



Derechos Humanos y Relaciones Laborales: Nuevos retos en un nuevo contexto

Fco. Javier Calvo Gallego

Universidad de Sevilla

Proyecto DER2015-63701-C3-1-R MINECO-FEDER



Derechos Humanos y Relaciones Laborales: evolución

- 1ª Fase => constitución del «mercado» de trabajo => Siglo XIX => Estado Liberal
 - Construcción de la demanda => Libertad de empresa y economía de mercado
 - Construcción de la demanda => libertad de trabajo
 - Mercado (aunque nacional) => autonomía individual y no colectiva
- 2ª Fase=> La construcción del Estado Social => Siglo XX
 - Pluralismo y Estado como instrumento activo frente a las desigualdades
 - Reconocimiento constitucional de la autonomía colectiva y sus manifestaciones
 - Procura existencial y protección social > el nuevo status ahora social como ciudadano
- 3ª Fase => madurez=> Incorporación de derechos fundamentales inespecíficos => último tercio del siglo XX
 - De la discriminación de la mujer a la genérica tutela antidiscriminatoria (submercados)
 - Dignidad del trabajador y otros derechos fundamentales
 - Libertad de expresión, religiosa e ideológica
 - Intimidación, derecho a la propia imagen, apariencia física...



Nuevos tiempos y nuevos retos..

- Factores de cambio profundamente interrelacionados...
 - Caída del socialismo «real» y fortalecimiento del «neoliberalismo» casi como pensamiento único
 - Tercera revolución industrial (Rifkin)
 - Cambios en las fuentes de energía => del vapor y el carbón; al petróleo y la electricidad => ahora las energías verdes (problema de calentamiento global)
 - Cambios en las comunicaciones => internet y el mundo digitalizado (Castells) y globalizado
 - Cambios sociales
 - Envejecimiento de buena parte de la población, fundamentalmente en Europa y Asia
 - Multiculturalidad en sociedades abiertas
 - ¿Coyuntural? => Crisis económica
 - Segmentación => el creciente fenómeno de los trabajadores pobres
 - ¿Crisis del Estado Social? => problemas de insolidaridad ya sea entre generaciones, pero también entre colectivos => en qué gastar partiendo de ¿gastar menos?

Campo especialmente rico, complejo en el que analizar qué papel y qué relación deben guardar los Derechos Humanos como instrumento de solidaridad



Algunos temas (I): ¿el renacer de la libertad de empresa?

- Redimensionamiento y progresiva supervaloración de la libertad de empresa
- Factores:
 - La «victoria» del mercado sobre la planificación y el retroceso de la intervención pública en el «mercado de las ideas»
 - La victoria en la «imagen»: la empresa como creadora (¿general?) de riqueza y la crítica a los factores que impiden su desarrollo
 - La victoria en la perspectiva de la evolución histórica: ¿los neo-liberales como «reformistas» y los pro-labor como «conservadores»?
 - La victoria sociológica:
 - la ampliación de la capa social (del trabajo al emprendimiento)
 - Divide y vencerás: insiders y outsiders y la focalización del «mal» lejos de la empresa y el sistema
 - Un factor específico: la Unión Europea y su «pecado original». ¿un «Estado liberal» –libertades originarias– sobre los derechos sociales (TJUE Viking, Laval, Ruffert...)
 - Incentivado por la crisis económica
- Sentencia Tribunal Constitucional Español 119/2014, de 16 de julio de 2014
 - Reafirmación de la libertad de empresa en relación con otros derechos sociales como el derecho al trabajo (contrato de apoyo al emprendedor) y la reforma de la Negociación Colectiva
- ¿Ha perdido o minorado su tradicional carácter tuitivo el Derecho Social? => ¿es ahora, sobre todo, un instrumento de política económica?



Algunos temas (II): la diversidad y su tratamiento

- Más allá de los actuales problemas de fronteras (o de muros...)
- Un mundo cada vez más pequeño –Aldea global de McLuhan- conduce a sociedades cada vez más diversas en lo cultural, en lo étnico y en lo religioso
 - Frente al tradicional cristianismo europeo (descanso «dominical»), la inmigración de primera y segunda generación incorpora diversidad
 - Cómo abordarlo: prohibición de discriminación e intento de razonable acomodación
 - Problemas de laicidad: empresas beligerantemente «neutras»
 - Y ello no solo en lo público: STEDH de 15 de febrero de 2001, Dahlab /Suiza, app. n° 42393/98, CEDH 2001-V
 - También en lo privado (mayor número de consumidores): Cour de cassation Arrêt n° 612 du 25 juin 2014 de l'Assemblée plénière que, por ahora, parece haber puesto fin al conocido caso Baby-Loup
 - Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Sección 4.ª), de 15 enero de 2013, asunto Eweida y otros contra Reino Unido
 - Problema del uso del velo => TJUE:
 - Achbita Asunto C-157/15
 - Bougnaoui y ADDH Asunto C-188/15
 - Basta leer las enfrentadas opiniones de las Abogados Generales ;
 - Kokott –primer caso, <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0157&lang1=es&type=TXT&ancre=>
 - Sharpston –segundo caso <http://curia.europa.eu/juris/celex.jsf?celex=62015CC0188&lang1=es&type=TXT&ancre=> -



Algunos temas (III): TIC y derechos fundamentales

- Nuevas formas de discriminación =>
 - Discriminación genética (¿Gáttaca?)=> GINA y Convenio de Bioética de Oviedo 1997 => Art. 21 de la Carta de los derechos fundamentales de la UE
- Mayores posibilidades de control
 - Ordenadores y correos electrónicos => un paso adelante y otro atrás
 - SSTS 28 de junio de 2006 (RJ 2006, 8452) y 26 de septiembre de 2007 (RJ 2007\7514), 8 de marzo de 2011 (RJ 2011\932), siguiendo la senda de la SSTEDH de 3 de abril de 2007 (caso Copland c. Reino Unido,), 25 de junio de 1997 caso Halford c. Reino Unido, § 45 (TEDH 1997/37); STEDH de 12 de enero de 2016 (asunto Barbulescu),
 - En ausencia de prohibición –posible- admisible el uso privado inocuo que impediría en principio la intromisión del empleador
 - STS de 6 octubre 2011 (RJ\2011\7699), considerando intrascendente que no se informase a los trabajadores de que iba a existir un control, ni de los medios que se utilizarían cuando sí se informó de la existencia de dicha prohibición.
 - STC 241/2012, de 17 de diciembre de 2012 (BOE núm. 19 de 22 de enero de 2013) va a admitir este control empresarial sobre unos ficheros informáticos de un programa de mensajería al considerar que la utilización de un ordenador de uso común sin clave no podía generar una expectativa razonable de confidencialidad ni podía alegarse la lesión del derecho al secreto de las comunicaciones al no ser este un canal cerrado. Y más tarde la
 - STC 170/2013, de 7 de octubre de 2013 (BOE núm. 267 de 7 de noviembre de 2013) consideró incluso que la simple prohibición del uso extralaboral del correo electrónico establecida a través de un convenio colectivo supraempresarial, llevaría implícita sin más la facultad empresarial de controlar su utilización sin violación ni del secreto de las comunicaciones ni del derecho a la intimidad.
 - Videovigilancia => un paso adelante y otro atrás
 - SSTC 186/2000, de 10 de julio y 98/2000, de 10 de abril => test de proporcionalidad => idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto
 - STC 29/2013 de 11 de febrero de 2013 => información revia y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida.
 - STC 39/2016, de 3 de marzo de 2016 => bastaría el distintivo y el anuncio público de dicho control
 - En cambio no existe jurisprudencia al más alto nivel sobre
 - control biométrico (véase, por todos, el Informe AEPD 0324/2009)
 - por geolocalización (véase, a nivel europeo, el Dictamen 13/2011 sobre los servicios de geolocalización en los dispositivos móviles inteligentes, adoptado el 16 de mayo de 2011 por el Grupo de trabajo sobre protección de datos establecido por el artículo 29



Algunos temas (III): TIC y gig economy (Uber)

- Aquel conjunto de empresas que utilizan determinadas aplicaciones en la red para intermediar, a través de llamamientos o convocatorias, entre demandantes de servicios, normalmente de escasa duración –de ahí la denominación (bolo, actuación) - y un amplio universo de posibles oferentes en muchas ocasiones inscritos o acreditados previamente.
- Abarcaría:
 - *Crowdwork* => empresas que ofrecen e intermedian servicios articulados en el marco de plataformas on-line que permiten su desarrollo en cualquier parte del mundo como etiquetado de fotos, comprobaciones de corrección de sitios y textos, u otros similares
 - “*Work-on-demand via apps*” o “*crowdsourcing offline*” => desarrollo de actividades tradicionales como la limpieza o el transporte que son canalizados por firmas y aplicaciones hacia un universo, en principio indeterminado pero necesariamente amplio de posibles oferentes, que pueden aceptarlo o no, y que tampoco tienen carga de trabajo garantizada, si bien en muchos casos la empresa/aplicación intervendría para seleccionar tales oferentes y ofrecer un mínimo de “excelencia”, excluyendo por ejemplo de la aplicación a aquellos que no superen el control de calidad que ahora desarrolla el usuario final mediante su valoración
 - [Uberpop](#) en el campo del transporte de pasajeros (o [Lyft](#) si se prefiere el “buenrollismo” menos “estirado”)
 - [Myfixpert](#) en el de las reparaciones;
 - [Sandeman](#) en los servicios de guías turísticos;
 - [FlyCleaners](#) en los lavandería,
 - [EatWith](#) en restauración o
 - [Helpling](#) en la ayuda doméstica (un ejemplo en España [wayook](#) otro [Clintu](#))



Difícil tratamiento...

- Punto de partida
 - No hay una regulación legal específica y la existente no estaba pensada para este nuevo “capitalismo distribuido” y de “empresas en la nube”
 - Enorme diversidad de tipos de prestación (¿modelos de negocio?) y de contenidos de las relaciones jurídicas entre las tres partes y, en especial, entre la app y los prestadores => dificulta tratamiento homogéneo => intento de catalogación
- Primer supuesto: cuando estas aplicaciones se limitan realmente a permitir el contacto de clientes con un auténtico universo de autónomos –*human cloud*- o de empresas que, con sus propios medios materiales y con plena y absoluta autonomía organizativa, desarrollan estos servicios,
 - celebración de eventos gastronómicos que yo he preparado con mis propios medios [EatWith](#);
 - reparación con mis propios medios materiales de elementos informáticos [Myfixpert](#) o de reformas -[3presupuestos](#)-, o, de forma más amplia reparaciones de hogar, mudanzas y portes, recogidas de muebles ([etece.es](#) –cuidado también ofrece servicios personales mucho, mucho más dudosos, como limpieza),
 - Nada cabría objetar, al menos desde la perspectiva jurídico-social española => La ausencia, seguramente real, de las notas de laboralidad en estas relaciones, normalmente de muy escasa duración, desarrolladas con sus propios medios y con absoluta autonomía impediría considerar no ya solo a estos prestadores como asalariados de la app, sino también cualquier intento de asimilación con las agencias de empleo y, por tanto, cualquier intento de aplicar su actual régimen regulatorio.
 - Solo cabría aquí reiterar cuestiones ya tradicionales –pero prototípicas de este tipo de prestaciones-:
 - las dificultades generadas en la protección social por la imposibilidad de inscripción en el RETA de trabajadores autónomos a tiempo parcial;
 - las dudas sobre la propia delimitación del campo de aplicación de dicho Régimen en relación con trabajos que comienzan como esporádicos, pero que pueden alcanzar una cierta cuantía, cercana en ocasiones al Salario Mínimo Interprofesional;
 - o, por mencionar una tercera cuestión, la aplicación del principio de territorialidad en prestaciones que en muchas ocasiones se deslocalizan geográficamente fuera del territorio nacional.
 - Sin olvidar plantear si no sería incluso conveniente que los SPE españoles empezaran igualmente a ofertar como simples intermediarios estas posibilidades de empleo realmente autónomo.



Mucho más discutibles las aplicaciones servicios básicamente personales

- [Helpling](#), [Wayook](#), [Clintu](#) en la ayuda doméstica; [Uberpop](#) o [Lyft](#) (transporte) como ejemplos...
 - Prestaciones esencialmente unipersonales y con una escasa –o en ocasiones nula- organización productiva, que fuera de la nube se prestan en ocasiones como trabajo subordinado
 - Y que, sin embargo, aquí se ofrecen utilizando, al menos formalmente –y así se insiste en cláusulas de acuerdos (DE STEFANO, 2016)-, a teóricos autónomos ya que...
 - pueden aceptar o no las ofertas lanzadas en convocatoria y, además, deciden autónomamente el tiempo que ponen a disposición de la misma, si bien
 - Lo llamativo es que habitualmente el servicio se presta con características distintivas de la marca (TODOLI SIGNES, 2015) -camisetas, bigotes en el coche- de acuerdo al “libro o Manual de estilo”, por personas seleccionadas o acreditadas.
- En ocasiones, se han intentado dar reglas generales => Comunicación “Una Agenda Europea para la economía colaborativa” => concepto de trabajador Derecho Unión: marginalidad y subordinación
- Diversidad antes mencionada hace necesario un análisis caso por caso
 - Piénsese, en [Workaway](#) y su singular intercambio de “voluntariado” por alojamiento y comida 😊



El caso Uberpop: supuesto de hecho

- Plataforma ofrecida gratuitamente que permite solicitar un viaje al conductor más cercano inscrito previamente en esta plataforma y propietario del vehículo utilizado para el transporte.
- Los conductores, con tres años al menos de antigüedad en el carnet, deben haber solicitado su incorporación a la plataforma y superar un proceso que abarca tanto aspectos administrativos –licencia y seguro-, como relacionados con el vehículo, aunque también –al menos según algunos autores- podría extenderse a conocimientos geográficos e incluso a una entrevista personal con un empleado “interno”. No se puede sustituir por un tercero...
- Por su parte, el conductor puede elegir cuándo presta o no servicios y qué servicios acepta, aunque una vez aceptados debe realizarlos.
- No obstante, la empresa “espera” que los conductores inscritos acepten todos los viajes que se les “oferten”, ya que así aparece reflejado en el Manual del conductor de Uber. Y de hecho, la empresa puede llegar incluso a excluirlos o “desactivarlos” de la plataforma si se rechazan muchos de estos “encargos”, del mismo modo que el conductor también podría ser excluido si no estuviese “disponible” durante un periodo prolongado de tiempo (180 días). También se “fomentan” zonas y horarios de trabajo (vía email..) y se impide la posterior contratación directa del conductor por el usuario al margen de Uber
- Además, es importante resaltar que si bien como meras sugerencias, el mencionado “Manual” “invita” al conductor a vestir de forma profesional, a que abra la puerta de su cliente, a que se tenga un paraguas disponible o a que no tengan encendida la radio o, todo lo más, a que se sintonice música suave de Jazz –una de las principales diferencias con Lyft-.
- Por su parte, el coste del viaje viene marcado por Uber que obtiene entre un 10 y un 20% de cada transacción, si bien el conductor debe pagar los gastos ocasionados y los posibles riesgos de un accidente. No se admiten propinas...
- Finalmente, Uber no controla directamente la prestación de sus servicios, pero sí permite valoraciones por parte de sus clientes lo que no solo abre la posibilidad de discriminaciones encubiertas de ciertos oferentes, sino que, en esencia,
- convierte las aparentes sugerencias del Manual en verdaderas reglas en la medida en la que el incumplimiento de las mismas puede conducir a valoraciones negativas por parte de los clientes que excluyan material o incluso formalmente a dicho oferente de la actividad y de la propia aplicación (por debajo del 4,6)
- En 2015 Uber tendría según el New York Times 160.000 efectivos de los que solo 4000 serían empleados



El caso Uberpop: la experiencia norteamericana

- Al menos en principio parece orientarse hacia la laboralidad de este tipo de relación
 - [Labor Commissioner of the State of California -Berwick v. Uber Technologies, Inc., 3 June 2015-](#)
 - [Bureau of Labor and Industries of the State of Oregon en su decisión de 14 de octubre de 2015 \(](#)
 - [California Unemployment Insurance Appeals Board en su decisión de 1 de junio de 2015 \(Case No, 5371509 – Reopened\)](#)
 - y del United States District Court, Northern District of California
 - *Cotter et al. v. Lyft Inc., Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015;*
 - [O'Connor et al. v. Uber Technologies, Inc., et al., Order Denying Cross-Motion for Summary Judgement, 11 March 2015-](#)
- No obstante, los indicadores americanos –extraídos en muchas ocasiones del caso Borello- no deben ser la clave, al menos a mi juicio, para la resolución de este problema en España



En España...

- La paralización del servicio ha retrasado el tratamiento de esta cuestión
- La inicial posición administrativa parece inclinarse por la laboralidad de este tipo de prestaciones
 - Inspecció de Treball de Catalunya de 9 de marzo de 2015 derivado de actuaciones realizadas a la empresa Uber Systems Spain, S.L. (núm. expediente 8/0025767/14)
- Nuestra posición => aparente laboralidad
- La teórica aportación de medios materiales y de los gastos ligados al mismo, no es trascendente cuando estos no son realmente significativos, importantes y/o fundamentales en la concreta realidad socioeconómica ni le dotan de una auténtica estructura empresarial
- El derecho a aceptar o no las ofertas es en ocasiones más formal que real (informe de la Inspección de Trabajo)
 - Uber se reserva el derecho a desactivar al conductor si no trabaja en al menos 180 días
 - Existe un sistema de incentivos en atención a la realización de una conexión semanal mínima
 - Y finalmente Uber “espera” que sus conductores acepten todos los viajes, admitiéndose incluso la posibilidad de “desactivar” al conductor que rechace demasiados viajes.
 - Además, se trata de un elemento al que debería prestarse una menor atención en el marco de plataformas basadas en economía de escalas y situaciones de desempleo estructural que hacen innecesaria para las empresas este mínimo garantizado de prestación de servicios de sus “partners”
- En realidad, en este tipo de empresas “en la nube” los verdaderos medios de producción, lo fundamental y a lo que sigue lo accesorio, lo que permiten el control del negocio son los elementos tecnológicos;
 - es la inversión en tecnología -que crea la plataforma virtual- la parte realmente costosa y fundamental, sobre todo si la comparamos con los instrumentos aportados por los conductores que a estos efectos resultan insignificantes en la dinámica, en la gestión y en el control organizativo de la actividad (TODOLI SIGNES, 2015).
 - En este tipo de empresas en la nube, propias de la Tercera Revolución Industrial, los elementos organizativos básicos han dejado de ser los concretos medios físicos de producción, que se han generalizado y universalizado, perdiendo por tanto su rasgo de clásica barrera de entrada al sector.
 - Por todo ello, el elemento clave ahora son las aplicaciones o webs que permiten este tipo de negocios globales, asentados sobre economías de escala y que distan mucho de ser simples empresas de servicios tecnológicos para convertirse en auténticas prestadora de servicios –poder de organización- en este caso de transportes.



Elementos fundamentales...

- La presencia de un auténtico poder de dirección y de control => La prevalencia de la plataforma como elemento clave del control de la organización permite su ejercicio, clave en la propia visualización de la marca (Uber) y del producto, así como sus señas de identidad
 - No contratamos a cualquiera... contratamos “un Uber” –identificación de marca-.
 - Es cierto que en estos casos dicho poder de dirección se realiza bajo nuevos mecanismos, como Manuales del conductor, recomendaciones realizadas por correos electrónicos o mediante sistemas de incentivos aparentemente no vinculantes.
 - Pero en realidad, su conexión con la valoración del cliente, y la consiguiente posibilidad de “desactivación” en caso de incumplimiento permiten esta heterodeterminación de aspectos clave de la prestación como son la vestimenta, apariencia y aseo, la creación de ambiente (música), la forma de recepción o incluso forma de atención durante el viaje al cliente,
 - Señalándose incluso las zonas preferentes donde se “espera” que preste servicios y una exclusividad no ya tanto con otras plataformas sino con los clientes con los que no puede acordar servicios posteriores fuera de la Uberpop (indicios de laboralidad)
- Y algo similar, obviamente, cabría sostener en relación con el poder de control
 - Es cierto que hay un desplazamiento formal del mismo a los clientes o usuarios ciertamente que permite un ahorro y una simplificación en la gestión características de este tipo de empresas.
 - Pero desde luego lo que no impide es su presencia, aún mediata, y su utilización con posibles consecuencias –poder disciplinario- sobre la dinámica e incluso subsistencia –“desactivación”- de una relación compleja que, por tanto,
- Si a todo ello unimos el aparente carácter personalísimo que cabe deducir
 - del proceso de selección
 - y de que el partner no pueda utilizar a un tercero para desarrollar estos servicios
- su absoluta ajenidad frente al mercado y a las condiciones de contratación con el público
 - Además la retribución no se recibe directamente del cliente, sino de la aplicación (indicio de laboralidad)
- Podemos llegar a la conclusión que –si llega a superar las trabas administrativas actualmente planteadas- la naturaleza de la relación sería seguramente laboral, siendo intrascendente la calificación que impropia mente le hayan dado las partes, cuando esta se contradice con el contenido obligacional deducido del contrato



¿Qué regulación?

- Nuevamente necesario detenernos en el análisis de cada caso
 - En ciertas ocasiones, estas apps parecen funcionar ya sea como auténticas agencias de colocación -cuando se limitan a intermediar para una prestación materialmente prolongada, retribuida y por cuenta ajena del sujeto para un tercero-
 - O incluso como hipotéticas ETT ya que dando formación y modelo de negocio ceden estos asalariados al poder de dirección de un tercero
 - Sin olvidar, como en otros supuestos, cuando la organización es de la app (identificación de marca) podríamos estar simple y llanamente ante una empresa de prestación de servicios que estipula puntuales contratos mercantiles o civiles, pero no laborales con terceros
- ¿Una regulación especial?
 - Es cierto que estas nuevas formas de negocio presentan algunas ventajas => amplían las oportunidades de trabajo para muchos colectivos, dotándoles de una cierta libertad horaria y de elección de la cantidad de trabajo, sobre todo cuando, como ocurre en no pocos casos, esta actividad se compagina con otro trabajo en la economía tradicional.
 - Pero a cambio, y esto es lo importante,
 - O bien intentan eludir las normas de ordenación de ciertas actividades económicas ligadas al mercado de trabajo -agencias de colocación o ETT-
 - O , en el tercer supuesto, descargan –seguramente de manera hoy ilegal- a estas empresas de costes tradicionales, materiales y procedimentales, tanto fiscales como de Seguridad Social, dotándolas de un nivel de flexibilidad –así como de mercantilización o commodification- en el uso del factor trabajo ciertamente desconocido, al menos en los países en los que no conocíamos el contrato cero horas
 - Ello puede suponer una competencia desleal a las empresas que prestan estos mismos servicios en la economía tradicional
 - Y un incremento en el ya intenso proceso de progresiva precarización, atipicidad y “casualization” del trabajo (DE STEFANO, 2016).
- Quizás sea extremadamente peligroso sostener la conveniencia de reconocer estas “peculiaridades” de este modelo de negocio a través de una hipotética relación laboral especial. Y ello
 - no solo por el impacto sobre sistemas tradicionales que podrían verse desplazados
 - Sino también por el impacto real sobre las condiciones de trabajo de estos empleados –y de los que se verían excluidos de los sectores formales que desaparecerían- y que incidirían en una progresiva precarización o casualización del “trabajo” a mi juicio no deseable



Muchas gracias

Disponible en:

