho posible la solución de este dilema, arduo donde los haya, en términos de afirmación de la laboralidad de esas relaciones y la negación de su inicial calificación como expresiones de trabajo autónomo. Y lo ha hecho, además, con particular contundencia, a la vista de la rotundidad de los argumentos esgrimidos por los pronunciamientos judiciales del máximo nivel que serán glosados más adelante.

Detrás de estos pronunciamientos no es difícil reconocer la huella de un muy cuidado proceso de reflexión y selección de argumentos, iniciado a nivel doctrinal y más tarde continuado por las instancias de los distintos niveles jurisdiccionales, hasta terminar cristalizando en ellos. Este proceso se parece a los emprendidos con relativo éxito en etapas anteriores, en las que la aparición de formas nuevas y atípicas de trabajar dio lugar a problemas de calificación, en la

medida en que ha servido para adaptar las manifestaciones tradicionales del sistema de indicios utilizado para detectar la presencia de los elementos del contrato de trabajo a sus peculiares características. No obstante, hay algo que lo distingue de sus precedentes. La profundidad del desafío a los cánones tradicionales de determinación de la laboralidad ha sido en este caso de tal magnitud que no solo ha requerido para su solución de una atenta observación de los rasgos típicos que caracterizan esa clase de relaciones en busca de nuevos indicios que puedan suplir la presencia de los habituales,<sup>49</sup> sino que ha servido para aportar pistas de la mayor importancia para la búsqueda de una respuesta al principal problema metodológico que ha venido planteando desde sus inicios test de laboralidad.

Este problema no es otro que el de la insuficiente especificación del criterio que debe presidir el proceso de selección entre los distintos indicios que son tomados en consideración en cada caso a los efectos de decidir si el vínculo puede ser calificado o no de laboral, a la luz de su recíproca intercambilidad y el consecuente carácter no definitorio de ninguno de ellos.<sup>50</sup> No debemos perder de vista que, al renunciar en aras de la flexibilidad a una especificación precisa de los elementos que identifican el trabajo objeto de protección, y en particular de la subordinación, el test de laboralidad deja abierto un espacio de decisión particularmente amplio al intérprete, y en particular a los jueces, para elegir aquellos rasgos que consideren más relevantes a los efectos de establecer si la relación sometida a examen “encaja” o no en la descripción contenida en la norma, sin que exista ningún criterio objetivo que pueda servirles de guía para llevar a cabo esta labor cuando se encuentren ante elementos que no poseen por sí mismos un valor definitorio absoluto, como podría ocurrir por ejemplo con la impartición constante de órdenes, sino meramente relativo, al poder estar presentes tanto en relaciones de un tipo como del otro, por más que aparezcan con más frecuencia tratándose de las de naturaleza laboral. El test de laboralidad presenta, de tal forma, “una preocupante apertura hacia el juicio intuitivo” de quien lleva a cabo la labor de calificación, que está en condiciones de convertir en incontrolable la justificación de las decisiones que se adopten.<sup>51</sup> De allí, precisamente, que se

49 Una buena muestra de esta labor puede verse en el temprano esfuerzo desarrollado por A. TODO-LÍ, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, cit., págs. 63-64, así como en el cuidado estudio de J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Indicios de laboralidad ...”, cit., págs. 55-61.

50 Como apunta L. NOGLER, “Metodo tipologico ...”, cit., pág. 206.

51 L. NOGLER, “Ancora su ‘tipo’ e rapporto di lavoro subordinato nell’impresa”, *Argomenti di Diritto del Lavoro*, 2002, I, pág. 143.

haya dicho entre nosotros que la subordinación opera en realidad como “una ‘cobertura’ que disimula la calificación operada por otros medios”.<sup>52</sup> O que en último término juegan con influencia decisoria a la hora de la calificación “una serie de factores sociales”<sup>53</sup> antes que propiamente vinculados con la configuración interna de las relaciones sometidas a examen, de forma que “en último termino, todo quedaría reducido a un criterio de oportunidad política”.<sup>54</sup>

¿Cómo gobernar, es decir convertir en controlable, el amplio espacio valorativo del que dispone el juez a la hora de individualizar la noción fundamental sobre la que pivota el entero Derecho del Trabajo?<sup>55</sup> Este es el decisivo interrogante frente al que nos coloca, con mucho más dramatismo que en cualquier otro momento registrado en el pasado, el trabajo realizado a través de plataformas digitales, toda vez que este nos ofrece argumentos de peso tanto para optar por un resultado calificadorio como para inclinarnos por el otro.

Es evidente que, en situaciones como estas, lo primero que debe hacerse es descartar de plano la posibilidad de considerar de manera aislada los indicios favorables a la laboralidad, por más expresivos y abundantes que puedan parecer, dado que estos indicios concurren aquí con otros de signo contrario de valor definitorio igualmente relevante. Lo más aconsejable será, en consecuencia, empezar por *recopilar los indicios que apunten en una y en la otra dirección, agrupándolos en dos bloques*, como si de columnas de una tabla se tratase, con el fin de estar en condiciones de hacerse una idea inicial de los elementos de juicio que avalan la calificación desde una perspectiva y desde la otra, pero sin optar aún por ninguna de ellas. No debemos perder de vista que, al encontrarnos ante auténticos casos límite, las dos respuestas posibles cuentan en principio con argumentos de importancia a su favor. Es decir, están en condiciones de ser consideradas acertadas *prima facie*.

Una vez satisfecha esta premisa de orden metodológico, la tercera dentro de nuestro análisis, la cuestión de fondo a resolver sigue siendo, no obstante, la

52 F. PÉREZ DE LOS COBOS ORIHUEL, “El trabajo subordinado ...”, cit., pág. 39.

53 T. SALA FRANCO y F. LÓPEZ MORA, “Contrato de trabajo”, cit., pág. 29, con referencia a factores “tales como la costumbre, la presión de la opinión pública, la dependencia económica del trabajador (...) y, muy especialmente, la influencia que el grupo profesional correspondiente pueda tener”.

54 Nuevamente, T. SALA FRANCO y F. LÓPEZ MORA, loc. cit.

55 L. NOGLER, loc. ult. cit.

misma: cómo optar, de forma lógica y racional y no meramente intuitiva, por uno u otro resultado calificadorio. Es decir, en función de qué argumentos deben inclinarse el juez o el intérprete por una de las dos soluciones en liza, ambas avaladas por evidencias de partida de cierto peso. Por supuesto, para adoptar esta decisión no bastará con comprobar cuál de las dos listas de indicios es más extensa, ya que no nos encontramos ante una cuestión de índole cuantitativa, sino cualitativa. Teniendo además, como ya se ha apuntado, muchos de los indicios susceptibles de ser aportados carácter meramente circunstancial, y por tanto no definitorio, al tratarse de situaciones que son típicas de una clase de relación –subordinada o autónoma– pero que pueden estar presentes excepcionalmente en las de la otra.

Para llevar a cabo esta operación, delicada y compleja como pocas, resulta de especial utilidad la propuesta de Luca NOGLER de realizar una aproximación funcional, en vez de subsuntiva, a los indicios que permiten establecer en cada caso la presencia del tipo normativo trabajo subordinado.<sup>56</sup> De acuerdo con esta propuesta, que el autor denomina *método tipológico-funcional*,<sup>57</sup> el procedimiento de calificación debe llevarse a cabo, en especial cuando se trate de supuestos dudosos o conflictivos, mediante la realización de una valoración ponderada de la incidencia de cada una de las circunstancias de hecho presentes en la relación sometida a examen sobre las demás que la acompañan y la idoneidad –o no– de todas ellas para expresar de manera conjunta la *función* que caracteriza al tipo trabajo subordinado, tal y como viene definido por el legislador.<sup>58</sup> Es decir, teniendo en cuenta, no solo el valor que pueda asignarse a cada una de ellas por separado, sino su capacidad para poner de manifiesto, a través de sus interacciones y relaciones recíprocas, la presencia de una situación de *hetero-*

56 El punto de arranque de esta tesis se encuentra en “Metodo tipologico ...”, cit., págs. 206 y sigs. A partir de aquí se desarrolla en los estudios del autor que se citan en las notas siguientes.

57 Op. ult. cit., pág. 212.

58 L. NOGLER, “Metodo e casistica nella qualificazione dei rapporti di lavoro”, *Giornale de Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 1991, núm. 48, pág. 109. Como indica este autor, esta vez en “Metodo tipologico ...”, cit., pág. 211, dentro de esta concepción “el instrumento interpretativo de la ‘función’ asume (...) una importancia central”. A través de él se expresa “la idea de una relación entre entidades distintas, dentro de la cual cada una está al servicio de la otra con un cometido específico que cumplir. Mientras la simple *relación* sirve solo para poner de relieve que los elementos singulares están relacionados entre sí, la *función* permite evidenciar el significado de esa relación, es decir hace posible la inclusión de los elementos singulares en un contexto más amplio, al interior del cual ‘la presencia de cada uno encuentra justificación (...) como una parte respecto del todo’ (las cursivas son del autor).

*organización de la prestación de trabajo* como la descrita por el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Esto supone que cada indicio ha de ser apreciado en estrecha conexión con los demás, con el fin de identificar el rol que cumple, conjuntamente con estos, dentro de la economía global del vínculo, ya que es posible que elementos distintos desempeñen la misma función dependiendo de la manera como se relacionen con los demás; mientras que los mismos elementos pueden desenvolver una función diferente debido a los vínculos que existen entre ellos.<sup>59</sup>

El procedimiento de calificación se emancipa, de este modo, del mecanicismo que preside la aplicación de los conceptos jurídicos,<sup>60</sup> para operar a través de un *juicio de equivalencia* basado en el análisis de la relación entre los elementos de hecho presentes en la relación, que permite decidir si estos, incluso cuando se presenten como opuestos entre sí, aparecen coordinados de forma tal que se encuentran en condiciones de desenvolver conjuntamente la función identificada por el tipo.<sup>61</sup> El criterio de selección y ponderación del valor de los indicios de laboralidad o no laboralidad no es, así, el de su presunto valor intrínseco o el de su proximidad con la clase de trabajo predominante cada etapa, sino el de la función que cumplen dentro de la configuración global de la relación.<sup>62</sup> Esto permite al tipo previsto por la norma afrontar situaciones nuevas o, en todo caso, en parte distintas a las originalmente tenidas en cuenta por el legislador, aunque capaces de cumplir el mismo rol dentro del sistema productivo.<sup>63</sup> Algo esencial tratándose de un mundo tan complejo y cambiante con el del trabajo. A la vez, hace posible que el juez, lo mismo que el intérprete, puedan ofrecer una solución jurídica a los problemas de calificación basada en las opciones previamente delimitadas por el legislador, pero tomando en consideración la complejidad y las particularidades de las situaciones sometidas a examen en cada caso.<sup>64</sup>

59 L. NOGLER, tanto en “Metodo e casistica ...”, loc. cit., como en “Ancora su ‘tipo’ ...”, cit., pág. 145.

60 Al que en el fondo remiten también las aproximaciones al test de laboralidad que basan la calificación en la sola comprobación de la presencia de algunos indicios de subordinación previamente considerados como determinantes o definitorios.

61 Nuevamente, L. NOGLER, esta vez en “Metodo tipologico ...”, cit., pág. 211.

62 Como apunta C. DOMÍNGUEZ, “El criterio de imputación del Derecho del Trabajo: los problemas de su aplicación. Comentarios sobre el modelo tipológico funcional”, original inédito, pág. 17.

63 L. NOGLER, “Metodo e casistica ...”, cit., pág. 109.

64 Nuevamente, L. NOGLER, op. ult. cit, págs. 154-155.

Trasladado al supuesto que nos ocupa, lo indicado supone que, para determinar la naturaleza subordinada o autónoma del trabajo realizado a través de plataformas digitales de prestación de servicios *off-line*, no basta con detectar la concurrencia, incluso abundante, de indicios de un tipo, si no se consigue ofrecer una explicación convincente de la presencia de los indicios del otro, ya que lo que procederá entonces será la realización del mismo análisis desde la perspectiva contraria, con el fin de determinar si por esta vía es posible arribar a un resultado de conjunto más satisfactorio. Los indicios de un lado representan, desde este punto de vista, otros tantos argumentos en contra de la calificación de la relación desde el lado contrario, debiendo ser la calificación final que se ofrezca una que, partiendo de los elementos de juicio de un lado, sea capaz de integrar, explicar, neutralizar o negar la fuerza calificatoria de los opuestos, ofreciendo una explicación satisfactoria de la economía global del vínculo. Vistas así las cosas, es fácil advertir que la clave de la solución de los que podemos denominar, parafraseando a Robert ALEXY, *casos difíciles de calificar*<sup>65</sup> no se encuentra tanto en la identificación de los indicios a favor de la laboralidad, sino en la posterior *integración, explicación, neutralización o negación de los indicios de signo contrario*, en el marco de un análisis integral de la relación y sus interacciones con los demás.

Pues bien, es aquí donde reside la debilidad de las tesis que postulan la validez de la calificación como autónomo del trabajo realizado a través de las referidas plataformas. Estas conceden gran relevancia a las libertades de elección de las franjas horarias de desarrollo de las labores y de aceptación y rechazo de los encargos, así como a la aportación por los prestadores de los servicios de medios materiales de carácter auxiliar, mientras por lo general ni siquiera aluden a la presencia de otros indicios que están en condiciones de poner en cuestión la presunta autonomía que los primeros expresarían, como la organización general del servicio por la plataforma, la importancia decisiva de esta para la organización y prestación del mismo y la presencia de intensas fórmulas de control sobre la actividad de los prestadores de los servicios, de las que pueden derivarse además consecuencias negativas para estos. Pero, sobre todo, no son capaces de explicar, más allá de otros muchos argumentos en contra de más fácil neutralización, por qué y cómo, si el prestador de los servicios ofrecidos por la plataforma es autónomo, desarrolla su labor con seguimiento estricto del sistema desarrollado por la

65 Vid., del autor, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2ª Ed., 2007, págs. 541 y sigs., con referencia a los “casos de empate” en la ponderación.

plataforma y sin posibilidad de introducir cambios en este y se encuentra sujeto, además, a herramientas de control de naturaleza tecnológica cuya similitud con los típicos poderes de organización, control y disciplinario del empleador salta a la vista, como ocurre con la gestión algorítmica de la prestación, el recurso a teleencuestas para la evaluación de su desempeño o la utilización de sistemas de geolocalización, Seguramente porque el encaje de estos elementos en una relación de trabajo autónomo es sumamente difícil –si no imposible– de realizar.

Es sin lugar a dudas por esta razón que los tribunales que se han ocupado de dirimir al máximo nivel los conflictos relacionados con la calificación de esta forma de trabajar en varios países europeos han optado por invertir la lente. Y tratar, por tanto, de ofrecer una explicación de la naturaleza de esta clase de prestaciones desde la óptica del Derecho del Trabajo. Es más, como se podrá apreciar a continuación, una vez tomado este camino, el esfuerzo argumental y la aportación no han venido tanto de la mano de la detección de los muy numerosos indicios favorables a su inclusión en el espacio de la laboralidad, sino en el *desmontaje* o la *metabolización* de aquellos rasgos que permitirían negar de plano su carácter laboral. En particular, las libertades de elección de las franjas horarias y de aceptación o rechazo de los encargos a las que se ha hecho alusión antes.

40

¿Cómo han llevado a cabo dichos tribunales esta delicada y difícil operación?

De la lectura de sus pronunciamientos se desprende que mediante la realización de lo que, de acuerdo con la terminología propuesta, puede denominarse un *análisis tipológico-funcional* del papel que desempeñan esas dos libertades dentro de la economía global de las relaciones sometidas a examen, que va más allá de su consideración aislada para atender a sus vínculos e interacciones con los demás componentes de las mismas, con el fin de determinar cuál es la función que, en conjunto, cumplen respecto de la satisfacción de los intereses de quienes ocupan las posiciones de empresario y trabajador dentro de ellas.

Una primera muestra de este análisis la encontramos la Sentencia de la Corte de Casación francesa de 4 de marzo de 2020,<sup>66</sup> que marca el inicio de la serie. La controversia gira en este caso en torno a la determinación de la naturaleza de la relación existente entre un conductor y una emblemática plataforma de prestación de servicios de transporte de pasajeros. Para resolverla, la Corte

empieza por destacar cómo el primero “lejos de decidir libremente cómo organizar su negocio, buscar clientes o elegir sus proveedores, ha integrado (...) un servicio de transporte creado y enteramente organizado” por la plataforma, en el marco del cual “no constituye su propia clientela, no fija libremente sus tarifas o las condiciones de ejercicio de su servicio de transporte”, sino que estas “son regidas en su totalidad” por la misma. Establecido lo anterior, la sentencia, que basa su contenido en la convalidación de la fundamentación de la solución dada previamente al caso por el Tribunal de Apelación, procede a desmontar la relevancia del argumento en sentido contrario proporcionado por “la libertad de conexión y la libre elección de los horarios de trabajo” en base a dos ideas fundamentales. La primera reitera la pertinencia del criterio antes reproducido, al poner de relieve que “el hecho de poder elegir los días y horarios de trabajo no excluye por sí mismo una relación laboral subordinada, ya que cuando un conductor se conecta a la plataforma (...) se incorpora a un servicio organizado por la empresa” titular de esta. La segunda, en cambio, se dirige a evaluar el espacio real de esos ámbitos de presunta autodeterminación a luz de las demás de condiciones de desarrollo de la actividad, destacando entonces cómo el hecho de que la plataforma ejerza “un control en materia de aceptación de viajes” y se reserve contractualmente “el derecho de deshabilitar o restringir el acceso o el uso de la aplicación” a los conductores “tienen por efecto alentar” a estos “a permanecer conectados con el fin de esperar hacer un viaje y así permanecer constantemente a disposición” de aquella, “sin poder elegir libremente, como lo haría un conductor independiente, el viaje que les convenga o no”.

Igual de enfática es la Sentencia del Tribunal Supremo de 23 de septiembre de 2020,<sup>67</sup> que continúa la secuencia examinando un supuesto de trabajo prestado a través de una plataforma digital de reparto fuertemente implantada en España. Luego de pasar revista a su doctrina en torno a los “criterios jurisprudenciales para diferenciar al contrato de trabajo de otros vínculos de naturaleza semejante”, nuestra máxima instancia judicial opta por invertir el orden de análisis que se aprecia en la sentencia glosada en el párrafo anterior, y analizar en primer término la pertinencia de la alegación de la plataforma en el sentido de que el trabajador “tenía pleno dominio del ámbito de organización y dirección porque elegía libremente el día y la hora en que quería prestar servicios”. Para ello parte de recordar que dentro de su jurisprudencia “la existencia de libertad de hora-

---

67 Rec. 476/2019.

rio no excluye en todo caso la existencia de un contrato de trabajo”, citando la autoridad de pronunciamientos anteriores, con especial énfasis en su Sentencia de 16 de noviembre de 2017,<sup>68</sup> referida a un supuesto vinculado con la actividad de traducción e interpretación en el que se descartó la relevancia de ese dato a partir de un análisis de conjunto de las circunstancias concurrentes.<sup>69</sup> Apuntado lo anterior, el Tribunal procede igualmente a realizar un examen del papel que cabe asignar a esa libertad dentro de la entera configuración del vínculo. Entonces destaca cómo esa “teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada” puesto que “en la práctica” el “sistema de puntuación de cada repartidor” aplicado de manera automatizada por la plataforma y que se nutre, entre otros factores, de “la realización de los servicios en las horas de mayor demanda”, incide de forma negativa sobre ella, en la medida en que, “si no está disponible para prestar servicios” a lo largo de las mismas, “su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca”. “La consecuencia”, añadirá, es que “los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos”, que propicia que “intenten estar disponibles el mayor período de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución”. Se trata, de tal forma, de “un sistema productivo caracterizado por que no se exige el cumplimiento de un horario rígido impuesto por la empresa porque las microtarefas se reparten entre una pluralidad de repartidores que cobran en función de los servicios realizados, lo que garantiza que haya repartidores que acepten ese horario o servicio que deja el repartidor que no quiera trabajar”. Es recién establecido lo anterior, y por tanto desmontado el principal argumento en contra de la laboralidad presente en estos casos, que la sentencia procede, a mayores, a identificar “otros indicios favorables a la existencia de una relación laboral”, recogiendo y desarrollando muchos de los destacados antes por la doctrina y, sobre todo, por su jurisprudencia.

68 Rec. 2806/2017.

69 Sobre esta sentencia, destacando su importancia capital para la solución del problema que nos ocupa, vid. especialmente J. GORELLI HERNÁNDEZ, “Indicios de laboralidad ...”, cit., págs. 46-47, destacando como ya aquí el Tribunal Supremo plantea “que no existe una verdadera libertad de aceptar o no los encargos, si el empresario tiene capacidad de reacción sancionatoria”.

A continuación vendrá la Sentencia del Tribunal Federal de Trabajo alemán de 1 de diciembre de 2020,<sup>70</sup> en la que el demandante, que es calificado de *crowdworker*, venía ejecutando de manera constante a lo largo de un período prolongado de tiempo prestaciones de carácter físico y no virtual, como en principio correspondería a aquella denominación, todas de muy escasa duración y entidad, recibiendo a cambio retribuciones también de muy limitada cuantía por parte de la plataforma que se encargaba de mediar entre él y quienes precisaban esa clase de servicios.<sup>71</sup> Aquí el Tribunal empieza por advertir que una situación de dependencia como la exigida por la legislación alemana puede generarse a través del “sistema de incentivos de una plataforma” si el trabajador “está obligado, a través de la aplicación (...) a aceptar continuamente una determinada cuota de pedidos de acuerdo con las especificaciones detalladas por la empresa de *crowdsourcing*”. Establecida esta premisa, el siguiente paso del razonamiento se vincula, una vez más, con la valoración de la efectividad de los espacios de libertad que, también aquí, tenía reconocidos el colaborador de la plataforma, teniendo en cuenta la dinámica de conjunto impuesta por esta. Entonces se afirma de manera tajante que “la constatación de que el demandante, sin estar influido directa o indirectamente por incentivos o por la amenaza de sanciones, era libre de decidir si aceptaba, y en qué medida, los pedidos que se le ofrecían a través de la plataforma *on-line*, no aprecia plenamente las circunstancias esenciales de la cooperación entre las partes tras la aceptación de una oferta de pedido”. Un momento a partir del cual “el demandante no tenía ya un margen de decisión significativo en la ejecución de las órdenes aceptadas”. Esto se debe, en parte, afirmar el Tribunal, a que entonces el mismo “no era esencialmente libre para organizar sus actividades debido a las estrictas exigencias de la demandada en cuanto a la realización de las tareas que le correspondían”, establecidas a través de la aplicación, que “especificaba detalladamente cómo tenía que llevar a cabo” las mismas. Pero, sobre todo, porque “las condiciones de empleo impuestas unilateralmente a través de la aplicación” están diseñadas de tal manera que el prestador del servicio, si quiere llevar a cabo su actividad de una manera económicamente sensata, “debe aceptar regularmente pedidos durante un largo período de tiempo y trabajar a través de procesos de trabajo predeterminados

70 Ref. 9 AZR 102/20.

71 Vid. J. MARTÍNEZ GIRÓN, “La laboralización de los trabajadores al servicio de plataformas digitales por la jurisprudencia, en Alemania. Un estudio comparado con el derecho español”, *Revista Crítica de Relaciones de Trabajo*, 2021, núm. 1, pág. 183, con una cuidada presentación del supuesto de hecho.

en detalle”. Todo lo cual supone que, si los *crowdworkers* aceptan esta forma de empleo registrándose en la plataforma y utilizándola, es esta quien dirige su conducta “adaptando y combinando los pedidos según sus necesidades laborales sin necesidad de instrucciones específicas”.<sup>72</sup>

La secuencia se cierra, de momento al menos, con la Sentencia de la Corte Suprema británica de 19 de febrero de 2021,<sup>73</sup> vinculada a una actividad semejante a la examinada por la primera, prestada a través de la misma plataforma de transporte de pasajeros. En esta, nuevamente, la atención se centra en la puesta en cuestión de la presunta libertad de los conductores para “elegir cuándo, cuánto y dónde” trabajar. La conclusión que entonces se impone, en coincidencia con el tribunal que examinó previamente el caso, es nuevamente clara y rotunda: la existencia de esa libertad no impide que los mismos sean considerados “conductores que trabajan para y bajo contrato” con la plataforma. Ello no se debe solo a que su remuneración y sus condiciones contractuales son dictadas por esta, sino también, y de manera muy especial, a que, una vez que han iniciado sesión en la aplicación, “su decisión de aceptar las solicitudes de viajes está limitada” de varias maneras. La primera es a través del “control de la información proporcionada al conductor”, que no conoce el destino hasta que recoge al pasajero, de forma que “no tiene la oportunidad de rechazar una reserva” si no desea viajar al mismo. A esta inicial forma de control se suma el ejercido mediante “la supervisión del índice de aceptación (y cancelación) de solicitudes de viaje”, que determina que un conductor cuyo porcentaje de aceptaciones sea inferior al nivel establecido por la plataforma pueda recibir mensajes de advertencia e incluso padecer desconexiones temporales que “tienen un efecto económico similar al de descontar la paga a un empleado”. A lo que hay que añadir, en fin, el impacto del “sistema de calificaciones” basado en las valoraciones de los pasajeros, del que pueden derivarse también advertencias e incluso conducir a la terminación de la relación. Todo lo cual supone, concluirá

72 A lo anterior se añade la consideración de que, más allá de la multitud de encargos individuales asumidos en cada momento, “el empleo prolongado y continuado del demandante condujo a una combinación de los contratos individuales en una única relación laboral”, de forma tal que las partes “a través de su práctica contractual real” acordaron que su relación jurídica “no estaba dirigida a la realización de microtrabajos individuales, sino a la tramitación continua de paquetes de encargos”. Sobre esta importante sentencia, además del comentario de J. MARTINEZ GIRÓN citado en la nota anterior, págs. 181 y sigs., vid. la glosa de L. NOGLER, “La Corte federale del lavoro tedesca risolve il rompicapo de la qualificazione dei lavoratori delle piattaforme”, *Giornale di Diritto del Lavoro e di Relazioni Industriali*, 2020, núm. 4, págs. 837 y sigs.

73 Ref. [2021] UKSC 5

la Corte, que “el servicio de transporte”, no solo está “definido y controlado” por la plataforma, sino que ha sido diseñado de manera que esta “proporciona un servicio estandarizado a los pasajeros en el que los conductores se perciben como intercambiables”. Y dentro del cual “la única forma” como estos “pueden aumentar sus ingresos es trabajando más horas y cumpliendo constantemente” las exigencias de rendimiento de la misma.

Las citas han sido seguramente largas, pero entiendo que necesarias para estar en condiciones de expresar cómo, más allá de sus naturales matices, todos los tribunales del máximo nivel que han resuelto en sentido afirmativo las dudas planteadas en torno a la laboralidad del trabajo prestado a través de plataformas digitales de prestación de servicios han empleado una lógica de razonamiento subyacente similar. Esta no se basa en la determinación de la presencia de ciertos indicios o rasgos típicos, como el cumplimiento de una jornada o un horario, la asistencia a un centro de trabajo o la exclusividad, y su aplicación mecánica en base a una lógica subsuntiva. Pero tampoco en la mera intuición de los órganos judiciales o en la simple apreciación de su proximidad con las formas socialmente típicas de trabajo asalariado. Antes bien, como se habrá podido apreciar, en todas las sentencias glosadas el procedimiento seguido ha sido sustancialmente el mismo. Este se basa en dos ideas fundamentales, que constituyen otras tantas premisas de orden metodológico, la cuarta y la quinta dentro de nuestro análisis, para la correcta aplicación del test de laboralidad. La primera y más evidente es la de centrar la atención, antes que en los indicios positivos de laboralidad, en los negativos. Y especialmente en aquellos que la cuestionan de manera radical, como sucede con las libertades tantas veces referidas. La segunda, de más compleja aplicación, apunta a la realización de una valoración de esos indicios contrarios en el marco o la configuración global de las relaciones de las que se trata, es decir en estrecha conexión con los demás elementos presentes dentro de las mismas, con el fin de determinar si, dentro del mismo, la autonomía y capacidad de organización del propio trabajo que en principio expresan son o no plausibles. De hecho, ha sido este análisis de conjunto, dentro del cual cada elemento encuentra su razón de ser y debe ser apreciado en conexión con los demás, lo que ha permitido esclarecer, más allá de las apariencias, cuál es su *función* dentro del vínculo y el papel que cumplen para la satisfacción de los intereses respectivos de las partes. Y en especial del empresario.<sup>74</sup>

74 Las cinco premisas de orden metodológico que se han ido desprendiendo del análisis realizado en

La negación del valor definitorio de esas libertades no obedece, así pues, a una simple desconfianza en su aplicación real, sino a la apreciación de su rol dentro del singular sistema de trabajo diseñado por las plataformas, que no precisa ya de la estandarización y la presencialidad propias de las formas tradicionales de trabajo asalariado, al contar con otros instrumentos, como el reclutamiento de una amplia masa de colaboradores, el abono de micro retribuciones asociadas al estricto tiempo de desempeño o la presencia de intensos mecanismos de control de orden tecnológico, que les garantizan “la disponibilidad de personal suficiente sin necesidad de una organización específica del tiempo de trabajo”, de forma tal que “la aparente libertad del trabajador”, no es “fruto de su autonomía sino de la facilidad organizativa que el sistema productivo garantiza al empresario”.<sup>75</sup> No existe aquí, en consecuencia, un verdadero interés de este último a la continuidad de las prestaciones, como el requerido con arreglo a los parámetros del modelo fordista, puesto que “la vinculación de un ingente número de personas, todas ellas fungibles”, y su movilización con arreglo a los mecanismos de control indirecto e incluso directo que han sido mencionados, “convierte en irrelevante la negativa del trabajador individual”.<sup>76</sup> Elementos en principio no compatibles con la existencia de subordinación y, por tanto, de un contrato de trabajo, terminan de esa manera por encajar, sin necesidad de forzamiento alguno, dentro

las páginas precedentes pueden ser sintetizadas del siguiente modo: i) la presencia de la subordinación no puede ser apreciada de forma aislada, sino tomando en consideración todos los elementos que integran el vínculo laboral; ii) para determinar la existencia de subordinación debe atenderse, antes que a la presencia de órdenes y controles, a la posibilidad jurídica de que estos existan; iii) para resolver los casos difíciles de calificar debe empezarse por recopilar y agrupar los indicios que apunten en una y en la otra dirección, con el fin de hacerse una idea inicial de los elementos de juicio que avalan la calificación desde una y otra perspectiva; iv) en tales casos la atención debe centrarse, antes que en los indicios positivos de laboralidad, en los que la niegan, y en especial en aquellos que lo hacen de manera radical; y v) esos indicios negativos deben ser valorados en estrecha conexión con los demás elementos presentes en la relación, con el fin de establecer, a la luz del entero marco de la misma, cuál es la función que cumplen y si la autonomía que en principio expresan es o no plausible en ese contexto.

75 J. GORELLI, “Indicios de laboralidad ...”, cit., pág. 59. Algo que, por cierto, aunque con menos sofisticación, sucede también en los que J. CRUZ VILLALÓN, “El concepto de trabajador subordinado ...”, cit., pág. 38, describe como “supuestos de trabajo irregular, donde ni siquiera hay un compromiso mínimo de ocupación por parte de la empresa que da trabajo, en términos tales que en la práctica se asimilan al contrato de cero horas, pues no se pacta ninguna garantía mínima de trabajo”. Como apunta el autor, en estos casos igualmente “la libertad de aceptar o rechazar los encargos se encuentra perceptiblemente mediatizada por las posibles medidas reactivas de la empresa”. De hecho, este es el supuesto examinado por la sentencia del Tribunal Supremo citada en *supra* nota 68.

76 Como señalará tempranamente L. NOGLER, “Metodo e casistica ...”, cit., pág. 122, en relación con el funcionamiento del sistema de mensajería *Pony Express*, que anticipa muchas de esas características.

de los esquemas de este, de la mano del análisis integrado y funcional llevado a cabo por la jurisprudencia. Es más, vista la cuestión con perspectiva, puede incluso sostenerse que la configuración de relaciones de trabajo asalariado, bien que con rasgos distintos a los tradicionales, resulta en realidad funcional para el desarrollo de esta clase de actividades. Al punto de no encontrarse en condiciones de funcionar sin ellas. De allí las dificultades con las que se están encontrando las plataformas a la hora de tratar de “redefinir” las formas de vinculación con sus colaboradores con el fin de eludir la aplicación del ordenamiento laboral.

Más allá de las situaciones consideradas, sin embargo, lo verdaderamente importante aquí es que la solución de los que hemos denominado casos difíciles de calificar adquiere una coherencia que la aparta por completo, pese a su extrema dificultad, del mero arbitrio judicial o de la aplicación de incontables juicios de oportunidad, para convertirse en una decisión racional y lógica, basada en la aplicación de los presupuestos sustantivos previstos por el ordenamiento jurídico. Desde este punto de vista, las decisiones judiciales que han sido presentadas son expresión de un evidente enriquecimiento metodológico y conceptual de las herramientas de calificación contractual utilizadas desde sus orígenes por nuestra disciplina. Y de la convergencia de los sistemas de Derecho del Trabajo de un importante bloque de países europeos, tanto de la tradición del *Civil Law* como del *Common Law*, en torno a una misma regla operacional, basada en la realización de una aproximación funcional a la aplicación de los elementos constitutivos del contrato de trabajo y el test de laboralidad,<sup>77</sup> la cual está en condiciones aportar herramientas de gran utilidad para hacer frente con criterios claros y fiables a los nuevos interrogantes que traerán las transformaciones que sin duda experimentará el trabajo en el mundo que vendrá. Como tal, constituye uno de los más inesperados y venturosos hallazgos ocurridos durante la pandemia que, al terminar de escribir estas líneas, empieza afortunadamente a dar señales de agotamiento.

77 Así, L. NOGLER, “La Corte federale ...”, cit., pág. 838, antes de la Sentencia de la Corte Suprema británica, con referencia a “todos los sistemas pertenecientes a la tradición del *Civil Law* eurocontinental” con la excepción de Italia.