

EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

MIRENTXU MARÍN MALO

Profesora Asociada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
Universidad Pública de Navarra

EXTRACTO **Palabras Clave:** Plataformas digitales; tiempo de trabajo; tiempo de disponibilidad; economía on-demand

El presente trabajo analiza el cómputo del tiempo de trabajo en las plataformas digitales, con el objetivo de estudiar los problemas que esto genera a efectos de encuadramiento del trabajador en los diferentes regímenes de seguridad social (trabajador autónomo, TRADE o asalariado). Para ello se describe, con apoyo en la reciente jurisprudencia, la forma en que se realiza la prestación del servicio y las condiciones en que se desarrolla la relación entre plataforma y colaborador. Una vez caracterizada la forma de prestación de servicios se analizan los conceptos de “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso” a la luz de las sentencias del TJUE en esta materia.

ABSTRACT **Key Words:** Digital platforms; working time; availability time; on-demand economy

This paper analyzes the computing working time on digital platforms, with the aim of studying the problems that this generates in order to include the workers in the different social security regimes (self-employed worker, TRADE or employee). For that, we describe, supported by the recent jurisprudence, the way in which the service is performed and the conditions in which the relationship between platform and collaborators are developed. Once the form of service delivery is characterized, the concepts of “working time” and “rest time” are analyzed in the light of the CJEU judgements in this field.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA. UNA BREVE CARACTERIZACIÓN GENERAL
 - 2.1. Tipos de empresa en la industria 4.0
 - 2.2. Economía on-demand. Forma de prestación del servicio a través de plataformas digitales
3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SU CONFIGURACIÓN COMO RELACIÓN LABORAL
 - 3.1. La consideración de los colaboradores como trabajadores autónomos o trabajadores autónomos económicamente dependientes.
 - 3.2. Trabajadores asalariados. Una revisión de la figura tradicional para adaptarla a los nuevos tiempos
4. EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. RECUPERANDO LOS CONCEPTOS DE TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y DE PRESENCIA PARA ADAPTAR EL DERECHO DEL TRABAJO A UNA NUEVA ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA
 - 4.1. Los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso en nuestro ordenamiento jurídico
 - 4.2. El tiempo de disponibilidad y el tiempo de presencia. ¿Flexibilidad o precariedad?
 - 4.3. El tiempo de trabajo, disponibilidad y presencia en el sector transporte. ¿La solución a los problemas de la economía on-demand?
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el mercado laboral ha sufrido una importante transformación causada por la digitalización de la economía. Esta transformación ha supuesto cambios en la forma de organizar el trabajo por parte de las empresas, así como la aparición de nuevas formas de empleo que suponen un reto para el Derecho del Trabajo, que debe de adaptar sus paradigmas tradicionales a un nuevo escenario¹.

Entre las numerosas consecuencias que estos cambios han supuesto, la principal es que se genera una situación propicia para la fuga al empleo autónomo².

¹ En este sentido, Grau Pineda, C.: “La economía digital o de plataformas (Platform economy) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿Precario?”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213/octubre 2018, p. 46. En similar sentido, véase el *Informe sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa de mayo de 2017 (A8-0195-2017)* del Parlamento Europeo, donde se pone de manifiesto que la economía colaborativa “ha replanteado la forma en que se suministran los productos y se prestan los servicios y constituye en numerosos sectores un desafío para los modelos económicos ya establecidos”.

² En los inicios del Derecho del Trabajo no era difícil distinguir la figura del trabajador por cuenta ajena del autónomo. Sin embargo, las características de una y otra figura se vuelven difusas

En la actualidad asistimos a una nueva revolución industrial que, junto a la crisis económica ha propiciado una nueva forma de organización laboral y ha fomentado la descentralización productiva extrema. El uso de las nuevas tecnologías y de la conexión digital en el trabajo ha traído consigo el aumento del número de trabajadores que prestan sus servicios de forma telemática³, lo que ha terminado por desdibujar la frontera entre trabajadores autónomos y asalariados⁴.

Este nuevo contexto laboral supone una ruptura con el modelo productivo anterior, pues no solo se desdibuja la línea que separa al trabajador asalariado del autónomo, sino que la propia empresa, el centro de trabajo, entendido como lugar en el que se desarrollan las relaciones laborales sufre una transformación. Así, deja de ser algo físico, material, para ser intangible⁵. Es el nuevo trabajo en red, a distancia, sin necesidad de un lugar físico al que acudir para la prestación del servicio⁶.

En este nuevo sistema productivo llaman la atención tres aspectos que tienen especial interés para el Derecho del Trabajo. En primer lugar, el trabajo es fragmentado en pequeñas tareas. A esto se le conoce como 'atomización del trabajo'⁷. Esto nos lleva al segundo aspecto: la despersonalización del trabajador a través de la economía digital. El trabajador no tiene contacto directo con la empresa; tampoco con el entorno laboral. Trabajador y empresa interactúan a través de dispositivos electrónicos. Ligado a esta despersonalización, surge el tercer aspecto que merece ser mencionado, aunque no sea el objeto del presente trabajo: el trabajo en la nueva era digital fomenta el individualismo del trabajador, que se ve obligado a competir con otros trabajadores para conseguir más trabajo y, por tanto, mayores ingresos. Esta individualización del trabajo, unida a la despersonalización del trabajador, hace que la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores pase a un

en la economía digital. Cruz Villalón, J.: "El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo", en *Revista de Derecho Social*, núm. 83/2018, pp. 13 y ss.

³ Véase, Gala Duran, C. y Pastor Martínez, A.: "La incidencia de las nuevas tecnologías de la información y comunicación en la negociación colectiva", en Del Rey Guanter, S. (Dir.); et. al.: *Relaciones Laborales y Nuevas Tecnologías*, Ed. La Ley, Madrid, 2005, p. 255.

⁴ Un análisis más amplio de la evolución histórica del Derecho del Trabajo y el proceso de difuminación de la frontera entre trabajadores autónomos y asalariados puede encontrarse en Gutiérrez Arranz, R.: "Las relaciones laborales en la economía colaborativa: el caso Uber en EE.UU.", en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 187/2016, pp. 161 y ss.

⁵ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], HP Segundo, donde se señala que "el trabajo tradicional acotado a su relación en un centro físico concreto, la fábrica o la oficina, y en un periodo de tiempo preestablecido por un horario fijo está dando paso a nuevas formas de trabajar en la que las dimensiones espacio-temporales son distintas".

⁶ Al respecto, entre otros, Grau Pineda, C.: "La economía digital o de plataformas...", op. cit., p. 48.

⁷ Así lo pone de manifiesto el documento *Simposio Iberoamericano OIT: El futuro del trabajo. Un escenario de cambios tecnológicos y transformaciones productivas. Conclusiones Generales*, 2018, Canarias; en sus conclusiones segundas y siguientes.

segundo plano, pues difícilmente se podrán invocar derechos colectivos cuando dicha colectividad no existe formalmente⁸.

Todo lo anterior tiene como consecuencia directa la precarización de las condiciones laborales de las personas que trabajan en este nuevo sistema productivo⁹. Por todo ello, es necesario que nuestro Derecho del Trabajo se adapte a las nuevas circunstancias, ofreciendo “*respuestas novedosas a realidades profesionales que superan, en muy diversos aspectos, esquemas de protección propios de actividades, en parte, del pasado*”¹⁰, con el objetivo de dar cumplimiento al Principio 5 del Pilar Europeo de Derechos Sociales (en adelante, PEDS), donde se recoge, entre otras, la necesidad de evitar las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular, prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. En este sentido se manifiesta la OIT al señalar que la transformación del mundo del trabajo exige que se tomen medidas dirigidas a “*mejorar la calidad de vida de los trabajadores, ampliar las opciones disponibles, cerrar la brecha de género o revertir los estragos causados por las desigualdades a nivel mundial*”¹¹.

Partiendo de este objetivo, el presente artículo persigue poner de manifiesto los problemas relacionados con el cómputo de la jornada de trabajo en estos nuevos empleos digitalizados y la importancia de trabajar para que el empleo del futuro sea un empleo digno, que respete los derechos de los trabajadores. Para ello, en primer lugar se analizará la forma en la que estos trabajadores prestan el servicio para, posteriormente, analizar las diferentes opciones para el cómputo del tiempo de trabajo a través de plataformas digitales y los problemas que surgen de esta cuestión. El objetivo último debe ser siempre el de asegurar unas condiciones de trabajo decentes a los trabajadores, independientemente del tipo de prestación de servicios que realicen¹².

⁸ Algunos autores hacen referencia a la posibilidad de estas nuevas formas de producción y empleo de “*condicionar los derechos fundamentales de los trabajadores*” y a la “*capacidad de los poderes empresariales de afectar a ellos de forma muy intensa*”. En Grau Pineda, C.: “La economía digital o de plataformas...”, op. cit., p. 49.

⁹ Así lo pone de manifiesto el preámbulo de la *Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, aprobada el 16 de abril de 2019 (COM 2017/0797), en su punto 4, donde hace referencia a que “*los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, que han conducido a la creación de nuevas formas de empleo, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afectados*”.

¹⁰ Suárez Corujo, B.: “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, en *Temas Laborales*, núm. 141/2018, p. 39.

¹¹ En *Informe de la comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, 2019, pp. 10 y ss.

¹² Analizando ésta cuestión, Todolí Signes señala que “*la legislación no debería permitir que las ventajas competitivas de los modelos de negocio del X. XXI provengan de explotar vacíos legales para no tener que aplicar las protecciones a los trabajadores obtenidas en los últimos siglos*”. En *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2017, p. 156.

2. LA ECONOMÍA COLABORATIVA. UNA BREVE CARACTERIZACIÓN GENERAL

2.1. Tipos de empresa en la industria 4.0

Antes de abordar la cuestión central de este trabajo, conviene realizar una breve diferenciación entre los distintos tipos de empresas que se pueden encontrar en la Industria 4.0. Así, la llamada `economía colaborativa`¹³ se basa en sacar provecho a aquello que está infrautilizado, realizando un intercambio entre particulares¹⁴. El modelo más tradicional de economía colaborativa es aquel en el que se intercambia un bien infrautilizado por otro o por una cantidad económica pactada entre las partes. Es la llamada `economía de acceso`¹⁵. En estos supuestos, la plataforma pone en contacto a unos y otros sin realizar ninguna otra labor como intermediario y establece una tarifa vinculada al propio uso de la plataforma (cuentas Premium) o al intercambio realizado y el precio pactado por el mismo.

El problema para el Derecho del Trabajo surge cuando el bien que se intercambia es el tiempo de la persona. En estos casos, la relación que se establece a través de las plataformas digitales es la de una persona que pone su tiempo al servicio de otra para desarrollar una determinada tarea o función a cambio de una retribución pactada. A grandes rasgos, esta es la base de una prestación de servicios tradicional, por lo que se debe determinar si estamos ante un trabajador autónomo o ante un trabajador asalariado, así como la forma en la que deben protegerse los derechos, tanto de un tipo de trabajador como del otro¹⁶.

Dentro de la economía colaborativa basada en intercambiar el tiempo de la persona podemos diferenciar, de manera genérica, entre el `casual work`, el `portfolio work` y el `crowd work`¹⁷. El presente trabajo se centrará en el llamado `crowd work` o `crowd employment`. Se caracteriza por ser la plataforma la que sirve de nexo entre una persona con una necesidad específica y un trabajador que puede

¹³ Recibe otros muchos nombres, como share economy, gig economy o platform economy, sin que haya un acuerdo entre la doctrina para el uso de uno solo, pues ninguno parece abarcar todas las tipologías de este tipo de economía que existen. Font-Mas, M.: "Plataformas de capital vs plataformas sociales en la economía colaborativa: punto de vista jurídico internacional", en *CIREC International*, núm. 12/2018, p. 5. También sobre el concepto de `economía colaborativa`, Menor-Campo, A.P.; Hidalgo-Fernández, A. y Valverde-Roda, J.M.: "La economía colaborativa: análisis conceptual", en *Revista Espacios*, Vol. 40/núm. 3/2019, pp. 30-45.

¹⁴ Véase Suárez Corujo, B.: "La gran transición...", op. cit., p. 40.

¹⁵ Existen numerosas plataformas digitales que ponen en contacto a la persona poseedora de un bien con aquella que lo necesita, permitiendo el intercambio. Esto, en general, no produce grandes problemas en relación con el Derecho del Trabajo, más allá de si estos particulares poseedores del bien deben darse de alta como trabajadores autónomos o no. Ejemplo de este tipo de plataformas son Wallapop, AirBnB o BlaBlaCar.

¹⁶ Todolí Signes, A.: *El trabajo en la era...*, op. cit., pp. 5 y ss.

¹⁷ Para una clasificación más detallada, véase Álvarez Cuesta, H.: *El futuro del trabajo vs. El trabajo del futuro. Implicaciones laborales de la industria 4.0*, Colex, A Coruña, 2017, pp. 43 y ss.

dar respuesta a la necesidad a cambio de un pago. Estas plataformas juegan un papel realmente importante en esta relación comercial y en el medio laboral, pues se organizan alrededor de un gran número de trabajadores (que son considerados autónomos) que responden a las peticiones de los clientes y cobran, solo, por los servicios realmente prestados. Este sistema hace que, por una parte, el coste laboral de estas empresas sea mínimo, pues solo paga a la mano de obra autónoma en función del servicio prestado; y por otra, que los ingresos de los trabajadores sean irregulares, pues solo se generan con la prestación efectiva del servicio, que resulta imprevisible. Así, *“los ingresos que se obtienen pueden ser escasos e irregulares, insuficientes para cumplir su función de asegurar los ingresos suficientes para la economía doméstica”*¹⁸.

Cuando la plataforma digital ponga al servicio del usuario el tiempo del trabajador estaremos hablando de un tipo de economía colaborativa específico, conocido como *“economía on-demand”*¹⁹. Es en este supuesto en el que se va a centrar el presente trabajo; en concreto, en determinar cómo se concreta la prestación del servicio dentro de las mismas, para analizar los problemas derivados del modo de computar el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso de estos trabajadores – independientemente de su consideración como trabajadores autónomos o asalariados – con el fin de proteger sus derechos. En definitiva, con el objetivo de proteger el derecho a unas condiciones de trabajo y de vida dignas en la era digital.

2.2. Economía on-demand. Forma de prestación del servicio a través de plataformas digitales

Antes de abordar el cómputo del tiempo de trabajo en el empleo a través de plataformas digitales es conveniente apuntar algunas de las principales características en cuanto a la forma en que se realiza la prestación del servicio y las condiciones generales que rigen la relación entre plataforma y colaborador. Si bien es cierto que cada empresa tiene sus propios criterios y forma de organizar el trabajo, hay aspectos que son comunes a todas ellas. Con el objeto de simplificar este análisis, se hará referencia a aquellos aspectos que se conocen a través de la doctrina judicial; en concreto, en relación a la empresa Glovo.

La relación entre plataforma y colaborador se inicia cuando éste manifiesta a la empresa su interés en trabajar con ella a través de un formulario disponible en la web de la misma. Una vez aceptado, el colaborador debe acudir a una sesión informativa inicial a cargo de la empresa, donde se le indica el funcionamiento

¹⁸ En Rodríguez-Piñero Royo, M.: “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales”, en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138/2017, p.147.

¹⁹ Además de otros como “gig economy”, “sharing economy” o “uber economy”.

interno, la forma de pago o la manera en que deben realizar los pedidos²⁰. En este momento, la empresa le solicita la documentación que certifique que se encuentra dado de alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos (en adelante, RETA) y la forma en que realizará la prestación del servicio (moto, coche o bicicleta)²¹. Igualmente, la empresa le facilita un usuario y una contraseña con los que acceder a la plataforma para la prestación del servicio.

A partir de este momento, el trabajador pasa a formar parte de la base de datos de colaboradores de la plataforma, y la comunicación entre el colaborador y la empresa se realiza a través de dos vías: la aplicación informática²² y el correo electrónico²³.

Periódicamente, la plataforma pone a disposición de los colaboradores las franjas horarias para prestar servicio, asociadas a una zona geográfica. Estos horarios y zonas son preestablecidos por la empresa de manera unilateral²⁴. Además, el colaborador no tiene acceso a todos los horarios disponibles, ni puede cambiar una franja horaria por otra unilateralmente. La empresa establece un orden de acceso a estos horarios en función de lo que llaman 'sistema de excelencia'²⁵.

Una vez seleccionada una franja horaria, el colaborador debe estar disponible en ese horario en el lugar seleccionado para prestar servicios. Es decir, no puede decidir, unilateralmente, prestar servicios en esa franja horaria, pero en otro lugar. Tampoco puede cambiar la franja horaria sin justificar la causa por la que lo hace. Durante este tiempo, el trabajador debe encontrarse geolocalizado²⁶ y con la

²⁰ SJS Valencia núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero, ap. 6. Además, se le hace entrega de la equipación distintiva de la empresa que, en general, consta de una mochila para el transporte de mercancías, abrigo o camiseta. La empresa descuenta al colaborador unos 40 € en concepto de fianza por este material.

²¹ SSJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], HP Cuarto y núm. 128/2019 de 3 de abril [aut. 944/2018]. También, SJS Valencia, núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero, ap. 7.

²² Mediante la misma se transmite información relacionada con la tarea a realizar, el modo de realizarla u otra información durante la prestación efectiva del servicio. SJS Madrid SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto.

²³ Normas de funcionamiento interno, ausencias del trabajador, o recomendaciones de la empresa respecto a seguridad y salud laboral y del producto. SJS Madrid SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto.

²⁴ SSJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], HP Tercero y núm. 128/2019 de 3 de abril [aut. 944/2018]. Igualmente, SJS Valencia, núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero.

²⁵ Este sistema valora varios aspectos y asigna una puntuación al colaborador aplicando un algoritmo. Los aspectos que se valoran son: puntuación del partner, valoración del cliente, antigüedad en la empresa, pedidos realizados en horas de alta demanda y eficiencia del colaborador. Para más información en relación al sistema de excelencia, véase la página web de la empresa. Este sistema puntúa, específicamente, el cumplimiento del colaborador del horario que ha seleccionado para trabajar. El propio algoritmo valora también las ausencias, de manera que penaliza a aquellos colaboradores que se apuntan a un horario concreto y posteriormente no realizan servicios en ese horario.

²⁶ SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto.

aplicación activada para que le sean asignadas tareas. La aceptación de tareas por parte del colaborador se puede realizar de manera manual o automática; aunque la propia empresa recomienda que se haga de forma automática. Así, aunque la propia empresa señala que el colaborador es libre para apuntarse a aquellas franjas horarias que quiera, depende de una puntuación diseñada unilateralmente por ella, lo que limita su libertad para elegir cuando realizar la prestación del servicio²⁷.

Una vez aceptado un pedido por parte del repartidor, *“éste debe llevarlo a cabo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con él de forma directa”*. También señala la jurisprudencia que *“el trabajador puede rechazar un pedido previamente aceptado a media ejecución, en cuyo caso el recado es asignado a otro repartidor”*²⁸. Tras la realización de la tarea asignada, el colaborador recibirá una retribución establecida por la empresa por cada servicio realizado, así como un precio por kilómetro recorrido y por el tiempo de espera para la retirada del producto por parte del repartidor. El colaborador no marca el precio del servicio, y tampoco cobra el dinero al usuario, que paga directamente a la plataforma. La parte de los ingresos que corresponde al colaborador es abonada por la empresa quincenalmente. Para ello, el colaborador debe presentar una factura a la empresa, pero es la empresa quien le facilita a través del email los datos e importes que deben aparecer en la misma en relación a los kilómetros recorridos, los pedidos realizados y el importe de cada uno de ellos²⁹.

Por último, se debe señalar que el colaborador no puede elegir libremente los pedidos que realiza, pues para repartir con ciertos partners es necesaria la autorización previa de la empresa. Además, la empresa da unas pautas específicas para la realización del trabajo, entre las que se incluye la imposibilidad de aceptar varios pedidos si se trabaja para unos partners concretos, instrucciones relativas al correcto mantenimiento de los equipos de trabajo o a la forma en que debe realizarse el transporte de alimentos y paquetería³⁰.

²⁷ Se observa esa insinuación, por ejemplo, en la explicación de cómo se puntuarán las horas de alta demanda, donde señala un documento interno de la empresa que *“tienes plena libertad para escoger horas de alta demanda”*, sin añadir que solo cuando por la puntuación obtenida puedas acceder a ellas antes de que las hayan seleccionado otros colaboradores. A favor de esta falta de libertad se postula la SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Undécimo. También Poquet Catalá, R.: En *“Zonas grises de la relación laboral en la economía colaborativa”*, en Todolí Signes, A. y Hernández Bejarano, M. (Dir.); et. al.: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, derecho y mercado*, Aranzadi, Cizur Menor, 2017, p. 184.

²⁸ SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Cuarto. Es cierto que no existe penalización directa por cancelar un pedido. Sin embargo, de la citada sentencia, en su HP Séptimo, se extrae la existencia de una penalización *“de 0,3 puntos cada vez que un repartidor no está operativo en la franja horaria previamente reservada”*. Además, tal como se extrae de la SJS Valencia, núm. 244/2018, de 1 de junio [proc. 633/2017], AH Tercero, epígrafe octavo, si el repartidor no entrega el pedido completo, en el caso de Deliveroo, la empresa le incluirá una *“incidencia”* en su ficha.

²⁹ SJS Madrid núm. 284/2018, de 3 de septiembre [rec. 1353/2017], HP Quinto.

³⁰ SJS Madrid núm. 134/2019, de 4 de abril [autos 946/18], HP Cuarto.

3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES Y SU CONFIGURACIÓN COMO RELACIÓN LABORAL

Tal como se ha visto, la organización del tiempo de trabajo en este tipo de prestación del servicio no responde a la organización tradicional del mismo, con un horario de entrada y salida preestablecido, y durante el cual, los tiempos muertos dentro de la empresa se computan habitualmente como tiempo de trabajo efectivo. Por ello es necesario analizar cómo computar el tiempo de trabajo en este supuesto, tanto en el caso de considerar al trabajador como autónomo como si se le considera trabajador por cuenta ajena.

3.1. La consideración de los colaboradores como trabajadores autónomos o trabajadores autónomos económicamente dependientes

Como se señalaba en la introducción, la prestación de servicios a través de plataformas digitales ha supuesto un nuevo reto para la doctrina iuslaboralista. Así, la consideración de los colaboradores de plataformas digitales como trabajadores autónomos o asalariados es un debate de actualidad³¹, pues calificar a un grupo de trabajadores en una u otra categoría supone, en la práctica, numerosas implicaciones económicas, así como el reconocimiento al trabajador del elenco de derechos reconocidos a los trabajadores por cuenta ajena que, de ser considerado autónomo, no le serían aplicables.

En la práctica, estas empresas consideran a los colaboradores como trabajadores autónomos – en algunas ocasiones, como TRADES – pero nunca como trabajadores asalariados. Sin embargo, las posturas son muy diversas, y los tribunales parecen no estar de acuerdo en considerarlos dentro de una u otra figura. De cualquier modo, no es objeto de este trabajo analizar el encuadramiento de estos trabajadores en uno u otro grupo. Lo que se pretende es analizar cómo afecta el cómputo de la jornada laboral de estos trabajadores en su encuadramiento, poniendo de manifiesto los problemas derivados de la forma en que se realiza dicho cómputo.

La Ley 20/2007, de 11 de julio que establece el Estatuto del Trabajo Autónomo define trabajador autónomo, en su art. 1.1, como *“las personas físicas que realicen de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena”*. De esta

³¹ Tal como apuntan algunos autores, *“prácticamente desde los inicios del Derecho del Trabajo, ha sido necesario reflexionar acerca de los criterios que sirven para establecer”* la diferencia entre trabajador autónomo y asalariado. En González Ortega, S.: *“Trabajo asalariado y autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”*, en *Temas Laborales*, 138/2017, p. 87; entre otros.

definición se extrae que, para que una persona sea considerada trabajador autónomo debe realizar una actividad de manera personal, con el objetivo de obtener un beneficio económico, siendo ella misma quien toma las decisiones sobre qué trabajos aceptar y cómo realizarlos, así como asumiendo el riesgo y ventura de dicha operación y, por último, que todo ello debe realizarse de forma habitual.

Por otra parte, no es escasa la doctrina que apuesta por reforzar la figura del TRADE como solución a los problemas surgidos a raíz de esta nueva revolución laboral tecnológica. Esta modalidad de trabajador autónomo se sitúa a medio camino entre una relación laboral común y un trabajador por cuenta propia. El art. 11 del LETA define a estos trabajadores como *“aquellos que realizan una actividad económica o profesional a título lucrativo y de forma habitual, personal, directa y predominante para una persona física o jurídica, denominada cliente, del que dependen económicamente por percibir de él al menos, el 75% de sus ingresos por rendimientos de trabajo y de actividades económicas o profesionales”*. Su normativa específica regula, además, aspectos relacionados con la jornada de trabajo y establece medidas de protección para estos trabajadores. Lo que parece interesar de éste régimen a la jurisprudencia es el encaje que la relación colaborador-plataforma parece tener en el mismo. La realidad es que, la gran mayoría de los colaboradores de plataformas, aunque no tengan firmado un contrato de exclusividad con su plataforma, en la práctica actúan como si lo tuviesen. Esto se debe, por una parte, a la exigencia de estar constantemente disponible para prestar servicios, y a la necesidad de auto explotación a la que estos trabajadores son expuestos para conseguir unos ingresos que permitan unas condiciones de vida y un salario digno. En definitiva, cumplen con el requisito de que al menos el 75% de sus ingresos provenga de una sola plataforma; de un solo cliente. Pero, como la plataforma se presenta a sí misma como una simple intermediaria, el cliente del trabajador no sería la plataforma (con la que tiene un contrato como TRADE suscrito), sino el usuario del servicio. Si esto es así realmente, el contrato de prestación de servicios que el trabajador tiene suscrito con la empresa no sería válido, pues ni esta es su cliente ni alcanza el 75% de los ingresos de un cliente necesarios para ser considerado TRADE.

Analizando en conjunto la forma en que los trabajadores prestan servicios, puede señalarse que, si bien es cierto que ellos eligen la franja horaria en la que trabajar, estas horas vienen predeterminadas por las plataformas, por lo que la libertad de elección está limitada. Además, el trabajador debe permanecer activo durante la franja horaria seleccionada, y no puede trabajar en una distinta a esta. En este supuesto se mezcla la habitualidad de la prestación y la dependencia; pues la libertad del trabajador autónomo se ve limitada por la capacidad de organización de la plataforma, que establece unos criterios de manera unilateral a la hora de prestar el servicio. Por tanto, el trabajador depende de la plataforma. Esto supone que, si una jornada concreta no está recibiendo un número elevado de pedidos,

el trabajador no puede dejar de prestar el servicio. Aunque esté en un periodo de inactividad, de espera, se encuentra a disposición de la plataforma, y el número de pedidos que reciba no es determinante para que él decida abandonar el servicio sin una causa que lo justifique.

Además, en el caso de los TRADE, su contrato pone de manifiesto cómo la empresa utiliza una doble vía para determinar la jornada del trabajador. Por una parte, en el contrato de trabajo establece que deberá realizar una jornada de 40 horas semanales, ampliables en 30 horas de disponibilidad del trabajador. Es decir, el contrato establece las horas que el trabajador debe estar activo en la plataforma, dispuesto para realizar encargos. Sin embargo, a efectos retributivos solo computa el tiempo de trabajo efectivo, pese a que el compromiso adquirido en el contrato es otro³².

Al margen de todo lo anterior, un problema añadido es que, para la inclusión de los trabajadores en el RETA se requiere, como se ha señalado anteriormente, la habitualidad en la prestación del servicio. Algunos tribunales consideran que una prestación de servicios profesionales es habitual y, por tanto, que requiere el alta en el RETA cuando los ingresos superen el SMI anual³³; aunque como señala la Sala en la STS de 20 de marzo de 2007, esto no es un criterio único³⁴ y, por tanto, no excluye otros que puedan ser determinantes para establecer la existencia o no de habitualidad en la prestación del servicio; como la continuidad en el tiempo de la prestación del servicio. En definitiva, *“el criterio de la percepción de ciertas cantidades dinerarias no constituye por sí solo dato suficiente que obligue al encuadramiento del trabajador en el RETA”*³⁵. Por tanto, se debe valorar en conjunto que el trabajo sea periódico o estable, por una parte, y que permita al trabajador vivir de ello, por otra. Es decir, que permita unos ingresos mínimos como para consistir en su medio de vida, y no en una actividad complementaria a aquel³⁶.

En relación a los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales resulta difícil determinar la habitualidad en función de los ingresos, pues

³² SJS Madrid núm. 12/2019 de 11 de enero [rec. 418/2018], HP Primero.

³³ Así se manifiesta la STS de 29 de octubre de 2007 [rec. 406/1997], en su FD Tercero, al señalar que *“la superación del salario mínimo percibido en un año natural puede ser un indicador adecuado de habitualidad”*.

³⁴ Como señala el Tribunal, superar el SMI es un indicio de habitualidad que resulta útil para determinar si el trabajador debe considerarse autónomo y darse de alta en el RETA, pero por sí sola no es determinante. STS de 29 de octubre de 2007 [rec. 406/1997].

³⁵ Ballester Pastor, I.: *“¿Existe una medida de “habitualidad objetiva” que obligue al encuadramiento de los trabajadores autónomos en el RETA? ¿Existe para los subagentes de seguros? Efectos y alcance de la doctrina judicial al hilo de las relevantes Sentencias de la Sala de lo Social del TS de 29 de octubre de 1997 (RJ 1997, 7683) y de 29 de abril de 2002 (RJ 2002, 5681)”*, en *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, núm. 20/2002, p. 1136.

³⁶ En este sentido, STSJ Castilla-León de 27 de mayo de 1997 o STSJ Castilla-La Mancha de 19 de junio de 2000 (RJ 23817). También Cavas Martínez, F.; Rodríguez Iniesta, G. y Fernández Orrico, F.: *“Campo de aplicación del Régimen Especial de los Trabajadores por Cuenta Propia o Autónomos”*, en Barrios Baudor, G.L. (Dir.); et. al.: *Tratado del trabajo autónomo*, Aranzadi, Cizur Menor, 2009.

al tratarse de una prestación de servicios remunerada en función de las micro-tareas realizadas, en numerosas ocasiones el trabajador tiene unos ingresos mínimos, que difícilmente superarán el umbral del SMI. Además, podría superarlo un año, pero no al siguiente, puesto que la actividad no está asegurada ni tiene una continuidad temporal. Sin embargo, este criterio jurisprudencial contradice al que defiende Inspección de Trabajo y Seguridad Social que afirma que, independientemente de los ingresos, hay otros indicios de habitualidad que harían necesario que el trabajador tramitase el alta en el RETA.

3.2. Trabajadores asalariados. Una revisión de la figura tradicional para adaptarla a los nuevos tiempos

Como es sabido, el art. 1.1 TRET recoge las notas características que debe tener una prestación de servicios para que sea considerada laboral lo que conllevará, de manera directa, que se considere como trabajador por cuenta ajena a aquellas personas que realizan dicha prestación y, por tanto, que se les aplique la normativa laboral en su conjunto, reconociéndoles derechos y obligaciones que no están reconocidos para la figura del trabajador autónomo. Así, entiende que serán trabajadores por cuenta ajena aquellos que presten sus servicios de manera voluntaria, retribuida, por cuenta ajena y dentro del ámbito de organización y gestión de otra persona que será el empresario. De la jurisprudencia y doctrina se desprende que, en definitiva, lo determinante es la ajenidad y la dependencia del trabajador en la prestación del servicio.

Sin embargo, estos conceptos de ajenidad y dependencia son conceptos jurídicos indeterminados, que necesitan de una interpretación constante por parte de la jurisprudencia y un análisis de cada supuesto concreto planteado, pues la ajenidad y la dependencia pueden manifestarse de muy diversa manera en los diferentes sectores productivos atendiendo a sus características concretas. Sin entrar a valorar estos conceptos de ajenidad y dependencia a la luz de la jurisprudencia más reciente está claro que, por la forma en la que se presta el servicio on-demand, existen indicios para entender que hay subordinación, en tanto que el trabajador no tiene libertad para decidir dónde y cuándo realiza la prestación del servicio.

Como se ha señalado, en el trabajo a través de plataformas digitales la jornada se computa desde el inicio de la prestación del servicio efectiva, la realización de la micro-tarea asignada, hasta que esta micro-tarea finaliza. Una vez finalizada, el trabajador pasa a situarse en un estado de espera, de disponibilidad digital, que no es considerada como tiempo de trabajo efectivo y que tampoco es retribuido por parte de estas plataformas. Esta forma de organización del tiempo de trabajo supone la precarización laboral del trabajador a causa de la incertidumbre respecto al horario y a los ingresos que va a percibir, además de una enorme inestabilidad laboral.

Establecer formalmente esta organización del tiempo de trabajo no es tarea fácil. Una primera opción es realizar un contrato a tiempo parcial a estos trabajadores. Surge entonces el problema de qué jornada establecer, puesto que no es posible anticipar cuántas micro-tareas se le van a solicitar, ni tampoco el tiempo que el trabajador va a dedicar a cada una de ellas. Para solucionar este problema, se podría realizar un contrato con una jornada base mínima. Esta jornada base tendría que ser modificada mensualmente a través de una novación contractual pactada entre empresario y trabajador. Así, el trabajador sería retribuido cada mes por las horas realmente trabajadas, y cotizaría en la seguridad social por este importe. Se trata de realizar una modificación sustancial de las condiciones de trabajo al amparo del art. 41 TRET. Este artículo permite la modificación de la jornada de trabajo de manera unilateral por parte de la empresa cuando existan “*probadas razones económicas, técnicas, organizativas o de producción*”. Por tanto, realizar esta novación contractual requiere, por una parte, de causas que lo permitan y, por otra, de la notificación al trabajador de la misma, y a sus representantes legales, con una antelación mínima de 15 días a su fecha de efectos, lo que resulta imposible ante la imprevisibilidad de estos empleos on-demand. Además, puesto que sería una medida generalizada en toda la empresa, no se trataría de una modificación sustancial individual, sino colectiva, lo que supondría cumplir, por parte de la empresa, con otra serie de requisitos. Sin embargo, en la práctica, la normativa interna de funcionamiento de la TGSS permite la novación del contrato de trabajo (tipo o coeficiente) durante los 6 primeros días de cada mes con carácter retroactivo, siempre y cuando esta novación se refiera a todo el mes inmediatamente anterior³⁷. Esto supone una doble irregularidad. En primer lugar, porque el trabajador se verá obligado a firmar novaciones con fechas pasadas para que el empresario pueda justificar el movimiento en la TGSS. En segundo lugar, este sistema solo aumenta los problemas que se busca eliminar a tenor de los últimos informes de la OIT, el PEDS o la recientemente aprobada *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, como la inestabilidad laboral y la precariedad en el empleo. Además, se correría el riesgo de llegar a implantar como sistema de contratación generalizado el denominado “contrato de 0 horas”³⁸, ya utilizado en otros países y que “*no especifican límites y ni siquiera existe obligación alguna de llamar al trabajador*”³⁹.

³⁷ Véase *Boletín Noticias Red 4/2014*, Tesorería General de la Seguridad Social, p. 5. En caso de que el trabajador cause baja durante el mes, esta novación debe hacerse en los 6 días inmediatamente posteriores a la baja.

³⁸ Estos contratos pactan jornadas garantizadas que, habitualmente, van entre una y ocho horas de trabajo semanalmente. En Beatson, M.: “Zero-hours and short-hours contracts in the UK: employer and employee perspectives”, en *Technical Report*, December/2015, p. 13.

³⁹ Tal como señala Álvarez Cuesta, “*ésta forma de empleo ha tenido una importancia creciente en la última década en Irlanda, Italia, Países Bajos y Suecia*”, que ha establecido diferentes derechos para este tipo de trabajadores. En *El futuro del trabajo...*, op. cit., p. 43.

Otra opción relacionada con el contrato a jornada parcial, sería la de establecer una jornada base y, sobre ella, que el trabajador realizase horas complementarias al amparo del art. 12.4.c TRET. Estas horas complementarias deberán respetar los límites establecidos en el art. 12.5 TRET. Así, para que el empresario pueda exigir su realización, deben estar pactadas en el contrato de trabajo con el trabajador, y la jornada mínima del contrato inicial deberá ser de 10 horas semanales en cómputo anual. En el propio contrato debe especificarse el número de horas complementarias que puede realizar el trabajador, que nunca podrá exceder del 30% de la jornada pactada⁴⁰. Además, la suma de la jornada habitual y las horas complementarias no puede ser igual ni superior que la jornada de un trabajador a tiempo completo comparable. Por último, el art. 12.5.d TRET señala que *“el trabajador deberá conocer el día y la hora de realización de las horas complementarias pactadas con un preaviso mínimo de tres días, salvo que el convenio establezca un plazo de preaviso inferior”*. Este último requisito impide su uso en la actualidad para formalizar la jornada en este tipo de empleos, pues la principal característica de la prestación de servicio a través de plataformas digitales es la posibilidad de contar con el trabajador a demanda. Es decir, al obligar al empresario a preavisar de cuándo realizará esas horas, imposibilita su uso en este sector, puesto que es imposible que el empresario prevea los encargos que van a entrar cada día y en cada horario a través de la plataforma, así como el tiempo que el empleado tardará en realizar cada uno de ellos. Sin embargo, la *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea* establece, en su art. 2.m que, en aquellos trabajos en los que el patrón de trabajo sea imprevisible (entre los que se incluyen este tipo de empleo atípico), el empleador deberá informar al trabajador sobre *“a) el principio de que el calendario es variable, la cantidad de horas pagadas garantizadas, b) las horas y los días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y c) el periodo mínimo de preaviso a que tienen derecho el trabajador antes del comienzo de cada tarea”*. No es sencillo, de cualquier manera, aplicar esta forma contractual al empleo a través de plataformas digitales, aunque, a día de hoy, parece lo más razonable.

Por otra parte, este tipo de jornadas no acaba con los problemas ya mencionados de la precarización en el empleo, la imprevisibilidad de la jornada y de los ingresos o la inestabilidad laboral contra la que se debe luchar para promover un futuro laboral seguro y digno.

⁴⁰ Se prevé la posibilidad de que el convenio colectivo establezca otro porcentaje, siempre y cuando se encuentre entre el 30 y el 60% de las horas ordinarias contratadas. Art. 14.5.c TRET.

4. EL CÓMPUTO DEL TIEMPO DE TRABAJO EN LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. RECUPERANDO LOS CONCEPTOS DE TIEMPO DE DISPONIBILIDAD Y DE PRESENCIA PARA ADAPTAR EL DERECHO DEL TRABAJO A UNA NUEVA ORGANIZACIÓN PRODUCTIVA

4.1. Los conceptos de tiempo de trabajo y de descanso en nuestro ordenamiento jurídico

Más allá de la consideración de estos trabajadores como autónomos o asalariados y del debate doctrinal y jurisprudencial que ello está provocando, el trabajo a través de plataformas digitales y, en concreto, el trabajo `on-demand´ trae consigo otros muchos problemas en el mundo laboral, ligados en su mayor parte, a la precarización que el uso de estas nuevas tecnologías supone para los trabajadores. Todo ello afecta, no solo a los ingresos, sino también a los derechos colectivos, al derecho al descanso o a la conciliación de la vida familiar y laboral⁴¹.

Esto hace necesario analizar la forma en que se computa el tiempo de trabajo en este sector y las implicaciones y problemas derivados de ello; con independencia de la consideración del trabajador como autónomo o asalariado.

Como se viene poniendo de manifiesto a lo largo del presente trabajo, la prestación de servicios a través de plataformas digitales tiene lugar a través de micro-tareas, y, en consecuencia, el tiempo de trabajo solo se computa cuando se está realizando una micro-tarea, por tanto, el tiempo de trabajo se computa en función a un número indeterminado de micro jornadas, vinculadas a cada micro-tarea efectivamente realizada. Estas micro jornadas, ya se materialicen a través de una relación de carácter mercantil o de un contrato laboral, suponen una nueva forma de organización del tiempo de trabajo y, por tanto, de la forma de remuneración por el trabajo realizado. Antes de esta Cuarta Revolución Industrial lo que se remuneraba era el tiempo que el trabajador pasaba en las instalaciones de la empresa prestando, previsiblemente, el servicio para el que había sido contratado. Sin embargo, con la prestación del trabajo a través de plataformas digitales no es necesario el control directo y continuo del trabajador, ni su presencia física en un centro de trabajo concreto para la realización de la tarea asignada. Como señalan los tribunales, *“todo ello permite vincular la retribución compensatoria del trabajo, no al tiempo en el que el trabajador está a disposición de la empresa, sino al resultado de su actividad. El salario fijo da paso al salario variable en función del resultado de la actividad personal del trabajador”*. Esto difumina más aún la línea entre trabajador asalariado y trabajador autónomo, pues al establecer la retribución variable

⁴¹ En este sentido, además de la doctrina en la materia, STS 379/2017, de 28 de abril [rec. 124/2016] o SAN de 23 de diciembre de 2015 (proc. 299/2015).

en función del resultado de la prestación del servicio se trasladan al trabajador los riesgos que, anteriormente, asumía de manera clara el empresario⁴².

La concreción adecuada del tiempo de trabajo es de gran importancia en nuestro ordenamiento jurídico, pues es el objeto principal de la prestación laboral. Así, trabajador y empresario acuerdan, mediante el contrato de trabajo, que el primero esté a disposición del segundo durante un tiempo concreto, para realizar las funciones que éste establezca⁴³. Por tanto, el tiempo de trabajo determinará, entre otros derechos, el salario a percibir por el trabajador. Es la base sobre la que se sustenta el resto de la prestación laboral, y a la que están supeditados otros derechos laborales como la reducción de jornada o las excedencias. Sin embargo, establecer cuándo empieza y cuándo acaba la jornada laboral en los servicios prestados a través de plataformas digitales no es tan sencillo, pues al tratarse de una prestación de servicio a demanda formada por diferentes micro-tareas, la línea que separa el tiempo de trabajo del tiempo de no trabajo queda enormemente desdibujada⁴⁴.

Como es sabido, el tiempo de trabajo y de descanso se regula en el TRET. Esta regulación del tiempo de trabajo persigue garantizar el descanso necesario a los trabajadores mediante la limitación de la jornada laboral y el establecimiento de un descanso mínimo entre jornadas, así como otros derechos, como las vacaciones anuales. Por lo anterior es necesario definir, de manera clara, ambos conceptos antes de abordar en profundidad el cómputo del tiempo de trabajo y el de descanso en la prestación de servicios a través de plataformas digitales.

El TRET establece, en su art. 34.5, que “*el tiempo de trabajo se computará de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo*”. Por tanto, es muy relevante determinar cuál es el puesto de trabajo del empleado, más aún, como se verá, tras la interpretación del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en relación al concepto ‘*tiempo de trabajo*’ y los periodos que deben computarse como tal. Es decir, según el TRET, “*la jornada comienza a computarse desde el momento en el que el trabajador está listo para trabajar*”⁴⁵.

⁴² SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Segundo.

⁴³ Pérez de los Cobos Orihuel, F. y Monreal Bringsvaerd, E.J.: “La regulación de la jornada de trabajo en el Estatuto de los Trabajadores”, en *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, núm. 58/2005, p. 57. Igualmente, Iglesias Cabrero, M.: “Cómputo de la jornada efectiva de trabajo”, en De la Villa Gil, L.E. (Coord.); et. al.: *Estudios sobre la jornada de trabajo*, Acari, Madrid, 1991, p. 291. También Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La ordenación del tiempo de trabajo; el caso del SIMAP”, en *Revista del Ministerio de Empleo y Seguridad Social*, núm. 102/2013, p. 151.

⁴⁴ Así lo manifiesta, entre otros, Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: Desconexión digital”, en *Temas Laborales. Revista Andaluza de Derecho de Trabajo y Bienestar Social*, núm. 138/2017, p. 254.

⁴⁵ Aragón Gomez, C.: “La compleja delimitación del concepto tiempo de trabajo y la aportación que al respecto ha realizado el Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, en *Revista de Información Laboral*, núm. 9, 2018, Parte Jurisprudencia, p. 113.

Para determinar correctamente qué es el tiempo de trabajo se debe atender a la Directiva 2003/88/CE⁴⁶ que establece, en su art. 2, las definiciones de tiempo de trabajo y tiempo de descanso, señalando que se entenderá como 'tiempo de trabajo' *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*, y 'tiempo de descanso' como *"todo período que no sea tiempo de trabajo"*.

El 'tiempo de descanso' se configura como lo contrario al tiempo de trabajo; es decir, como aquel tiempo que no debe ser computado como tiempo de trabajo a efectos de jornada laboral. En este sentido, Rodríguez Sanz De Galdeano señala que *"rige una concepción binaria del tiempo de trabajo, en virtud de la cual, solo cabe distinguir entre el trabajo efectivo, que se realiza en el lugar de trabajo y supone estar a disposición del empresario, y el tiempo de descanso que se define por exclusión, como el tiempo en el que el trabajador no se encuentra en el lugar de trabajo a disposición del empresario"*⁴⁷.

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico nacional – así como el de otros Estados miembros – prevé la existencia de otros tipos de tiempo dentro de la relación laboral. Son los tiempos de presencia o de disponibilidad. Así, los tiempos de presencia se determinan a través del RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y la negociación colectiva; y son aquellos en los que el trabajador está a disposición de la empresa, pero no prestando servicios de manera efectiva.

Tomando como base la definición de tiempo de trabajo recogida en la Directiva⁴⁸, para considerar que el trabajador se encuentra en 'tiempo de trabajo' se deberán cumplir tres requisitos: el trabajador debe estar en el ejercicio de su actividad, a disposición del empresario, y permanecer en su puesto de trabajo.

La cuestión que se ha planteado al TJUE es si estos tres requisitos deben darse conjuntamente o si no es necesario que se den todos ellos al mismo tiempo para considerar que un tiempo es 'tiempo de trabajo'⁴⁹. Son varias las sentencias del TJUE que han dado respuesta a cuestiones prejudiciales en relación a esta cuestión.

Así, en la Sentencia de 3 de octubre del 2000 (asunto C-303-98, SIMAP/ Conselleria de Sanidad Valenciana) (en adelante, asunto SIMAP), el Tribunal consideró que, cuando el trabajador estaba de guardia con presencia física en el lugar

⁴⁶ Directiva 2003/88/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo.

⁴⁷ Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La ordenación...", op. cit., p. 154.

⁴⁸ La definición del art. 2 de la Directiva 2003/88/CE establece que se considerará tiempo de trabajo *"todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales"*.

⁴⁹ En éste sentido, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: "La ordenación del tiempo...", op. cit., pp. 151 y ss.

de trabajo, estos periodos debían ser considerados tiempo de trabajo; si bien es cierto que en el ámbito sanitario estas guardias suelen ser objeto de una regulación específica como jornadas especiales⁵⁰. Sin embargo, cuando el personal sanitario se encuentra en guardia localizada – no presencial – no puede ser considerado como ‘tiempo de trabajo efectivo’, pues “*durante estos tiempos si bien están a disposición de su empresario, puesto que deben estar localizables, los médicos pueden organizar su tiempo con menos limitaciones y dedicarse a asuntos personales*”⁵¹. Pero no aclara el Tribunal si estos tiempos, en tal caso, deberían computarse como tiempo de descanso o si, “*como sugería el Abogado General, han de excluirse de tal cómputo con el fin de que los trabajadores disfruten de un período de descanso total no condicionado por la eventual llamada del empresario*”⁵².

Posteriormente, en la STJCE de 9 de septiembre del 2003 (C-151-02), asunto JAEGER, el Tribunal señaló, en su apartado 63, que “*el factor determinante para considerar que los elementos característicos del concepto de “tiempo de trabajo”, en el sentido de la Directiva 93/104, se dan en los periodos de atención continuada que efectúan los médicos en el propio hospital es el hecho de que están obligados a hallarse físicamente presentes en el lugar determinado por el empresario y a permanecer a disposición de este para poder prestar sus servicios inmediatamente en caso de necesidad*”. Es decir, que lo condiciona a que el trabajador no pueda elegir el lugar en el que permanece a la espera y que esté a disposición del empresario para prestar servicios de manera inmediata. Por tanto, retoma el argumento del asunto SIMAP. En posteriores pronunciamientos (caso PFEIFFER y caso DELLAS⁵³), el Tribunal de Justicia reitera su argumentación, por lo que parece quedar claro que las horas de presencia del trabajador en el puesto de trabajo, aun siendo una guardia o periodo de espera, deben de computarse como tiempo de trabajo efectivo según el ordenamiento comunitario.

Parece que se apoya el Tribunal en el hecho de que, en este tipo de trabajos, la prestación del servicio “*va unida ineludiblemente a períodos de inactividad, pues las necesidades de intervención efectiva dependen de las circunstancias de cada momento y no pueden planificarse de antemano*”⁵⁴. Por tanto, la actividad desarrollada durante

⁵⁰ Así lo reconocen los tribunales nacionales, por ejemplo, en la STS de 14 de marzo de 1985 (RJ 1985/1339); donde se reconocen las guardias presenciales como jornadas especiales. Aplicando esta misma jurisprudencia, puede consultarse la STSJ Canarias, de 20 de septiembre de 1999 [rec. 594/1999]

⁵¹ STJCE de 3 de octubre del 2000 (asunto C-30398), Caso SIMAP, epígrafe 50. También, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La regulación de los tiempos de disponibilidad (presencia y localización) del trabajador en el derecho comunitario y en el derecho interno”, en *Justicia Laboral*, febrero 2010/ núm. 41, p. 62.

⁵² Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La ordenación del tiempo...”, op. cit., p. 152.

⁵³ STJCE de 5 de octubre de 2004, asuntos acumulados C397-01 a C403-01 y STJCE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14-04.

⁵⁴ Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico de la disponibilidad horaria*, Aranzadi, Cizur Menor, 2011, p. 105.

las horas que el trabajador permanece al servicio del empresario, es irrelevante. Lo importante para calificar este tiempo como tiempo de trabajo y no de descanso es que el trabajador permanece alerta y dispuesto para proceder a la realización del trabajo efectivo en cualquier momento⁵⁵. Y todo ello lo argumenta el Tribunal atendiendo a la necesidad superior de proteger la seguridad y la salud de los trabajadores, que “no puede quedar subordinada a consideraciones de tipo económico”⁵⁶.

De lo anterior puede concluirse que bastaría con que el trabajador esté a disposición del empresario y permanezca en su puesto de trabajo; aunque no se encuentre prestando su actividad de manera efectiva, inclusive cuando se encuentre en una sala de descanso habilitada al efecto para que este tiempo deba ser considerado como tiempo de trabajo.

Cuando la guardia sea localizada (no presencial), el supuesto es distinto. El TJUE, en la sentencia de 21 de febrero de 2018, asunto C-518/15 (caso MATZAK), señala que es tiempo de trabajo la guardia realizada por un trabajador en el lugar designado por el empresario, aun siendo este lugar el domicilio del trabajador por tener que acudir e incorporarse a su puesto de trabajo en un periodo de tiempo tan breve que no le permite libertad de movimientos ni disponer de su tiempo para realizar actividades fuera de su domicilio⁵⁷. Parece que se abre así el TJUE a nuevas interpretaciones de la hermética Directiva 2003/88/CE que no contempla posibles categorías intermedias entre el tiempo de trabajo y el de descanso. Tal como señala Igartua Miro, “podría ser el inicio de un complicado camino hacia una noción más flexible de tiempo de trabajo, que seguramente exigiría la revisión de la norma comunitaria y su estricta concepción binaria”⁵⁸.

Se trata, de alguna manera, de trabajos unidos, ineludiblemente, a periodos de inactividad⁵⁹. No cabe duda de que, para que los tiempos de inactividad sean considerados tiempo de trabajo, el trabajador debe permanecer a disposición del empresario, sin poder disponer de ese tiempo de manera libre o realizar otra actividad diferente fuera del lugar determinado por el empresario, que no necesariamente tiene que ser el centro de trabajo, sino que puede ser su domicilio u otro lugar⁶⁰.

⁵⁵ STJUE de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, caso Dellas, apartados 43 y 58. Esta línea ha sido aplicada por nuestros tribunales en diferentes sentencias, como las SSTs de 28 de marzo de 2006 [rec. 5114/2004]; de 24 de marzo de 2006 [rec 2714/2004] o de 12 de julio de 2004 [rec. 80/2003] entre otras.

⁵⁶ Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 116, aludiendo a los apartados 66 y 67 de la STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, caso JAEGER.

⁵⁷ En este sentido, véase también Igartua Miro, M.T.: *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: jornada y horario*, Tirant Lo Blanch, 2018, pp. 328 y ss.

⁵⁸ *Ibidem...*, p. 329. Igualmente, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: “La regulación de los tiempos...”, op. cit., p. 105.

⁵⁹ Haciendo referencia a ello, Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 105.

⁶⁰ Tal como señala Martínez Yáñez, cosa distinta son los tiempos de guardia localizada cuando el trabajador puede dedicarse a otras cuestiones ajenas al trabajo o descansar, siendo determinantes para

Lo determinante es, en definitiva, la imposibilidad del trabajador para administrar el tiempo durante el que no se requieren sus servicios efectivos⁶¹.

4.2. El tiempo de disponibilidad y el tiempo de presencia. ¿Flexibilidad o precariedad?

Sin embargo, nuestro ordenamiento jurídico – así como el de otros Estados miembros – prevé la existencia de otros tipos de tiempo dentro de la relación laboral. Son los tiempos de presencia o de disponibilidad.

El tiempo de disponibilidad es aquel en que el trabajador no permanece en el centro de trabajo, pero sí está a disposición del empresario. En caso de que el empresario solicite al trabajador que se incorpore a su puesto de trabajo, éste deberá hacerlo en el menor tiempo posible. La contraprestación que el trabajador percibe por estar disponible no retribuye el exceso de trabajo derivado de una eventual llamada del empresario al trabajador para que acuda a prestar servicios, sino la situación propia del trabajador de estar disponible, con la consiguiente limitación de la libertad de disponer de su tiempo libre. Es decir, este complemento se devenga independientemente de que el trabajador sea llamado por el empresario o no⁶²; aunque con matices en función de la regulación concreta de cada convenio colectivo⁶³.

Cosa distinta son los tiempos de presencia, que podrían entenderse como aquellos en los que el trabajador está a disposición del empresario, en la empresa, pero no está realizando un trabajo efectivo. Dentro de esta categoría se incluye, por una parte, el tiempo de trabajo efectivo. Por otra parte, el tiempo de descanso dentro de la jornada laboral que puede computar o no a efectos de jornada, así como ser retribuido o no y, por último, el tiempo de disponibilidad dentro del propio centro de trabajo.

Los tiempos que se incluyen en esta categoría son regulados en el RD 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo y a través de la negociación colectiva, donde se determina, igualmente, la contraprestación a los mismos si es que existe. Son habituales en trabajos que no exigen la ocupación efectiva del trabajador durante la jornada laboral, como es el caso de servicios médicos de urgencia o salvamento.

la consideración de tiempo de trabajo, “el lugar en el que transcurre – o no transcurre – ese tiempo y la ausencia de ejecución de una prestación laboral”. En *El régimen jurídico...*, op. cit., pp. 128 y ss.

⁶¹ STJUE de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/02, caso Jaeger, apartado 65. Posteriormente se reafirma el Tribunal de Justicia en otras sentencias, como la de 5 de octubre de 2004, asunto C-397/01, caso Pfeiffer y otros o la ya citada sentencia de 1 de diciembre de 2005, asunto C-14/04, caso Dellas.

⁶² STS de 15 de marzo de 1999 [rec. 836/1998], FD Segundo y STS de 18 de noviembre de 1998 [rec. 1562/1998], AH Segundo.

⁶³ En este sentido, STS de 24 de julio de 2001 [rec. 4319/2000], FD Primero, Segundo y Tercero.

Hasta ahora estos tiempos de disponibilidad y de presencia constituían una excepción a la regla general, una característica especial propia solo de algunos sectores de producción, lo que hacía que la regulación general no diferenciase categorías intermedias entre el tiempo de trabajo y el tiempo de descanso. Sin embargo, la doctrina iuslaboralista viene señalando que los cambios en el modelo de producción y de organización del trabajo están provocando modificaciones en la determinación del tiempo de trabajo y el tiempo de descanso en general, más allá de sectores específicos concretos. Ello se debe a que el nuevo mercado de trabajo exige a las empresas adaptarse constantemente a las cambiantes necesidades de la demanda, por lo que no siempre es posible establecer horarios cerrados y a largo plazo, lo que repercute negativamente en el trabajador y le exige una mayor disponibilidad⁶⁴. En estos supuestos, el trabajador está a disposición de la empresa, pero no prestando servicios de manera efectiva, y suponen un problema a la hora de determinar cómo computarlos, si como tiempo de trabajo o de descanso, a la luz de la Directiva 2003/88/CE.

Todo ello hace que estos tiempos de presencia y disponibilidad, pese a no haber sido previstos en el ordenamiento jurídico, existan. Es más que previsible que su consideración será causa de numerosos problemas y cuestiones judiciales, en tanto que su encuadramiento como tiempo de trabajo o de descanso supone importantes implicaciones para el trabajador y para la empresa⁶⁵.

En todo caso, y ante el nuevo escenario, el Parlamento Europeo intenta adaptar su normativa a la nueva realidad a través de la *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*. Esta Directiva aprobada recientemente, pretende dotar a los trabajadores de estos empleos atípicos de la protección propia del trabajador asalariado tradicional, para lo que modifica el ámbito de aplicación de la anterior Directiva, incluyendo a todos los trabajadores con contratos superiores a tres horas semanales en un periodo de referencia de 4 semanas, así como a los trabajadores que no tengan un tiempo de trabajo garantizado, específicamente a los contratos de 0 horas y a los trabajadores a demanda⁶⁶. La Directiva establece, así, la obligación empresarial de informar al trabajador con

⁶⁴ A este respecto, Rodríguez Sanz de Galdeano, B.: *Flexibilidad de la jornada laboral. Mecanismos legales, convencionales y contractuales para la modificación de la jornada*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2009, p. 113; donde indica que “el trabajador está obligando no solo a prestar trabajo bajo las órdenes del empresario los días inicialmente pactados sino también a estar disponible más allá de la jornada de trabajo portada ante una eventual llamada del empresario”. También de esta autora: “La regulación de los tiempos...”, op. cit., p.52.

⁶⁵ Una reflexión sobre la cuestión en Martínez Yáñez, mencionando que “precisamente, las cuestiones prejudiciales planteadas ante el Tribunal de Justicia de la Unión Europea encontraban su origen en las dudas interpretativas de los tribunales internos a la hora de calificar como tiempo de trabajo o de descanso determinados periodos en los que se cumplían algunos de los requisitos propios del tiempo de trabajo, pero no todos”, en *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 104.

⁶⁶ Analizando el tema, Llorens Espada, J.: “Información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”, en Gómez Urquijo, L. (Ed.), et. al.: *El Pilar Europeo de Derechos Sociales: contribución al empleo y al mercado de trabajo europeo*, Cizur Menor, 2018, pp. 162 y ss.

antelación suficiente sobre la forma en que se determinará su tiempo de trabajo, informándole sobre *“las horas y días de referencia en los cuales se puede exigir al trabajador que trabaje y el periodo mínimo de preaviso a que tienen derecho el trabajador antes del comienzo de la tarea”*. Es decir, busca evitar la disponibilidad absoluta del trabajador, obligando a la empresa a señalar cuándo no podrá recurrir a los servicios de aquel. Sin embargo, existen dos problemas respecto a esta Directiva. El primero de ellos es que, previamente, debe reconocerse la laboralidad de la relación entre plataforma y colaborador, haciendo valer por parte de los tribunales el principio *nomen iuris*. Por otra parte, aun consiguiéndolo, si el sistema de prestación de servicio se mantiene tal y como es en la actualidad, sin asegurar al trabajador unos ingresos mínimos y dejando que sea él el que decida cuánto y cuándo trabajar en función a las franjas horarias ofertadas por la empresa, se continuará corriendo el riesgo de promover la auto explotación del empleado. La solución debe venir, por tanto, de un profundo cambio normativo y conceptual, que obligue a los Estados miembros a adoptar medidas que vayan más allá de una serie de principios generales, y que adapten la normativa actual a las nuevas necesidades del entorno laboral.

4.3. El tiempo de trabajo, disponibilidad y presencia en el sector transporte. ¿La solución a los problemas de la economía on-demand?

Una posible solución a los problemas planteados en relación al cómputo del tiempo de trabajo en la prestación de servicios a través de plataformas digitales parece encontrarse en la normativa específica del sector del transporte. Debido a sus especiales características en el desarrollo de la prestación laboral, este sector cuenta con una regulación específica en materia de jornada (viajes sin servicio, viajes de varios días, etc.). Esto se debe a que, en muchas ocasiones, el trabajador dedica tiempo a la realización del trabajo que no es tiempo de trabajo efectivo, pero del cual no puede disponer libremente como en el tiempo de descanso. Es un tiempo, por tanto, que no encaja en ninguna de las categorías recogidas por la Directiva. Así, el RD 1561/1995 de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, modificado por el RD 902/2007, de 6 de julio establece, en su art. 10, que esta normativa es de aplicación a los trabajadores móviles del transporte, entendiendo por tales a *“los conductores, ayudantes, cobradores y demás personal auxiliar de viaje en el vehículo que realice trabajos en relación con el mismo, sus pasajeros o su carga, tanto en las empresas del sector de transporte por carretera, ya sean urbanos o interurbanos y de viajeros o de mercancías, como en las integradas en otros sectores que realicen actividades de transporte o alguna de las auxiliares citadas”*. Así, parece que la actividad de transporte de viajeros y mercancías de carácter urbano que puedan desarrollarse a través de plataformas

digitales estarían incluidas en su ámbito de aplicación. Es el caso de Deliveroo, Uber, Cabify o Glovo, por ejemplo.

Además, esta normativa incluye de manera expresa en la consideración de tiempo de trabajo efectivo para estos trabajadores móviles y del transporte por carretera a todos los períodos en los que el trabajador *“no pueda disponer libremente de su tiempo y tiene que permanecer en el lugar de trabajo dispuesto a realizar su trabajo normal, realizando las tareas relacionadas con el servicio incluidos, en particular, los periodos de espera de carga y descarga cuando no se conozca de antemano su duración previsible”*⁶⁷. Para el tiempo de presencia incluye los tiempos *“distintos de las pausas y de los descansos, durante los que el trabajador móvil no lleva a cabo ninguna actividad de conducción u otros trabajos y no está obligado a permanecer en su lugar de trabajo pero que tiene que estar disponible para responder a posibles instrucciones que le ordenen emprender o reanudar la conducción o realizar otros trabajos”* y, a continuación, señala una serie de períodos de tiempo que deben ser considerados tiempo de presencia⁶⁸. En definitiva, se podría concluir que, para el sector del transporte, el tiempo de trabajo efectivo será aquel en el que el trabajador se encuentre a disposición del empresario y desempeñando sus funciones, es decir, realizando la prestación laboral, de manera efectiva mientras que el tiempo de presencia es aquel en el que el trabajador está a disposición del empresario, pero no está desarrollando las funciones o tareas para las que ha sido contratado.

Por otra parte, la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, establece dos tiempos de disponibilidad que se diferencian entre sí porque en un supuesto el trabajador *“no se encuentra propiamente ejecutando la prestación laboral, aunque desde luego, tampoco disfruta de un tiempo libre”*⁶⁹, haciendo referencia al tiempo en que el trabajador, aunque no está obligado a permanecer en el puesto de trabajo, está disponible y localizable en caso de que el empresario decida llamarle para efectuar la prestación de servicios. Sin embargo, en el otro supuesto el trabajador está en el lugar de trabajo, aunque sin prestar servicios de manera efectiva. Es decir, está obligado a permanecer en el puesto de trabajo, aunque no realice la actividad para la que fue contratado. Se diferencia así entre el tiempo de presencia y el de disponibilidad, refiriéndose el primer supuesto al de disponibilidad y el segundo al de presencia.

⁶⁷ El art. 8 incluye, en este listado de tareas que suponen un trabajo efectivo la conducción y otros trabajos auxiliares relacionados con los pasajeros, el vehículo y su carga.

⁶⁸ Art. 10.4 RD 1561/1995, de 21 de septiembre. Algunas situaciones típicas de tiempo de presencia serían los tiempos de espera, de expectativas, las guardias, los viajes sin servicio o el tiempo empleado en la resolución de averías o comidas en ruta. Además, se establece un tiempo máximo de presencia de 20 horas semanales. En Martínez Yáñez, N.M.: *El régimen jurídico...*, op. cit., p. 91.

⁶⁹ *Ibidem*, p. 97

Esta regulación que incluye el tiempo de presencia como medida de flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo, permitiría adaptar la jornada para la nueva prestación de servicios a través de plataformas digitales, diferenciando los tiempos de trabajo efectivo y los de presencia. Además, la regulación actual permite que la negociación colectiva establezca el modo y cuantía en que estas horas de presencia serán remuneradas, por lo que esto permitiría una mayor estabilidad laboral y económica para el trabajador, que actualmente ve como ésta disponibilidad no tiene contraprestación alguna.

La SJS Madrid núm. 128/2019 de 3 de abril [aut. 944/2018], FD Cuarto, ha aceptado la pretensión de la parte demandante para que se le reconozca, no solo la laboralidad de la relación, sino su inclusión en el ámbito de aplicación del convenio colectivo de Transporte y la categoría profesional de Mozo dentro de este convenio, atendiendo no solo a los hechos probados expuestos por la parte demandante sino también al criterio mantenido por la Inspección de Trabajo a este respecto⁷⁰. Sin embargo, la forma en la que la prestación de servicios se desarrolla a través de las plataformas digitales no encaja plenamente en la normativa específica de este sector, puesto que la distribución del tiempo de trabajo, como se ha visto, responde a la demanda concreta de cada momento. Por todo lo analizado, no parece haber duda en que la prestación de servicios a través de plataformas digitales se realiza en un contexto nuevo, que requiere de una regulación específica de los tiempos de trabajo, descanso, disponibilidad o presencia, con el fin de proteger al trabajador y asegurar unas condiciones laborales dignas. Si bien es cierto que la regulación específica del sector del transporte podría servir de punto de partida, es necesario revisarla con el fin de elaborar una regulación del tiempo de trabajo que se adecue a las especiales características de esta nueva forma de organización productiva, reconociendo el tiempo de disponibilidad y de presencia en la misma y estableciendo criterios para su consideración y contraprestación adecuada.

5. CONCLUSIONES

Puesto que la tendencia es a que los trabajos se realicen, cada vez más, de manera telemática, imperando la economía on-demand, parece urgente “*encontrar nuevos medios para aplicar determinados límites máximos de las horas de trabajo*”⁷¹, así como a esos tiempos de disponibilidad, con el fin de proteger la salud y seguridad de los trabajadores o derechos como el de descanso mínimo entre jornadas.

⁷⁰ Criterio que se mantiene en la SJS Madrid núm. 134/2019 de 4 de abril [aut. 946/2018].

⁷¹ OIT. *Informe de la Comisión Mundial sobre el futuro del trabajo. Trabajar para un futuro más prometedor*, OIT, Ginebra, 2019, p. 41.

En todo caso, y como ya advierte el comité Europeo de las Regiones en su Dictamen sobre economía colaborativa y plataformas en línea, este nuevo paradigma laboral puede llevarnos al abuso de la figura del trabajador autónomo, con las consiguientes diferencias sociales que ello conlleva y, más aún, con la preocupante posibilidad de que estas plataformas aprovechen la caracterización de estos trabajadores para aplicarles una legislación menos protectora, haciendo que su sede social se localice en países diferentes – y con normativa menos garantista – al que se presta el servicio de manera efectiva.

Pese a que algunos tribunales, en las sentencias favorables a la consideración de estos trabajadores como TRADES, señalan que queda acreditada la libertad del repartidor *“para elegir los días en los que quiere ofrecer su servicio a GLOVO y la franja horaria para entregar los productos de cada jornada laboral y para decidir sus jornadas de descanso”*⁷², considero que esta aparente libertad no es tal, pues todo ello puede llevar a una penalización en la puntuación obtenida para acceder a los horarios en la siguiente ocasión en que se abran, por lo que el trabajador se encuentra limitado en esta capacidad de disposición de su tiempo, viéndose obligado a prestar servicios habitualmente, a rechazar los menores posibles junto con la presión del tiempo marcado por la empresa para realizarlo y la necesidad de seguir sus pautas para obtener una buena valoración, así como la obligación de estar geolocalizado si se encuentra activo en la aplicación en todo momento. Igualmente, la posibilidad de ser penalizado si se apunta a una franja horaria y luego no cumple con su prestación de servicios en la misma, así como la obligación de comunicar la causa por la que no ha prestado servicios en este caso para evitar dicha penalización, junto con la capacidad unilateral de la empresa para decidir el precio del servicio e incluso modificar estos parámetros de valoración. Todo ello es indicio de que la libertad que tanto empresa como un sector de la jurisprudencia manifiestan no es tal, y que existe una dependencia real del repartidor con la empresa⁷³.

En definitiva, la economía on-demand consiste en que el empresario contrate al trabajador ante la necesidad de que *“se lleve a cabo de forma inmediata una concreta actividad de escasa duración y cuando surge la necesidad la oferta fijando un precio concreto a través de la plataforma para que la reciban los potenciales prestatarios, uno de los cuales es seleccionado mediante criterios preestablecidos a través de un algoritmo creado por el empresario”*⁷⁴. Es decir, la plataforma funciona como una enorme oficina de búsqueda de empleo en la que los desempleados aguardan a que se publique una micro oferta que solicitan y, si la plataforma y el algoritmo lo seleccionan, pueden realizar y cobrar. Podría decirse que su funcio-

⁷² SJS Madrid núm. 12/2019 de 11 de enero de 2019 [rec. 418/2018], FD Segundo.

⁷³ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Undécimo.

⁷⁴ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Décimo.

namiento se asemeja mucho al de una ETT digitalizada, que con una amplia base de datos de trabajadores selecciona a aquel que considera más adecuado para la prestación del servicio solicitado en función de un algoritmo predeterminado, con el fin de que éste preste el servicio de manera personal y directa al cliente⁷⁵. No es de extrañar que ya se le llame la nueva esclavitud del siglo XXI.

Por todo ello, y atendiendo, a la Recomendación núm. 198 de la OIT sobre la relación de trabajo, donde se recomienda a los Estados miembros trabajar en políticas encaminadas a *“asegurar una protección efectiva a los trabajadores especialmente afectados por la incertidumbre en cuanto a la existencia de una relación de trabajo”*, así como luchar contra las relaciones de trabajo encubiertas y la economía informal; al PEDS y a la recientemente aprobada *Directiva relativa a las condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, se debe apostar por proteger los derechos de estos trabajadores y hacer uso efectivo del carácter tuitivo del Derecho del Trabajo encaminándolo a evitar la precarización de las condiciones laborales, el aseguramiento de un salario digno y de unas condiciones de trabajo decentes, haciendo que se aplique a estas relaciones laborales las garantías y derechos propios de la normativa laboral⁷⁶. Como señala Todolí Signes, *“la legislación no debería permitir que las ventajas competitivas de los modelos de negocio del S. XXI provengan de explotar vacíos legales para no tener que aplicar las protecciones a los trabajadores obtenidas en los últimos siglos”*⁷⁷.

Sin embargo, y debido a las especiales características en el desarrollo de la actividad en este nuevo mundo laboral digitalizado, este tipo de prestación de servicios no encaja plenamente en el concepto actual de trabajador por cuenta ajena, pero tampoco en el de trabajador autónomo ni en el de TRADE. En todos los supuestos surgen problemas relativos a la jornada y cómputo del tiempo de trabajo, como se ha visto. Tras el análisis realizado en el presente artículo, se pueden extraer tres conclusiones respecto al cómputo del tiempo de trabajo en los empleos a través de plataformas digitales.

En primer lugar, en el supuesto de plataformas que ofrecen un servicio de transporte de mercancías, donde no solo pone en contacto al proveedor del servicio con el cliente, sino que se precisa de un repartidor que ejecute el transporte⁷⁸ los últimos pronunciamientos de los tribunales siguen la tendencia de reconocer la

⁷⁵ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Tercero.

⁷⁶ En relación con ello, “OIT. Informe de la Comisión Mundial...”, op. cit., pp. 10 y ss., donde se afirma que *“se debe revitalizar el contrato social que asegura a los trabajadores una participación justa en el progreso económico, el respeto de sus derechos y la protección de los riesgos a los que se exponen a cambio de su constante contribución a la economía”*.

⁷⁷ Álvarez Cuesta, H.: *La precariedad laboral. Análisis y propuestas de solución*, Ed. Bomarzo, 2008, p. 219, donde defiende que *“para lo que nunca debiera servir la aparición de estos semiatuó-nomos es para reducir el campo actual del trabajo subordinado ni, desde luego, para provocar una regresión en la delimitación actual del concepto jurídico de dependencia”*.

⁷⁸ SJS Madrid núm. 53/2019 de 11 de febrero [proc. 1214/2018], FD Tercero.

existencia de la relación laboral entre plataforma y colaborador, en cuyo caso sería de aplicación el convenio colectivo para el sector de transporte que correspondiese según el ámbito de aplicación; por lo que habría que atender al mismo para realizar la contratación al trabajador y para la determinación de la jornada de trabajo a prestar, así como la posibilidad o no de realizar horas complementarias y la contraprestación marcada para las horas de presencia y disponibilidad. Sin embargo, la práctica muestra que esto no se está haciendo. Por otra parte, aun aplicando esta regulación, sería necesario revisarla con el fin de adaptarla a la concreta forma en la que se desarrollan estos servicios, pues no se prevé una forma de computar los tiempos de trabajo que encaje plenamente en estas nuevas circunstancias.

En segundo lugar, para el resto de plataformas digitales que no se dedican al transporte, cuyo objeto es poner en contacto al demandante de un servicio con el trabajador que puede llevarlo a cabo, alegando que funcionan como simples intermediarios, queda claro que la actual regulación en materia de contratación a tiempo parcial no da respuesta a las necesidades específicas de una forma de organizar el trabajo cada vez más extendida en la sociedad. Por otra parte, y a la luz de la recientemente aprobada *Directiva para unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea*, resulta necesaria una adaptación del ordenamiento jurídico a las nuevas premisas comunitarias, entre las que se encuentran algunas dirigidas a concretar la jornada en estas nuevas formas de empleo atípico.

Por último, puesto que el TRET no establece una regulación específica para las horas de disponibilidad y de presencia, y dado que la regulación actual para los contratos a tiempo parcial no permite adaptar los contratos a las necesidades del trabajo en la era digital, debería atenderse a una regulación de la jornada específica para este sector de producción, que recoja las especiales características del mismo a través de la normativa para jornadas especiales, y que permita a los convenios colectivos adaptar su contenido a las necesidades concretas de los diferentes sectores de producción que organizan su trabajo a través de plataformas digitales con el objeto de trabajar on-demand.