

EL TRABAJO EN LA NUEVA ECONOMÍA: ¿QUÉ RESPUESTAS APORTA EL DERECHO SOCIAL INTERNACIONAL?

ISABELLE DAUGAREILH

Directora de investigación CNRS- Comprasec UMR CNRS 5114

Universidad de Burdeos

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: trabajador, plataforma, derechos individuales, derechos colectivos, OIT, Consejo de Europa, Unión Europea.

La aparición de plataformas de trabajo digital constituye una de las causas principales de transformación del mundo laboral del siglo XXI. El trabajo a través de plataformas ofrece a los trabajadores la posibilidad de trabajar en cualquier lugar (incluso desde casa), en cualquier momento, durante el tiempo que quieran y ejecutar las tareas que les convengan. Sin embargo, esta forma de trabajo conlleva riesgos especialmente en términos de estatus de empleo, de ingresos, de condiciones laborales y de protección social. La voluntad de las plataformas de ser liberadas del derecho social es un elemento central de su modelo de negocio. ¿Por eso contribuyen a una experimentación a gran escala de la desregularización de las relaciones laborales? Frente a eso, dentro de las instituciones internacionales, existe una clara tendencia a favor de la vinculación con el derecho común laboral sin que se defienda explícitamente la idea de una asimilación completa del trabajador de plataforma con el asalariado. Estas mismas instituciones reconocen a los trabajadores de plataformas derechos colectivos, como un eje central de protección, sea cual sea por otra parte el estatus de estos trabajadores asignado por cada legislación nacional (asalariado, autónomo, independiente/dependiente), conllevando una controversia con el derecho de la Unión europea.

ABSTRACT

KEYWORDS: employee, platform, individual and collective labor rights, ILO, Council of Europe, European Union

The emergence of digital work platforms is one of the main causes of the transformation of the working world of the 21st century. Working through platforms provides workers with the ability to work anywhere (including at home), anytime, for any length of time and perform the tasks that suit them. However, this form of work involves risks, particularly in terms of employment status, income, working conditions and social protection. The willingness of platforms to be freed from social law is a central element of their business model. ¿Are we not witnessing a large-scale experiment in the deregulation of labor relations? ¿So, does this method of organizing work really require special legal cover, sui generis legal status in terms of individual and collective rights? With regard to international institutions, a very clear trend emerges in favor of attachment to ordinary labor law without explicitly defending the idea of full assimilation to wage earners (1). In this extension, these same institutions recognize that workers on platforms have collective rights (2) which are essential as a central axis of protection, regardless of the status of these workers assigned by each national law (employee, self-employed, self-employed /dependent).

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ¿QUÉ DERECHOS INDIVIDUALES TIENE EL TRABAJADOR DE LAS PLATAFORMAS?
 - 2.1. ¿Es la uberización del trabajo una nueva forma de empleo?
 - 2.2. El esbozo de una base de derechos individuales de los trabajadores de las plataformas en los trabajos del centenario de la OIT
3. ¿QUÉ DERECHOS COLECTIVOS PARA EL TRABAJADOR DE LAS PLATAFORMAS?
 - 3.1. Un derecho de la OIT y del Consejo Europeo sin equívoco sobre los derechos colectivos.
 - 3.2. Un derecho de la Unión Europea problemático
4. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

La economía digital llamada nueva economía¹ engendrada por la inteligencia artificial, la automatización, la robótica o las aplicaciones se presenta como una nueva expresión de la ambivalencia de las tecnologías en la historia de la industria². El escenario más verosímil incluirá sin duda una pérdida de empleos cuyas estimaciones todavía son variables³, donde la creación o la evolución de los oficios implica nuevas competencias, el fin de las tareas fastidiosas, difíciles e incluso peligrosas pero también actividades nuevas compuestas por microtareas repetitivas, cuyo contenido es extremadamente pobre, encomendadas actualmente a crowdworkers y que son contrarias a posibles actividades creativas, incluso emancipadoras para los trabajadores⁴.

Las tecnologías de la información y de la comunicación liberan de los husos horarios a las empresas organizadas en redes transnacionales⁵ o en cadena global

¹ En el informe de la comisión mundial sobre el futuro del trabajo publicado con motivo del centenario de la OIT, la economía digital es una de las nuevas economías que se sitúan del lado de la economía verde o de los cuidados. Comisión mundial sobre el futuro del trabajo, Trabajar para construir un futuro mejor, Despacho internacional del trabajo, Ginebra, 2019.

² P. Musso, *La religion industrielle-monastères, manufacture, usine- Une généalogie de l'entreprise*, éd. Fayart, Paris, 2017

³ En un informe de 2016, la OCDE estimaba de media que 9/100 de los empleos de los países de la OCDE presentaban un riesgo elevado de automatización y que una parte sustancial de los empleos (entre 50 y 70%) no sería totalmente remplazado pero gran parte de las tareas se automatizarían, lo que transformaría la manera en que se ocupan esos empleos. En un informe de 2016 del Banco mundial, se consideraba que 2/3 de los empleos en los países en vías de desarrollo son susceptibles de ser automatizados. Mientras que el Foro económico mundial de 2018 informaba que cerca del 50% de las empresas esperan que la automatización conlleve una reducción de sus efectivos a tiempo completo de aquí a 2022. Indicadores tomados en el marco del informe de la Comisión sobre el centenario de la OIT, op.cit.

⁴ Ver A. Supiot, *Le travail n'est pas une marchandise – Contenu et sens du travail au XXI^e siècle*, ed. Collège de France, Paris, 2019.

⁵ La empresa red ha sido por primera vez analizada como tal por R. Reich, *La economía globalizada*, ed. Dunod, 1993.

de valor⁶. Han acompañado y estimulado la globalización de la economía y han “reestructurado la división internacional del trabajo”⁷. Gracias a las nuevas tecnologías, la empresa globalizada coordina con mucha más facilidad una cohorte de co-cocontratistas compuesta por proveedores, subcontratistas, franquiciados, autónomos, etc. (...) ⁸. Esta economía “fisurada” según la expresión de Daniel Weil⁹ viene “aumentada y amplificada por la digitalización de la economía”¹⁰.

Las tecnologías de la información y de la comunicación no tienen fronteras¹¹ y parten del derecho internacional y de los derechos nacionales. Permiten disponer de mano de obra extranjera sin obligarla a desplazarse y organiza la producción a distancia de servicios sin llevar a cabo deslocalizaciones. Más allá de la extensión de las redes digitales de los proveedores y de los socios comerciales, las nuevas tecnologías permiten desplegar nuevos métodos de trabajo con equipos de trabajo virtuales e internacionales. Son los precursores de una nueva figura de trabajador, el cibernmigrante¹² que, como no se desplaza físicamente en el espacio, les permite ahorrarse el derecho de migraciones internacionales, así como el derecho de conflictos de leyes aplicables a la relación profesional, incluso al derecho “a secas”. Según Amalia de la Riva, “nadie controlará la jornada laboral cotidiana o semanal, las horas de descanso o el pago de un salario establecido. Nadie

⁶ Sobre las cadenas globales de valor ver especialmente, F. Palpacuer, « Voluntary versus binding forms of regulation in global production networks: Exploring the ‘paradoxes of partnership’ in the European antisweatshop movement » in De Neve, G. and Prentice, R. (eds.) *Unmaking the Global Sweatshop: Health and Safety of the World’s Garment Workers*, Pennsylvania University Press, 2017, p.53-80. D. Levy, F. Palpacuer, « Global Production Networks and the Changing Corporation » in G. Baars, A. Spicer, (eds) *The Corporation: A Critical, Interdisciplinary Handbook*, Cambridge University Press, 2017, p.336-345.

⁷ Ch. Degryse, « Disruption technologique, désertion sociale ? » in I.Daugareilh, Ch. Degryse, Ph. Pochet, *Economie de plateforme et droit social : enjeux prospectifs et approche juridique comparative*, working paper 2019.10, p.21.

⁸ Ver P. Veltz, *La société hyper-industrielle : le nouveau capitalisme productif*, Paris, Seuil, 2017.

⁹ D. Weil, *The fissured workplace: why work became so bad for so many and what can be done to improve it*, Cambridge, Mass. Harvard University Press, 2014.

¹⁰ Ch. Degryse, « Disruption technologique, désertion sociale ? », op.cit.

¹¹ B. Baudry et V. Chassagnon, « L’arbitrage entre le salariat et la travail indépendant au prisme des théories de la firme : une analyse économique des pratiques de crowdworking », *Revue de l’OFCE*, 5, 149, 2016, p.167.

¹² Este concepto fue presentado durante el XXII Congreso mundial de la SIDTSS, que se celebró del 4 al 7 de septiembre de 2018 en Turín (Italia) con motivo de la presentación de la obra de A. de la Riva, *Cibernmigrantes, traspasar las fronteras de la realidad virtual*. Ver A. De La Riva, “Los cibernmigrantes, un concepto jurídico 4.0”, *RDTSS*, 2019-3, p.72. Según el informe de la OIT, *Un mundo de negocios en evolución: nuevas oportunidades para las organizaciones de empleadores y de empresas*, despacho de las actividades para los empleadores (ACT/EMP), 26/03/2019, “56% de las personas interrogadas consideran que la innovación tecnológica es la tendencia mundial que tiene el impacto global más importante sobre las empresas”.

controlará tampoco que se respeten las disposiciones legales, ya que el trabajador es invisible tanto para el Estado en el que reside como para el Estado en el seno del cual se provee el servicio¹³». Esto muestra hasta qué punto las nuevas tecnologías lanzan un desafío sin precedentes al derecho social. La economía de plataforma de la que estamos hablando en esta contribución que es una de las variantes de dicha nueva economía es justamente aquella que permite desconectar total y radicalmente de las obligaciones jurídicas y políticas: mejor que la globalización, ¡la cibereconomía! Esta economía se caracteriza por el hecho de ofrecer espacios virtuales de encuentros entre personas para intercambiar bienes y servicios. Se impone a la práctica totalidad de las empresas y se extiende a los sectores más diversos (bancos, seguros, comercio, transportes, logística).

La aparición de plataformas de trabajo digital constituye una de las causas principales de transformación del mundo laboral del siglo XXI. El trabajo a través de plataformas ofrece a los trabajadores la posibilidad de trabajar en cualquier lugar (incluso desde casa), en cualquier momento, durante el tiempo que quieran y ejecutar las tareas que les convengan. Sin embargo, esta forma de trabajo conlleva riesgos especialmente en términos de estatus de empleo, de ingresos, de condiciones laborales y de protección social que han sido objeto de numerosos informes y que han provocado muchos litigios en varios países¹⁴.

La mano de obra movilizada para las plataformas de trabajo digital viene representada hoy en día por dos figuras, la del trabajador del clic o *crowdworker* (que puede ser un cibermigrante) y la del trabajador de la app o chófer/mensajero Uber. La OIT realizó un informe en 2019¹⁵ que describe las condiciones laborales y de empleo de los trabajadores del clic. Estos trabajadores ejecutan pequeñas tareas que pueden ser efectuadas a distancia a través de un ordenador o conexión a Internet. Estas tareas son diversas: identificación, transcripción u anotación de imágenes, moderación de contenidos, recopilación y tratamiento de datos, transcripción de audio y de vídeo, traducción. Estos trabajadores, al contrario que los de las aplicaciones, ejercen habitualmente a domicilio, no son visibles y están completamente aislados. Por el contrario, el chófer de Uber o el mensajero de Deliveroo, como ejercen su actividad en el espacio público, son eminentemente visibles, lo que facilita, desde un punto de vista jurídico, los controles y

¹³ A. De La Riva, « Les cybermigrants, un concept juridique 4.0 », op.cit.

¹⁴ Para un enfoque comparado, ver I. Daugareilh, Ch. Degryse et Ph. Pochet, *Economía de plataforma y de derecho social: riesgos prospectivos y enfoque jurídico comparativo*, working paper 2019.10, 2019.

¹⁵ J.Berg, M.Furer, E.Harmon, U.Rani et M.Six Silberman, *Les plateformes de travail numérique et l'avenir du travail : Pour un travail décent dans le monde en ligne*, Rapport pour l'OIT, Genève, 2019. El informe se basa en una encuesta que ha llevado a cabo el BIT entre 2015 y 2017 y que abarca 3500 trabajadores online distribuidos en 75 países (desarrollados y en vías de desarrollo) que trabajan a través del intermediario de 5 plataformas de microtrabajo de envergadura mundial.

la determinación de la ley aplicable y, desde un punto de vista sociológico, las movilizaciones colectivas y la constitución de organismos colectivos con vistas a una eventual negociación colectiva.

Desde el punto de vista de sus condiciones de empleo, todos los trabajadores digitales (*crowdworker*, chófer Uber, cibernmigrante, telefreelance) tienen en común que están sometidos a una descalificación profesional, una intensificación del trabajo (control algorítmico y ritmos impuestos por ellos mismos), una desapropiación de trabajo (condiciones de ejecución de las tareas impuestas por la plataforma), un debilitamiento o incluso la supresión del poder de negociación del trabajador¹⁶. Se les remunera por tarea y no en función del tiempo trabajado. El carácter ocasional y a demanda del trabajo obliga a los trabajadores a la pluriactividad, a la precariedad, o al infraempleo¹⁷, al trabajo invisible¹⁸ y no remunerado, a la pobreza¹⁹, a condiciones de trabajo atípicas²⁰ y a una protección social reducida²¹, a una incertidumbre por el mañana que les impide proyectarse en el futuro, lo cual había terminado por ser limitado sustancialmente por el derecho laboral. Estos trabajadores son por otra parte tributarios de los controles y de las valoraciones que pueden dar lugar a sanciones cuyo soporte tecnológico permite ocultar el rostro del que toma las decisiones y de travestir la naturaleza del vínculo jurídico establecido con la plataforma.

La mayoría de las plataformas de trabajo digital funcionan con trabajadores que pertenecen a la categoría de trabajadores autónomos, no porque lo hayan

¹⁶ Cf. Ch. Degryse, « Disruption technologique, désertion sociale ? », op.cit.

¹⁷ Según el informe de la OIT de 2019, más del 60% de los que han participado en la encuesta dijeron que deseaban trabajar más al margen del microtrabajo digital, lo que indica un alto índice de infraempleo.

¹⁸ Según el informe de la OIT, los trabajadores dedicaban de media 20 minutos por hora de trabajo remunerado a actividades no remuneradas para buscar tareas, someterse a tests de cualificación, buscar clientes, etc. Los trabajadores efectuaban de media 24,5 horas de trabajo semanal online (18,6 horas de trabajo remunerado y 6,2 horas de trabajo no remunerado).

¹⁹ En el informe de la OIT de 2019, se indicaba por lo que respecta a los ingresos del trabajo del *crowdworker* que en 2017 un trabajador había ganado de media 3,31 dólares/hora sin contar las cotizaciones sociales. Cerca de 2/3 de los trabajadores americanos que ejercían en Mechanical Turk Amazon ganaban menos del salario mínimo federal, a saber 7,25 dólares por hora. Las disparidades salariales por región son importantes: los trabajadores de América del Norte ganaban 4,70 dólares/hora bruta (4,27 euros/h) mientras que en África ganaban 1,33 dólares por la misma actividad.

²⁰ Según el informe de la OIT de 2019, muchos trabajadores practicaban horarios atípicos: 36% trabajaban regularmente 7 días por semana; 43% declaraban trabajar de noche y 68% por la tarde (entre las 18 y las 22h) ya sea porque la tarea lo requería (desajuste horario) ya sea porque tenían otras obligaciones.

²¹ Según el informe de la OIT de 2019, su protección social es baja: en 2017, solo 6 de los 100 participantes de la encuesta estaban cubiertos por un seguro de enfermedad, y solo 35% estaban afiliados a un régimen de jubilación.

elegido personalmente sino por recomendación (incluso imposición) de la propia plataforma, lo que tiene como consecuencia que se les prive de las protecciones de la legislación laboral y de seguridad social. Las plataformas recurren al contrato de prestaciones de servicio o al contrato de empresa, lo que permite reducir los costes de mano de obra que se ha externalizado. Los trabajadores digitales aseguran pues el riesgo de la empresa, la carga de las cotizaciones sociales y no se benefician de ninguna protección en términos de salarios/ingresos o de duración mínima del trabajo o de duración máxima, de vacaciones pagadas, paro, etc. ¡Mejor que el contrato de trabajo cero horas, el contrato de prestación Uber! Son los “machacas del siglo XXI” cuyo trabajo se divide en pequeñas tareas que se les encomienda o que están desprovistos del mínimo poder de negociación²². Es la razón por la cual, sea cual sea la salida, donde sea, por lo que respecta al combate legítimamente iniciado sobre el estatus jurídico, se plantea la cuestión del reconocimiento de los derechos colectivos de estos trabajadores, independientemente del estatus de su empleo.

La voluntad de las plataformas de ser liberadas del derecho social es un elemento central de su modelo de negocio. Tal y como lo resume muy claramente Christophe Degryse “más que la amenaza de un *jobless future*, ¿no habría que temerle más a la amenaza de un *bossless future*?” ¿Estos nuevos agentes económicos no contemplarán más bien la estrategia de acabar con el derecho laboral y con los sistemas de seguridad social vinculados eliminando el salariado como estatus jurídico de la relación de empleo en beneficio de la autonomía? ¿No estaremos asistiendo a una experimentación a gran escala de la desregularización de las relaciones laborales a través de una operación ideológica de seducción? Ahora bien, como lo recalca J. Prassl “la plataforma habla el idioma del mercado, funciona como un empleador a la antigua usanza”²³. Los hechos desvelados durante los litigios en los diferentes países dan fe de ello. Así pues, ¿este modo de organización del trabajo necesita realmente una cobertura jurídica particular, un estatus jurídico *sui generis* en el plano de los derechos individuales y colectivos? Como se trata de instituciones internacionales, existe una clara tendencia a favor de la vinculación con el derecho común laboral sin que ello defienda explícitamente la idea de una asimilación completa con el salariado (1). Abundando en el tema, estas mismas instituciones reconocen a los trabajadores plataformas de derechos colectivos (2) que se impone como un eje central de protección, sea cual sea por otra parte el estatus de estos trabajadores asignado por cada legislación nacional (asalariado, autónomo, independiente/dependiente).

²² Ver A. Casili, *En attendant les robots : enquêtes sur le travail du clic*, éd. Du Seuil, Paris, 2019.

²³ J.Prassl, *Human as a service: the promise and perils of work in the gig economy*, Oxford, 2018.

2. ¿QUÉ DERECHOS INDIVIDUALES TIENE EL TRABAJADOR DE LAS PLATAFORMAS?

Mientras que los jueces de varios países europeos y de América del Norte²⁴ proceden a recalificar la relación establecida entre el trabajador y la plataforma en relación de trabajo subordinado, los legisladores nacionales, la mayor parte del tiempo, dejan, incluso alientan, las plataformas a reclutar trabajadores autónomos para que realicen su prestación de servicio, incluso si el derecho nacional dispone de un estatus intermediario de trabajador autónomo–dependiente o parasubordinado, lo que no son estos trabajadores. A este respecto, es conveniente plantearse si esta forma de empleo tiene un carácter verdaderamente nuevo a la vista de los criterios de identificación de la relación laboral proporcionados por las fuentes internacionales del derecho laboral (2.1.). La “plataformización” del trabajo aparece como una forma contemporánea de movilización de la mano de obra, las organizaciones internacionales, entre las que se encuentra la OIT, trabajan para que se reconozca un conjunto de derechos idénticos a los de los asalariados (2.2.).

2.1. ¿Es la uberización del trabajo una nueva forma de empleo?

Se han llevado a cabo conciliaciones desde hace dos décadas entre los estatutos del asalariado y del trabajador independiente, aunque la frontera entre el asalariado y el no asalariado se ha disipado en el plano jurídico y fáctico. Ciertos asalariados adquieren espacios de autonomía, incluso de libertad por lo que respecta a la realización de su prestación laboral. En el lado opuesto, hay cada vez más trabajadores autónomos que pierden su autonomía después de pasar a formar parte de redes de producción y distribución o por el hecho de estar vinculados a un único ordenante o cliente. En estas condiciones, la subordinación jurídica, criterio distintivo del contrato laboral y condición para aplicar el derecho laboral, no parece tan operacional.

Los índices de la subordinación, especialmente su intensidad, incluso su existencia, se ven afectados asimismo por las nuevas formas de trabajo o de empleo (polivalencia, teletrabajo, multiasalariado), que modifican el diseño del trabajo asalariado. Las nuevas formas de organización del trabajo, y el hecho de recurrir de manera generalizada e intensiva a las nuevas tecnologías modifican especialmente la relación de subordinación y los elementos de materialización de la actividad asalariada. Por lo tanto, el tiempo, el lugar y la dirección del trabajo

²⁴ Voir I.Daugareilh, A.Fiorentino, “La uberización del trabajo”, *Revista del derecho comparado del trabajo y de la seguridad social*, 2019-2 con las contribuciones de V. Bavaro y D. Marino, I.Desbarats, L.Rodgers, J.Cruz Villalon, H.Bennaars y G.Boots, K. Parli, S. Machado, U.Coiquaud, K.Malherbe, K.Mokoena y D. Du Toit.

que constituyen, en principio, una unidad, se divide, suaviza y flexibiliza²⁵. Cada vez con mayor frecuencia, el empleador controla principalmente el resultado de la actividad más que su proceso. El trabajador puede ser libre de organizar su tiempo de trabajo, incluso de determinar su lugar de trabajo.

Frente a este “movimiento de hibridación de la situación de empleo”, la división jurídica trabajo asalariado/trabajo autónomo se agarrota. Desde 1990, Gérard Lyon-Caen en su obra “El derecho del trabajo no asalariado” demostraría de manera premonitory los límites de esta bipolaridad y propondría adaptar la noción de un derecho de la actividad (asalariado o no) a partir de la noción de activos²⁶. A día de hoy, el legislador francés, al contrario que sus homólogos europeos, alemanes²⁷, italianos²⁸, ingleses²⁹ o españoles³⁰, todavía no ha propuesto una solución jurídica conjunta y sigue procediendo “según el caso” insertando en una Parte VII del Código laboral todas las profesiones y actividades cuyas condiciones de ejercicio se las toman prestadas al asalariado y a la autonomía, entre las que se encuentra el trabajo para una plataforma de vinculación electrónica³¹. Este movimiento a favor de un tercer estatus había sido promovido por la Comisión de la comunidades europeas en su libro verde del 22 de noviembre de 2006,

²⁵ A. Supiot, « Les nouveaux visages de la subordination », *Droit social*, 2000.

²⁶ Esta idea fue retomada con posterioridad y desarrollada por la doctrina. Ver especialmente, F. Gaudu, “Del estatus del empleo al estatus del activo”, *Derecho social*, 1995, p.535. Th. Prietley, “A propósito del contrato de actividad propuesto por el informe Boissonnat”, *Derecho social*, 1995, p. 955. A. Perulli, “*Trabajo económicamente dependiente/para-subordinación: los aspectos jurídicos, sociales y económicos*”, Informe para la Comisión europea, 2002. Ver J.P. Chauchard Y A.C Hardy Dubernet (dir.), *La subordinación en el trabajo*, éd. La Documentación francesa, 2003. E. Peskine, “Entre subordinación y autonomía: en busca de una tercera vía”, *Revista del Derecho laboral*, 2008, p.371.

²⁷ M. Smidt, M. Weiss, *Labour law and industrial relations in Germany*, Kluwer Law international, Law and business, 2008, p.47.

²⁸ M. Hascoët, « Le contrat de projet : le nouveau visage de la para subordination » en Italie, *Droit Social*, 2007, p.879. J. Barthélémy, « Essai sur la para-subordination », *Semaine Sociale Lamy*, 8 septembre 2003, n°1134, p.6.

²⁹ Acerca de la noción de *Workers* en Gran Bretaña, ver Ch. Vigneau, “Los trabajadores precarios ante la exigencia de continuidad del empleo”, *Semaine Sociale Lamy*, 12 mayo 2003, n°1122, p.5.

³⁰ Ley n°20/2007 del 11 de julio de 2007 BOE, n°166, 2007, p.29964. F. Valdés Dal Ré y O. Leclerc, “Las nuevas fronteras del trabajo independiente. A propósito del estatus del trabajador autónomo español”, *Revista del derecho laboral*, 2008, p.296-303. J.M. Goerlich, A. Guamán, “el reglamento de 2009, una nueva etapa en el reglamento español del “híbrido”, *Revista de derecho laboral*, 2009, p.337.

³¹ En esta parte del código laboral es donde se han integrado las disposiciones de la ley El Komri del 8 de agosto de 2016 y de la ley sobre las movilizaciones del 24 de diciembre de 2019 (en parte censurado por la Resolución del Consejo constitucional del 20 de diciembre de 2019) sobre los trabajadores de las plataformas. Ver B. Gomes, “Constitucionalidad de la carta social de las plataformas de conexión: censura sutil, efectos importantes”, *Revista del derecho laboral*, 2020, p.42.

“Modernizar el derecho laboral para afrontar los desafíos del siglo XXI”³² con el objetivo de integrar los trabajadores que no son ni asalariados ni autónomos³³”.
¿La existencia de un tercer estatus es la respuesta adaptada para hacer frente al desafío y a los problemas planteados por la uberización del trabajo?

En otros términos, se nos plantea la incógnita de si el trabajador de las plataformas de trabajo es un trabajador asalariado, un trabajador independiente o un trabajador parasubordinado. En realidad, se trata tanto de un falso autónomo como de un falso autónomo-dependiente económicamente. En efecto, por un lado, solo tiene de autónomo el título que le impone la plataforma y, por otro, no tiene ningún margen de maniobra en cuanto a las condiciones de ejecución de la prestación de servicio³⁴. Sus actos y sus gestos son vigilados de cerca y de manera permanente gracias a la geolocalización³⁵ y se somete al riesgo de una realización o de una suspensión arbitraria de la relación³⁶ y no tiene ninguna posibilidad de dialogar, de negociar, de oponerse o de transigir. No dispone ni siquiera de los márgenes de autonomía adquiridos por los asalariados en ciertas organizaciones. Así pues, el trabajador de las plataformas asume todos los riesgos de la autonomía sin disfrutar de sus ventajas. Asimismo, a diferencia de una idea que está en boga, podemos adelantar que la uberización no participaría de la hibridación

³² COM (2006) 708 final. A. Perulli, “Trabajo económicamente dependiente/para-subordinación: los aspectos jurídicos, sociales y económicos”, Informe para la Comisión europea, 2002. Ver J.P. Chauchard Y A.C Hardy Dubernet (dir.), *La subordinación en el trabajo*, éd. La Documentación francesa, 2003.

³³ Daba la definición siguiente acerca de ella: “La noción de ‘trabajo económicamente dependiente’ cubre situaciones que no corresponden ni a la noción establecida correctamente del trabajo asalariado, ni a la del trabajo independiente. Esta categoría de trabajadores no tiene contrato laboral. Pueden no verse sometidos a la legislación laboral puesto que ocupan una ‘zona gris’ entre el derecho laboral y el derecho comercial. Aunque son formalmente “autónomos”, siguen siendo económicamente dependientes de un solo comitente o cliente/empleador por la procedencia de sus ingresos. COM (2006) 708 final

³⁴ Por ejemplo, la sentencia del Tribunal de apelación de París del 10 de enero de 2019 informa de que el chófer de Uber recibe instrucciones de la aplicación sobre el trayecto que debe seguir de manera eficaz. El contrato recomienda por otra parte tiempos de espera y da directrices de comportamiento, especialmente sobre el contenido de las conversaciones que debe tener con los pasajeros, etc. Ver B. Gomes, Cuando el derecho cuestiona “la uberización”: comentario del fallo de Uber del Tribunal de apelación de París del 10 de enero de 2019, *Derecho obrero*, 2019.

³⁵ A partir de esta declaración de control por geolocalización, el juez del Tribunal de casación ha vuelto a calificar en su fallo del 28 de noviembre de 2018 la relación en el contrato de trabajo. B. Gomes, «Take Eat Easy: una primera recalificación a favor de los trabajadores de las plataformas», *Semaine Sociale Lamy*, nº 1841, 17 de diciembre de 2018.

³⁶ Así, en el fallo del Tribunal de apelación de París del 10 de enero de 2019, el punto 2.1. del contrato de prestación del servicio en cuestión en este caso estipulaba. “Uber se reserva asimismo el derecho de desactivar o de limitar por otra parte el acceso o el uso de la Aplicación Chófer o la de los servicios Uber por parte del Cliente o cualquiera de sus chóferes por cualquier otra razón, a la discreción razonable de Uber”.

de los estatus, sino a reforzar sus diferencias, aunque sea por lo que se refiere a la disciplina del trabajo a la que se someten estos trabajadores. La Comisión del centenario de la OIT no dice nada más cuando evoca el riesgo de regresión social creado por “las plataformas y las aplicaciones de intermediación del trabajo (...) que podrían reproducir las prácticas laborales del siglo XIX para generaciones de “trabajadores jornaleros del mundo digital³⁷”. El supuesto estado de autonomía corresponde a una convicción mantenida por una operación de seducción orquestada por las plataformas que surfean sobre la ola del desamor que experimenta el asalariado.

Una vez dicho esto, el propio hecho de que exista una duda acerca de la naturaleza de la relación laboral no es conforme al derecho internacional del trabajo. En efecto, la Recomendación n° 198 acerca de la relación laboral de la OIT de 2006 ha sido adoptada teniendo en cuenta las situaciones en las que existen dificultades para establecer la existencia de una relación laboral, incertidumbres acerca de los derechos y obligaciones de las partes, de las prácticas que consisten en disfrazar la relación laboral, especialmente cuando los acuerdos contractuales puedan tener como efecto el privar a los trabajadores de la protección a la que tuvieran derecho. El texto de la OIT espera de los Estados miembros que aclaren y adapten el campo de aplicación de su legislación para garantizarles una protección eficaz a los trabajadores concernidos, que proporcionen elementos que permitan distinguir el trabajo asalariado del trabajo autónomo. Esta acción de los Estados miembros es tan esperada sobre todo por el hecho de que las incertidumbres afectan a los trabajadores más vulnerables, a saber, los jóvenes trabajadores, los trabajadores mayores, los trabajadores de la economía informal, los trabajadores inmigrantes. Tantas figuras que pueblan el mundo del trabajo de plataforma. El texto de la OIT recuerda por otra parte que la determinación de la relación laboral debe ir guiada por los hechos que tienen que ver con su ejecución y la remuneración del trabajador, a pesar de la voluntad de las partes en la relación. El texto le sugiere asimismo a los Estados miembros que establezcan una presunción legal de la existencia de una relación laboral “cuando estamos en presencia de uno o de varios índices pertinentes” cuya ejecución según las instrucciones y bajo el control de otra persona (en este caso la aplicación), la integración del trabajador en la organización de la empresa (por el hecho de la aplicación que hace las veces de intermediario entre la plataforma y el cliente), la existencia de un horario determinado (en este caso los horarios de conexión), un lugar específico (la ciudad); la provisión de herramientas, de materiales (en este caso el equipo de entrega según las condiciones de la plataforma), etc.

El propio hecho de que haya incertidumbres sobre las condiciones de ejecución del trabajo o de los riesgos de fraude de ley tampoco es conforme al derecho

³⁷ Parte I: Captar el momento del Informe de la Comisión para el centenario.

de la Unión europea. Así, la directiva del 20 de junio de 2019 en relación con condiciones de trabajo transparentes y previsibles³⁸ que se fundamentan en la Carta de los derechos fundamentales y en la base europea de derechos sociales de 2017 aporta elementos convergentes con el derecho de la OIT por lo que respecta a las condiciones de empleo de los trabajadores de las plataformas. La convergencia versa primero sobre la noción de trabajador y relación laboral y se entiende que el derecho de la Unión no dispone de una definición unitaria del trabajador, sino de una pluralidad de nociones que se desprende de la jurisprudencia del TJUE en función de la finalidad de los textos aplicables. Así, la directiva de 2019 establece que los trabajadores de las plataformas, si cumplen con los criterios que determinan el estatus del trabajador, pueden entrar dentro del campo de aplicación de la directiva. El texto excluye de su campo de aplicación a los trabajadores “realmente autónomos”. Siguiendo el ejemplo del legislador internacional y de los derechos nacionales, el legislador europeo recuerda que la determinación de una relación laboral debe resultar de los hechos relativos a la ejecución del trabajo y no de la voluntad de las partes. La directiva indica los autos de referencia que selecciona para determinar la noción del trabajador. Se trata de toda “persona que ejerce actividades, que cumple durante un cierto tiempo, en favor de otra persona y bajo la dirección de la misma, prestaciones como contrapartida de las cuales percibe una remuneración³⁹”. La preocupación del legislador europeo es la de proteger a los trabajadores ante la imprevisibilidad, fuente de vulnerabilidad, estableciendo un derecho a la información sobre los elementos esenciales de la relación de trabajo y de las condiciones laborales aplicables “dejando suficiente libertad a los empleos atípicos para que sigan presentando ventajas para los trabajadores y los empleadores”. Estas informaciones se refieren al lugar de trabajo, a la descripción del trabajo, a la duración de la relación del trabajo, al periodo de ensayo, a la formación, a las vacaciones pagadas, a las condiciones de cesación de la relación, a la remuneración, a la duración del trabajo.

Más allá de una hipotética incertidumbre acerca de la existencia de una relación laboral o acerca de las condiciones de ejecución del trabajo, se perfila otra hipótesis sobre la verosimilitud, pero más compleja y que debe ser verificada, la del fraude de ley y de la seguridad social. Recientemente, después de 4 años de proceso, la Magistratura de trabajo de París acaba de dictar una sentencia el 4 de febrero de 2020, condenando la plataforma Deliveroo por trabajo oculto. La directiva de 2019 mencionada más arriba acerca de la determinación de su campo

³⁸ Directiva (UE) 2019/1152 del 20 de junio de 2019, JOUE L.186/105 del 11 de julio de 2019.

³⁹ TJCE 3 julio de 1986, Lawrie-Blum, aff. 66/85; TJCE 14 de octubre de 2010, Unión sindical solidaria Isère, aff. C.428/09, TJCE 9 de julio de 2015, Balkaya, aff. 229/14; TJCE 4 de diciembre de 2014, FNV, aff. C 413/13; TJCE 17 de noviembre de 2016, aff.216/15. Ver S. Hennion, M. Le Barbier, M. Del Sol, J. Ph. Lhernoud, Derecho social europeo e internacional, 3^{ème} éd. Thémis, PUF, París, 2017, p.126 et s.

de aplicación recuerda que “el abuso del estatus de trabajo independiente, en el sentido del derecho nacional, a escala nacional o en las situaciones transfronterizas es una forma de trabajo declarada falsamente que se asocia con frecuencia al trabajo no declarado. Existe el falso trabajo autónomo cuando una persona, aunque cumpla con las condiciones características de una relación laboral está declarada como trabajador autónomo con vistas a evitar ciertas obligaciones jurídicas o fiscales. Estas personas deberían entrar dentro del campo de la directiva”. La Recomendación 198 de la OIT preconiza a los Estados miembros que “luchen contra las relaciones laborales encubiertas que pueden incluir el recurrir a otras formas de arreglos contractuales que disimulan el estatus jurídico real, entendiendo que existe una relación laboral encubierta cuando un empleador trata de una manera diferente a la del asalariado, de tal forma que disimula su estatus jurídico real de asalariado para privarle de la protección”. La manera de combatir realmente estos abusos o estas tentativas de fraude reside en el reconocimiento de una presunción legal de contrato de trabajo (o de salarios) en el lugar de una presunción de trabajo autónomo, sobre todo teniendo en cuenta que aparte de la facultad de elegir estas maniobras de conexión (todas relativos del resto en función de las necesidades de ingresos), el resto de índices de la relación son los de la dependencia.

En el marco del centenario, la OIT ha ido más allá que el legislador europeo en las reflexiones acerca de los trabajadores de la nueva economía esbozando una base de derechos individuales independientemente de la naturaleza jurídica de la relación.

2.2. El esbozo de una base de derechos individuales de los trabajadores de las plataformas en los trabajos del centenario de la OIT

La Comisión del centenario indica en el informe entregado en febrero de 2019 que la universalidad del mandato de la OIT debería llevarla a integrar a todos los trabajadores incluso innovando para poder abarcar “la diversidad creciente de las situaciones en las que el trabajo se lleva a cabo, en particular el fenómeno emergente del trabajo basado en la intermediación digital en la economía de plataformas.

La Comisión insiste en la necesidad de dedicar un derecho universal al aprendizaje a lo largo de toda la vida y en crear sistemas innovadores de derechos para la formación (seguro de empleo o fondos sociales) con la perspectiva de ayudar a los trabajadores que más lo necesitan, a saber, los autónomos o los trabajadores de empresas muy pequeñas que son menos susceptibles de beneficiarse de una formación financiada por el empleador. Llama la atención sobre el riesgo de que la economía digital perpetúe las disparidades entre los

géneros, en particular que los algoritmos utilizados en la puesta en relación entre la oferta y la demanda de empleo que perpetúan los estereotipos sexistas. Finalmente, la Comisión aborda la cuestión de la protección social preconizando que sea universal y constituida con una base común. Más precisamente, subraya que “una cobertura de protección social adecuada para los trabajadores bajo todas las formas de empleo, incluido el trabajo autónomo” deberá aplicarse (...). “A medida que la organización del trabajo evolucione, los sistemas de protección social deberán evolucionar asimismo para garantizar una protección constante para los trabajadores que pasen del empleo asalariado a un trabajo autónomo... velando por que los derechos y las prestaciones sean accesibles y transferibles, incluso para aquellos que trabajan con las plataformas digitales”.

Estableciendo el principio de una garantía universal para todos los trabajadores, la Comisión preconiza el disponer de una base común de derechos para todos los trabajadores. Esta garantía incluye los derechos fundamentales de los trabajadores (los de la Declaración de 1998) y un conjunto de condiciones básicas entre las cuales se encuentra un salario que asegure condiciones de vida dignas; el límite del tiempo de trabajo, lugares de trabajo seguros y salubres, así como una protección social básica. La comisión subraya la necesidad de hacer frente a las tecnologías de la información y de la comunicación de ejercer un control del tiempo de trabajo. El informe estima que “las tecnologías de la información y de la comunicación que permiten trabajar en cualquier lugar y en cualquier momento, difuminan la frontera entre el tiempo de trabajo y el tiempo dedicado a la vida privada, y pueden contribuir a prolongar la duración del trabajo. En la era digital, los gobiernos y las organizaciones de los empleadores y trabajadores deberán encontrar nuevos medios para aplicar de manera efectiva los límites máximos definidos a nivel nacional en materia de tiempo de trabajo, por ejemplo, estableciendo un derecho para la desconexión.” ... Para muchos trabajadores de las plataformas y del mundo digital, el tiempo de trabajo es muy variable e imprevisible, sin garantía en cuanto al número de horas de trabajo remuneradas o en cuanto a los ingresos por semana y sin poder decir nada o prácticamente nada en cuanto a las horas de trabajo.

La tecnología digital plantea nuevos retos para la aplicación eficaz de las protecciones laborales. Las plataformas de trabajo digitales proporcionan nuevas fuentes de ingresos a los numerosos trabajadores en diferentes partes del mundo, pero el carácter fragmentado del trabajo en las diferentes jurisdicciones internacionales complica el que se pueda controlar que se respete el derecho de trabajo aplicable. El trabajo está en ocasiones mal remunerado, a menudo por debajo del salario mínimo en vigor. La Comisión recomienda elaborar un sistema de gobierno internacional para las plataformas de trabajo digitales que establece una base de derechos y protecciones e impone a las plataformas (y

a sus clientes) que las respeten. Preconiza inspirarse del Convenio del Trabajo Marítimo (MLC 2006) para solucionar los problemas de los trabajadores, de los empleadores, de las plataformas y de los clientes que operan en las diferentes jurisdicciones.

La Declaración del centenario adoptada por la OIT en Junio de 2019 retoma la idea del informe sobre la Comisión posicionándose a favor de una protección adecuada de todos los trabajadores⁴⁰ “de conformidad con la agenda del trabajo decente”. Incluso si el texto definitivo se refiere a la relación de empleo como medio de protección jurídica de los trabajadores y remite así implícitamente a la recomendación 198 de 2006 relacionada, la versión inicial del proyecto presentaba el mérito de incidir sobre la indiferencia del estatus habida cuenta del empleo o de los arreglos contractuales, lo que transmitía una atención explícita a las nuevas formas de empleo o de movilización de los trabajadores, flexibles y precarios, en el marco o no del asalariado, particularmente tomadas por las plataformas digitales. La primera versión del texto estaba pues más explícitamente y más claramente en línea con las necesidades de los trabajadores que se encontraban entre el asalariado y la autonomía y tenía pues un espectro más amplio que la versión definitiva, incluso en términos de protección que integraba dos elementos asociados a ciertos usos de las tecnologías digitales (protección de la vida privada y de los datos personales y conciliación de la vida profesional/vida privada). Si tenemos en cuenta finalmente que todos los trabajadores deberían poder acogerse a los derechos fundamentales, a un salario mínimo adecuado (legal o negociado), a la limitación de la duración del trabajo, a la seguridad y a la salud laboral, los autores de la Declaración no se refieren a todos los elementos que constituyen un trabajo decente por una parte y por otra, crean una duda sobre el campo de aplicación personal de estas protecciones. Aunque la Declaración no lo diga, parece que estas nuevas formas de empleo carecen probablemente de un instrumento convencional a nivel internacional, puesto que la Recomendación 198 había sido adoptada mucho antes de que se desplegaran los modos de organización del trabajo a través de las tecnologías del mundo digital y de las modalidades de empleo atípicas que por aquel entonces eran desconocidas (contrato cero horas) y que no eran obligatorias.

Otro aspecto no menos importante que se ha abordado en el marco de los trabajos del centenario se refiere al poder de control/disciplinario de las tecnologías. El ejercicio de la gestión, de la vigilancia y del control algorítmico a través de sensores, de accesorios conectados y otras formas de vigilancia, deberá ser reglamentado para proteger la dignidad de los trabajadores. “El trabajo no es una mercancía y los trabajadores no son robots” según la fórmula del informe de la

⁴⁰ Ver I. Daugareilh, «La Déclaration du centenaire de l’OIT: tout un programme!», *Droit social*, 2020, p.5.

Comisión del centenario. Se debe elaborar una normativa que rijan el uso de datos y la responsabilidad en el empleo de los algoritmos en el mundo del trabajo. Las empresas deben asegurarse que tienen políticas en materia de transparencia y de protección de datos con el fin de que los trabajadores sepan lo que está asegurado. Deberían ser informados de cualquier control realizado en el lugar de trabajo, y se deberían imponer límites para la recolección de datos susceptibles de conllevar una discriminación, tales como la afiliación sindical. Deberían tener acceso a sus propios datos, así como el derecho a transmitir estas informaciones a sus representantes o a su autoridad reglamentaria”. El informe recomienda a los gobiernos en este punto que dirija su desarrollo respetando la dignidad de los trabajadores y que contemple la adopción de nuevos reglamentos desde esa perspectiva.

Es también en el marco de la labor del centenario que la OIT se ha expresado claramente a favor del reconocimiento de derechos colectivos de los trabajadores de plataformas.

3. ¿QUÉ DERECHOS COLECTIVOS PARA EL TRABAJADOR DE LAS PLATAFORMAS?

Responder a esta cuestión implica distinguir el derecho de la OIT y del Consejo de Europa por una parte del de la Unión europea, teniendo en cuenta que las obligaciones y los objetivos no son exactamente idénticos según el nivel considerado. Si los primeros son favorables, sin grandes sorpresas, al reconocimiento de los derechos colectivos a favor de los trabajadores de las plataformas (3.1), el segundo resulta ser problemático sin ser, a pesar de ello, irreversible (3.2).

3.1. Un derecho de la OIT y del Consejo europeo sin equívoco sobre los derechos colectivos

El derecho de la OIT constituido por sus convenios y recomendaciones, así como la interpretación que se hace del mismo por parte de los órganos de control se basa en esencia en los convenios 87 y 98 reconociendo respectivamente la libertad sindical, el derecho de la negociación y a partir de ahí el derecho de huelga. Estos derechos forman parte de los derechos fundamentales contemplados por la Declaración de la OIT de 1998. La interpretación de estas normas es objeto de consolidación regular, y la última vez que se hizo fue en 2018⁴¹.

La libertad sindical viene reconocida en el artículo 2 del convenio 87 “sin distinción de ningún tipo” (...). El Comité de expertos ha recordado muchas

⁴¹ BIT, «La libertad sindical – recopilación de las resoluciones del comité de la libertad sindical», 6ª ed. Ginebra, 2018.

veces que el criterio para beneficiarse de la libertad sindical no es la relación de empleo con un empleador. Y a menudo esta relación no existe como es el caso de los trabajadores de la agricultura, de los trabajadores autónomos o de los miembros de profesiones liberales que deben beneficiarse todos del derecho sindical. La única excepción que se puede admitir es la de los miembros de las fuerzas armadas y de la policía. En uno de sus informes el Comité dice muy claramente que “es contrario al convenio n° 87 el hecho de impedir la constitución de sindicatos y trabajadores autónomos, que no trabajen en el marco de una subordinación o de una dependencia⁴²”.

En cuanto al derecho de huelga, el Comité siempre ha considerado que se trataba de uno de los derechos fundamentales de los trabajadores y de sus organizaciones en tanto en cuanto constituye un medio de defensa de sus intereses económicos y sociales⁴³. La huelga es incluso uno de los medios esenciales de los que disponen los trabajadores y sus organizaciones para promover y para defender sus intereses. Es un corolario indisoluble del derecho sindical protegido por el convenio 87.

Siguiendo el ejemplo del derecho sindical, solamente los miembros de las fuerzas armadas y de la policía así como los funcionarios públicos sometidos a la administración del Estado pueden verse excluidos del derecho a la negociación colectiva⁴⁴. Así, los trabajadores de las cooperativas, independientemente de su relación laboral así como los trabajadores autónomos como consecuencia lógica de su derecho de asociación tienen derecho a través de sus organizaciones a negociar colectivamente en su nombre con el objetivo de promocionar y defender sus intereses⁴⁵. El comité le ha solicitado al “gobierno que tome las medidas necesarias para garantizar que los trabajadores autónomos puedan beneficiarse plenamente de sus derechos sindicales para promocionar y defender sus intereses, incluso a través de la negociación colectiva y determinar en una consulta con los socios concernidos las particularidades de los trabajadores autónomos que tienen una incidencia colectiva con el fin de establecer mecanismos específicos de negociación colectiva para los trabajadores independientes, según el caso⁴⁶”.

Así pues, el derecho de la OIT tal y como se interpreta a día de hoy reconoce a todos los trabajadores, incluidos los que tienen el estatus de trabajador autónomo, como ocurre a menudo con los trabajadores de las plataformas, que hagan

⁴² Ver informe 363, caso n° 2868, §1005, retomado en la compilación de 2018, p.71.

⁴³ Selección 2006, §520.

⁴⁴ Ver informe 371, caso n° 2988, §843.

⁴⁵ Ver informe 354, caso n° 1668, §679.

⁴⁶ Ver informe 576, caso n° 2729, §888.

uso para defender sus intereses profesionales del derecho a sindicarse, a la acción colectiva y a la negociación colectiva.

En su informe de 2016 sobre el empleo atípico en el mundo: identificar los desafíos, abrir perspectivas, la OIT expone recomendaciones entre las que se encuentran el asegurar que todas las formas de diálogo social y de movilización se adapten a la situación de estos trabajadores. La negociación colectiva permite tomar en consideración las circunstancias particulares de un sector o de una empresa y se adapta pues a reducir los elementos de inseguridad que afectan al trabajo atípico del que forma parte el trabajo de las plataformas.

El derecho europeo de los derechos humanos va en el mismo sentido. El artículo 11 del Convenio europeo de derecho humanos de 1950 reconoce “a toda persona el derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, incluido el derecho de fundar con otras personas sindicatos y a afiliarse a os mismos para defender sus intereses. El mismo artículo, párrafo 2, precisa expresamente que “el ejercicio de estos derechos no puede ser objeto de más restricciones que las que, estando previstas por la ley, constituyen medidas necesarias en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, para la seguridad pública, para la defensa del orden público y para la prevención del crimen, para la protección de la salud o de la moral o para la protección de los derechos y libertades ajenas”. En el fallo *Demir y Baykara*, la TEDH había considerado que habida cuenta de los desarrollos del derecho internacional y de la práctica de los Estados contratantes «el derecho de llevar las negociaciones colectivas se ha convertido en principio en uno de los elementos esenciales del derecho a fundar sindicatos con otras personas y de afiliarse a los mismos para defender sus intereses⁴⁷”. Por consiguiente, el derecho de negociación colectiva no podría verse limitado salvo en caso de que existiera una medida necesaria.

Abundando en esta consideración, el Comité europeo de los derechos sociales dictó una resolución el 12 de diciembre de 2018⁴⁸ acerca de la posibilidad para los trabajadores autónomos de cerrar un convenio colectivo. El asunto se había llevado ante el Comité por parte de las confederaciones sindicales *Irish Congress of Trade Unions* que consideraba que la resolución de la autoridad de la competencia irlandesa de prohibirle a ciertos trabajadores autónomos, como los actores de doblaje, los periodistas, los freelancers y ciertos músicos el cerrar convenios colectivos fijando las tasas de salario mínimo y otras condiciones de trabajo era contrario al artículo 6 de la Carta social europea sobre el derecho de negociación colectiva. Es la primera vez que el Comité se ve confrontado al problema de los

⁴⁷ TEDH *Demir y Baykara* – petición n° 34503/97, del 12 de noviembre de 2008.

⁴⁸ Resolución n° 123/2016 del 12 de diciembre 2018. Ver Vínculos sociales Europa n° 463, 27 de diciembre de 2018.

trabajadores independientes. Considera que la Carta, salvo alguna excepción, no precisa si sus disposiciones se aplican a los trabajadores independientes. Considera que una “prohibición absoluta de la negociación colectiva que afectara a todos los trabajadores independientes sería excesiva, puesto que tal medida sería ir contra el objeto y la finalidad” del artículo 6§2. Además, «considera que los trabajadores independientes no tienen influencia sustancial sobre el contenido de las condiciones contractuales, si debía negociar individualmente deben pues tener derecho de negociar colectivamente”. Esta “prohibición es excesiva y no necesaria en una sociedad democrática en el sentido de que las categorías de personas incluidas en la noción de empresa” tienen un alcance muy grande. El Comité ha aportado una precisión importante según la cual, para determinar qué tipo de negociación colectiva viene recogida en la Carta, no basta con basarse en la distinción entre asalariado y trabajador independiente, “el criterio decisivo era más bien saber si existe un desequilibrio de poder entre los proveedores de mano de obra y los empleadores. Cuando los proveedores de mano de obra no tienen influencia sustancial sobre el contenido de las condiciones contractuales, deben tener la posibilidad de mejorar este desequilibrio de poder a través de la negociación colectiva”: Está es la situación de desequilibrio en la que se encuentran los trabajadores de las plataformas que por ende no son realmente independientes. Este es el criterio que puede permitir resolver la controversia alimentada sobre este tema a través de un derecho de la Unión europea a priori reacia al derecho de negociación colectiva de los trabajadores independientes.

3.2. Un derecho de la Unión europea problemático

No es tanto el derecho de sindicarse o de llevar a cabo acciones colectivas de los trabajadores independientes lo que le plantea un problema al derecho de la Unión como el de negociar colectivamente las condiciones laborales. En efecto, según el derecho comunitario, la libertad económica se encuentra en el centro del derecho de la competencia y es objeto de una protección especial por parte del Juez comunitario hasta tal punto que considera que los convenios colectivos son una restricción a la competencia entre empresas y solo les permite esquivar las prohibiciones de los acuerdos económicos en la medida en que pretendan alcanzar un objetivo de política social⁴⁹. La libre competencia viene amparada por el artículo 101 del TFUE (tratado sobre el funcionamiento de la Unión europea). Así la solidaridad se presenta ante todo como una traba para las reglas de derecho de la competencia que solo admite excepciones si se pretende alcanzar un objetivo social legítimo⁵⁰. Como los sindicatos que actúan dentro del marco de su

⁴⁹ TJCE 21 de septiembre 1999, aff.C-67/96, Albany, punto 60.

⁵⁰ Ver J.J. Dupeyroux, «Les exigences de la solidarité», *Droit social*, 1990 ; p.741.G. Lyon-

misión de defensa de los asalariados no son actores económicos, se libran de esta prohibición⁵¹. Cuando se trata de sindicatos o de asociaciones de trabajadores independientes, el conflicto potencial con el derecho comunitario podría sin embargo quedar zanjado por poco que se recuerde la realidad de las condiciones de ejecución del trabajo por parte de los trabajadores de las plataformas en caso de que estos estuvieran dotados formalmente de estatus de trabajador independiente y ello basándose tanto en la jurisprudencia de la TJUE como en las preconizaciones de instancias legislativas.

En su resolución *Elite Taxi c/Uber* del 20 de diciembre de 2017, la TJUE consideró que la plataforma Uber no era una sociedad de servicio de información “a la vista del férreo control ejercido sobre los conductores individuales, la empresa ofrecía más que un servicio de intermediación” (...). En efecto, el “servicio de intermediación de la plataforma ofrecía simultáneamente servicios de transportes urbanos a través de su aplicación⁵²”. Este reconocimiento de férreo control (que nosotros subrayamos) sobre los chóferes de taxi deja presagiar que, si se le encomendara al Tribunal un asunto para solicitar la calificación de la relación de trabajo o de la calidad de cada una de los dos partes en la relación, bien podría resolver que se trata de un trabajador subordinado y no de un trabajador independiente.

La jurisprudencia del Tribunal de Luxemburgo ha evolucionado mucho en cuanto a la apreciación del alcance de los acuerdos anticompetenciales frente a los acuerdos laborales colectivos. En un primer momento – no tan lejano en el tiempo-, con el fallo *Albany* de 1999, la TJCE⁵³ había juzgado que ciertos acuerdos laborales colectivos se situaban “por su naturaleza y su objeto” fuera del campo de prohibición de los acuerdos anticompetenciales. El Tribunal había considerado que “los objetivos de política social perseguidos por tales acuerdos se verían seriamente comprometidos⁵⁴” si los socios se vieran sometidos a la prohibición de los acuerdos anticompetenciales para buscar medidas destinadas

Caen, «L'infiltration du droit du travail par le droit de la concurrence», *Droit ouvrier*, 1992, p. 313.

⁵¹ G. Lyon-Caen, «Vieilles lunes et nouvelle lune (action syndicale et accords collectifs sous l'éclairage du droit de la concurrence)», *Droit ouvrier*, 2000, obs. p.145 sous CA Paris 29 février 2000.

⁵² TJUE, gran sala, 20 de diciembre de 2017, aff.C-434/15, Asociación Profesional *Elite Taxi c/uber Systems Spain*. Th. Douville, “Fallo Uber o el arte delicado de la calificación”, *La Semana jurídica Empresa y negocios*, n° 10, 8 de marzo de 2018, 1111. N. Balat, “Las aportaciones de los fallos “Uber Pop” al derecho de los transportes”, *Selección Dalloz*, 2018, p.934”

⁵³ TJCE 21 de septiembre de 1999, aff.C-67/96, *Albany*, Derecho social, 2000, nota X.Pretot, p.106. *Revista de derecho sanitario y social*, 2000, F. Muller, p ;212. J.B. Blaise, crónica, RTDE, 2000, p.335.

⁵⁴ TJCE *Albany International*, aff.C-67/96 del 21 de septiembre de 1999.

a mejorar las condiciones de empleo y de trabajo. Esta jurisprudencia ha sido retomada y conservada en los asuntos ulteriores⁵⁵

Pero en el fallo llamado de los músicos -FNV- dictado el 4 de diciembre de 2014, la TJUE decidió que “la disposición principal en cuestión, teniendo en cuenta que ha sido cerrada por una organización de trabajadores en nombre y en representación de los prestatarios de servicios independientes que están afiliados no constituye el resultado de una negociación colectiva entre socios y podría ser excluida, por su naturaleza, del campo de aplicación del artículo 101 §1 TFUE⁵⁶”. Este asunto de los músicos es interesante porque versa sobre una práctica profesional para negociar las ventajas salariales para los asalariados e independientes que ejerzan la misma profesión que los miembros de una orquesta: el acuerdo colectivo de trabajo en cuestión fijaba tarifas mínimas no solo para los sustitutos contratados como asalariados sino también para los sustitutos que ejercieran su actividad en virtud de un contrato de empresa (trabajadores independientes). Una de sus disposiciones preveía que estos debían percibir al menos la tarifa de los ensayos y de concierto negociado para los sustitutos asalariados, incrementadas en un 16%. En este caso, el sindicato de trabajadores ha negociado efectivamente en representación de los trabajadores independientes. Esta sentencia firma sin embargo el final de una perspectiva de derecho de la negociación colectiva para los trabajadores supuestamente independientes de las plataformas. La resolución ofrece en realidad algunas perspectivas inversas.

En esta sentencia, la TJUE expresa por primera vez que la cualificación de trabajador independiente habida cuenta del derecho nacional no excluye una recualificación según el derecho de la Unión. Considera que un conjunto de elementos permite distinguir los prestatarios de servicios de los trabajadores asalariados. Así, un prestatario de servicio es un trabajador independiente si determina solo su comportamiento sobre el mercado, si no depende completamente de su ordenante, si asume solo los riesgos financieros y comerciales de su actividad y si no interviene como auxiliar integrado en una empresa ajena⁵⁷. Se recuerda que un trabajador en el sentido del derecho de la Unión “se define según criterios objetivos que caracterizan la relación laboral, en consideración de los derechos y de los deberes de las personas concernidas”, (...), la característica esencial de esta relación es la circunstancia que una persona cumple durante un cierto tiempo a favor de otra persona y bajo la dirección de esta prestaciones en contrapartida de la cuales percibe una remuneración⁵⁸”. En otros términos,

⁵⁵ TJCE International Transport Worker’Fédération et Finnish Seamen’s Union, aff. C-438/05, 2007, 772, punto 49. CJCE 2009, 3F/Comisión, aff.C319/07, 435, punto 50.

⁵⁶ TJUE FNV c Países Bajos, aff.C-413/13 del 4 de diciembre de 2014, p§30

⁵⁷ TJUE FNV, §33.

⁵⁸ TJUE FNV, §34

los trabajadores independientes solo son verdaderas empresas en el sentido del derecho de la Unión si más allá de la naturaleza jurídica de su contrato, no se encuentran en una relación de subordinación jurídica con su contratante⁵⁹. Ahora, es esta declaración – de un férreo control sobre los chóferes de taxi a través de la plataforma- lo que ha llevado a la propia TJUE en el fallo *Elite Taxi* a considerar que la plataforma era efectivamente una empresa de transporte. También ha sido a partir de los elementos de hecho que describen una relación de subordinación jurídica lo que ha llevado a la Sala social del Tribunal de casación en Francia en su fallo del 28 de noviembre de 2018 a concluir que el mensajero de *Take eat easy* era un asalariado y por lo tanto un falso autónomo.

Estos fallos, incluidos la de los músicos por la vía de un abogado general, invitan a buscar más allá de la apariencia y de la forma los elementos de hecho para determinar si hay independencia o no. Los trabajadores de las plataformas no son necesariamente trabajadores independientes habida cuenta del derecho nacional tal y como lo certifica el litigio existente en varios países, y tampoco lo serían habida cuenta del derecho de la Unión. Así pues los acuerdos cerrados por las organizaciones podrían no estar sometidos al derecho de la competencia de la Unión. El fallo *Uber Elite* dictado por la TJUE en el terreno del derecho comercial indica que el juez de Estrasburgo ya ha considerado que los mensajeros eran dependientes de la plataforma, y que por lo tanto esta era una empresa de transporte. No queda más que un paso para deducir que esta dependencia otorga a la negociación colectiva de acuerdos colectivos de trabajo por parte de organizaciones sindicales propias o compartidas una naturaleza y un objeto que lo excluye del campo de aplicación del artículo 101 TFUE. En este sentido, varias instancias comunitarias decían ser favorables al reconocimiento de los derechos colectivos para los trabajadores de las plataformas, entre las cuales se encuentra el Parlamento europeo en su resolución de 2017.

La negociación colectiva de los acuerdos colectivos de trabajo permite asegurar un equilibrio de los poderes que no existe en el contrato individual de trabajo, y que tampoco existe en el contrato de la prestación de servicio cerrado entre el trabajador y la plataforma. Varios documentos y especialmente los relatos sobre las condiciones de ejecución del trabajo en el marco de los litigios contraídos por los trabajadores de las plataformas muestran una gran desigualdad entre las partes de la relación, una tal dependencia de las directrices dadas que no nos llevaríamos a equivoco si consideráramos que el grado de obligación según las condiciones de ejecución del trabajo es muy superior al que existe en el marco

⁵⁹ TJUE, *FNV*, §37. En el mismo sentido TJUE 26 de marzo de 2015, *aff. 316-/13 Dalloz*, 2015, p.808. S. Robin-Olivier, “Un convenio colectivo que fije los precios de las prestaciones de trabajadores independientes no se ve sometido necesariamente al derecho de la competencia”, *Revista trimestral de Derecho europeo*, 2015, p.443.

de la relación laboral subordinada aunque la única manera de reequilibrar la relación incluida, o a fortiori, si se tratara de una relación comercial, sería el poder negociar colectivamente las condiciones laborales.

4. CONCLUSIÓN

El estatus independiente asignado a los trabajadores de las plataformas no corresponde a la realidad de las condiciones de ejecución de la prestación laboral, tal y como lo dejan ver los hechos relatados durante los litigios contraídos en varios países. Con esta nueva figura de trabajadores atípicos, es el campo de aplicación de derecho laborales el que se ve alterado nuevamente, ya no por el hecho de que sus condiciones de trabajo sean realmente diferentes de las de los trabajadores asalariados sino por el hecho de que existe una estrategia llevada a cabo por las plataformas para eliminar las protecciones sociales. Existen varias maneras de enfrentarse a ello. La primera consistiría en establecer una presunción legal de contrato laboral o de asalariado con el fin de descartar las incertidumbres acerca de la naturaleza de la relación, pero sobre todo para evitar el fraude de ley. La segunda sería no pronunciarse acerca de la naturaleza jurídica de la relación, pero reconocer a estos trabajadores derechos colectivos y especialmente el de negociación colectiva con el fin de reducir la desigualdad de las partes en la relación. La tercera llevaría al reconocimiento, partiendo de la consideración de que no existe incompatibilidad entre autonomía y asalariado, de la idea de un derecho común de trabajo, que esté constituido por una base de derechos fundamentales para todos los trabajadores que ejercen su actividad bajo el control de otro, del que formarían parte los derechos fundamentales, los derechos a condiciones de trabajo decentes, a la protección contra la inseguridad jurídica, a la acción colectiva, a la organización sindical y a la negociación colectiva y a la protección social.