

AMEZÚA AMEZÚA, LUIS CARLOS. “El trabajo decente: un reto de la dignidad en la economía de plataformas”. En Beloso Martín, N. (Directora), *Sociedad plural y nuevos retos del derecho*, Cizur Menor: Aranzadi, 2021, pp. 285-324.

ISBN: 978-84-1308-227-1

NURIA BELLOSO MARTÍN

Directora

RAFAEL MARIO IORIO FILHO
ADRIANO MOURA DA FONSECA PINTO

Coordinadores

SOCIEDAD PLURAL Y NUEVOS RETOS DEL DERECHO

Prólogo

IGNACIO ARA PINILLA

THOMSON REUTERS

ARANZADI

7

EL TRABAJO DECENTE: UN RETO DE LA DIGNIDAD EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS 285

LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA

I. Introducción	285
II. Casos de conciencia premodernos	287
1. <i>El Dictamen brigantino</i>	<i>287</i>
A. Las cláusulas discutidas	288
B. La venta de la necesidad	290
C. Pacto de esperanza	292
2. <i>Una economía moral</i>	<i>293</i>
III. Precusores del realismo socio-jurídico	294
1. <i>La era Lochner</i>	<i>295</i>
A. <i>El caso de las panaderías: Lochner v. New York (1905)</i>	<i>296</i>
B. El disenso de Holmes	298
C. Sindicatos y comercio: El caso Adair	300
2. <i>Deferencia al legislador y apertura social</i>	<i>303</i>
IV. Los repartidores de las plataformas	304
1. <i>Falsos autónomos</i>	<i>306</i>
A. Ajenidad y dependencia	308
B. Tecnología de control	311
2. <i>Las ambigüedades de la libertad</i>	<i>314</i>
V. Conclusiones	318
VI. Bibliografía	321

EL TRABAJO DECENTE: UN RETO DE LA DIGNIDAD EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

LUIS CARLOS AMEZÚA AMEZÚA
Universidad de Valladolid

I.- INTRODUCCIÓN

Las dinámicas de la nueva economía aparecen como estructuras flexibles para someter al trabajo atomizado. Las relaciones de trabajo en la actualidad son variables y atípicas, facilitan la comunicación directa entre consumidores y prestadores de servicios, pero no sirven a la libertad personal, a pesar de que son aceptadas por la ciudadanía y elogiadas por las empresas globales como la manifestación más perfecta de la innovación y de la autonomía individual.

Esta manera de etiquetar a las recentísimas modalidades laborales que se multiplican en el entorno de las plataformas digitales, en realidad encubre la clásica relación de sometimiento de los débiles a los poderosos. Se califica como libertad a la aceptación voluntaria de una situación de necesidad. Al respecto, nada hay de liberación de la necesidad en estas modalidades tan generosamente aceptadas por los usuarios porque facilitan y abaratan la compra de servicios a costa de los derechos de los trabajadores. El encubrimiento de la precariedad y del sometimiento seguirá realizándose con éxito mientras prevalezcan estas prácticas bajo el paraguas de las denominaciones encubridoras de “economía social”, “economía colaborativa” o participativa, “economía bajo demanda”. Los abusos de la libertad se ven claramente en estas relaciones novedosas porque aprovechan los adelantos tecnológicos o las plataformas digitales, que desplazan todos los riesgos a los trabajadores como ya sucedía desde antiguo.

[p.286] Bastará con seleccionar tres momentos evolutivos para mostrar el elemento permanente de dominación que anula la autonomía personal hasta el punto de degradar la dignidad de la persona. Ni novedad ni libertad hay en estas nueva economía y

relaciones de trabajo innovadoras, como tampoco las había en el pasado. Se vende la necesidad como si el consentimiento limpiara el vicio original, porque quien acepta prestar sus tareas en esas condiciones consiente a falta de una alternativa mejor.

Comprobaremos estas inercias del pasado que perviven en estos momentos, hoy considerados disruptivos en el ámbito social y en los demás sectores de la economía afectados por transformaciones tecnológicas. En primer lugar, este conflicto entre la libertad y la necesidad se encuentra en relaciones de servicios pre-modernas, desempeñadas en casas señoriales. Dejemos la soberbia del progreso, esa vana presunción de haber superado un pasado que consideramos enojoso, pues los abusos han continuado medio siglo después y los abusadores siguen entre nosotros, pero tienen incluso menos escrúpulos de conciencia o ninguno más de los que mostraban incipientes empresarios o los “grandes” hace quinientos años. Un segundo momento nos lleva a los EEUU en pleno apogeo de la revolución industrial. La misma tensión se percibió en el contexto norteamericano cuando la Corte Suprema tuvo que pronunciarse sobre las supuestas extralimitaciones de los estados cuando intentaban introducir leyes sociales protectoras frente a la omnímoda libertad contractual que dejaba solo al individuo ante las empresas. Y en tercer lugar, la actual revolución digital que ha originado un auge extraordinario del trabajo bajo demanda. La situación actual de desamparo de las personas infra-empleadas se camufla con promesas de eficacia y flexibilidad, todo ello en aras de la realización inmediata de los deseos de los consumidores y la supuesta autonomía personal de los proveedores de servicios que consienten en satisfacer aquellas apetencias.

Esta burla de la dignidad que ha acabado con la ciudadanía social está empezando a ser entendida poco a poco y ya contamos con bastantes sentencias que reconocen el carácter lucrativo de la organización que facilita la tecnología digital avasalladora, sin dejarse embaucar por la publicidad amigable. Los tribunales prueban que los colaboradores de las compañías digitales son en verdad empleados de ellas, que existe una relación laboral especial, aunque las plataformas de conexión aleguen que simplemente median entre los usuarios y los trabajadores autónomos. Sin embargo, el amparo pretoriano apenas logrará domeñar a las poderosas compañías globales que tienen ineludiblemente que ser refrenadas con la intervención internacional de los

Estados, únicas organizaciones eficaces si actúan con unidad y rapidez frente a los poderes salvajes.

II.- CASOS DE CONCIENCIA PREMODERNOS

[p.287] El auge de la actividad comercial en la temprana modernidad hizo crecer una mentalidad lucrativa hasta entonces desconocida pues chocaba con el ideario cristiano medieval de valorar la pobreza como clave del amor de Cristo y cuestionar el peligro para la salvación del alma que conllevaba dedicarse a actividades que alejasen a los hombres del cuidado espiritual. No hay rechazo al comercio en cuanto tal, sino en la medida en que esa actividad dedicada a la obtención de beneficios temporales aumentaba el peligro de abandonar el verdadero fin de los seres humanos, desentenderse del cuidado espiritual y la salvación del alma. Los espíritus inquietos perciben la colisión entre la economía y la religión, pues a más posesión de bienes materiales y riquezas, más distancia del ascetismo y desapego de lo terrenal que predicaban desde antiguo los padres de la Iglesia. Por eso hay un desarrollo de la teología práctica que se preocupa por la moralidad de los contratos, el ejercicio de virtudes como la liberalidad, el amor al prójimo y la práctica de la misericordia con los necesitados¹. La experiencia jurídica confluye con reflexiones morales acerca de la usura o sobre el precio justo y los señores promueven muchas consultas a los confesores sobre el comportamiento debido en las transacciones comerciales y la justicia de precios o jornales².

II.1.- El Dictamen brigantino

No es raro un pronunciamiento que he dado en llamar el Dictamen brigantino, uno más entre otros muchos si no fuera por lo excepcional de las personas involucradas, el jurisprudente que lo emitió y los sujetos afectados³. El dictamen de la duquesa Catalina de Braganza fue emitido en fecha desconocida, pero en todo caso entre finales del siglo XVI y la primera década del siguiente. Fue solicitado a un teólogo de enorme prestigio

¹ DECOCK, W., "From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship", *Rechtsgeschichte*, vol. 18, 2011, págs. 12-34; Id., "La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)", *Derecho PUCP*, Núm. 73, 2014, págs. 513-533.

² SOSA MAYOR, I., *El noble atribulado. Nobleza y teología moral en la Castilla moderna (1550-1650)*, Marcial Pons, Madrid, 2018.

³ AMEZÚA AMEZÚA, L. C., "Dictamen de F. Suárez sobre los servidores de la Casa Brigantina", en M. ELÓSEGUI y F. GALINDO (coord.), *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, 2008, págs. 57-75.

internacional por aquellos familiares más perjudicados por las pretensiones del jefe de la casa noble de deshacerse de la mayoría de ellos, echarlos de la casa o, por mejor decir, de quitarse gastos de salarios y manutención. Se [p.288] trata del jesuita Francisco Suárez, que había desempeñado su carrera académica en la Universidad de Coimbra, tras haber enseñado en Alcalá y Roma, propuesto con insistencia para el cargo por el rey Felipe II. Este dictamen respondió a las quejas de los servidores de esta familia principesca, la más encumbrada de Portugal y que diera nacimiento a gobernantes y reyes del país; en concreto, la Duquesa Catalina será abuela del futuro rey Juan IV de Portugal, quien tuvo una hija homónima que llegó a ser reina consorte de Inglaterra por su matrimonio con el rey Carlos II.

Seguiremos el curso de este dictamen, representativo del tipo de preocupaciones que acuciaban a las clases dirigentes para conciliar la eficiencia económica, el mantenimiento del estatus y la tranquilidad de su conciencia. Al paso nos mostrará el cambio de la actitud en esta etapa de transición entre una sociedad estamental y el advenimiento de la modernidad acerca del predominio de relaciones de servicios basadas en la confianza en el ámbito de las casas nobiliarias, mucho antes de que se afiancen otras relaciones en que la dependencia y la ajenidad afecten a sujetos en verdad autónomos. Como veremos, tanto entonces como ahora encontraremos limitaciones arbitrarias de la libertad personal, en el sentido de limitaciones no justificadas, bajo la apariencia de la aceptación consentida de esos límites o constricciones en ejercicio individual del propio dominio sobre nuestras acciones. Siervos estipendiarios o jornaleros alquilados padecen inconvenientes muy parecidos a los que posteriormente acuciarán a empleados industriales y, creo que en algún aspecto relevante, más cercanos a los precarios que ofrecen servicios esporádicamente, aun a su pesar, en este primer tercio del siglo XXI.

A. Las cláusulas discutidas

La Duquesa Catalina proponía a los servidores aceptar unas cláusulas contractuales cada vez más frecuentes por entonces, pues encontramos peticiones similares en otras consultas, aunque hoy parezcan verdaderamente sorprendentes. En la época, ese tipo de relaciones de servicios está más próximo al ámbito familiar que al contractual o estrictamente patrimonial, pues el empleado ingresa como miembro de la

familia, entendida ésta en sentido extenso clientelar, siendo por ello relevante la larga duración de la relación o su carácter vitalicio y obviamente la confiabilidad que presupone.

La consulta comenzaba analizando la declaración de la Duquesa al ecónomo de su hijo Alejandro, por la cual mandaba que todo el personal a su servicio que pudiese estudiar en la universidad conimbricense lo hiciera, sin percibir ninguna otra remuneración añadida por sus tareas. Era una condición contractual válida, aunque algunos de los servidores no la [p.289] conocieran cuando fueron admitidos de pequeños en la familia ducal y ni siquiera la recordasen sus padres. Ahora bien, el teólogo aclara que esa condición será justa en tanto se conceda a los que quieran estudiar todo el tiempo suficiente para acabar los cursos y que, de ser ocupados por su señor en otras actividades, tengan que ser compensados de algún modo con más tiempo y sustentados a cargo de aquél.

La fijación de las contraprestaciones recíprocas tiene aquí un mayor margen de indeterminación que en otros contratos de obra o de servicios temporalmente determinados. Se entiende, por consiguiente, que dictamine que los sirvientes deben ser remunerados por la cualidad de su oficio y las tareas encomendadas, ponderando también las cualidades familiares y laborales según estimación prudencial. La estimación y el juicio de prudentes son los estándares habituales para ajustar el salario o, en otros ámbitos que consideraban moralistas y teólogos, como el agustino Juan Márquez, para declarar el valor y precio de las cosas según la común estimación de los ciudadanos.

El servicio se remunera por completo con el sustento competente, salvo que el empleado solamente haya enajenado una parte de sus acciones pues cobrará un salario proporcionado, que tiene que incluir siempre más sustento que el natural, pues éste se les debe como mínimo a los esclavos. Es “natural” el sustento necesario para conservar la vida, salud o fuerzas corporales, en tanto que la puesta a disposición de medios para atender además eficazmente la tarea que se encomienda forma parte del salario o remuneración “competente”, esto es, la adecuada o apropiada para el servicio de que se trate, como podía ser entonces la entrega de libreas o vestidos de una especial calidad o cantidades de dinero para organizar desplazamientos, viajes o recepciones.

Tiene que pagarse el sustento competente de su persona, a juicio de prudentes, lo cual depende también en gran medida de lo estipulado en el contrato⁴. A falta de estipulación expresa se entiende por sustentación la competente que, conforme a la cualidad de la persona y de su oficio, suele asignarse en casas similares. Esto mismo que afirmaba aquí Francisco Suárez lo sostenían otros grandes teólogos-juristas coetáneos, como fueron Martín de Azpilcueta o Luis de Molina: hay obligación de pagar según lo acordado o, en su defecto, según lo acostumbrado, pero si el precio quedó al albedrío del amo, habrá de ser tasado “a juicio de buen varón”⁵.

[p.290] No hay obligación jurídica de pagar más de lo ajustado por muy diligente que sea el trabajador y satisfactorias sus actuaciones. Otra cosa es que “por gratitud” debería recibir mayores gracias el servidor más antiguo y diligente. Hemos de tener en cuenta que el dictamen lleva a la práctica el modelo ético de las virtudes, un modelo de raigambre aristotélico-tomista según el cual cada contrato o cada acción humana pretende una finalidad para cuya realización hay que ejercer una virtud: la liberalidad en los contratos gratuitos, la justicia conmutativa en los de cambio y onerosos, la fidelidad en las promesas⁶. Lo que es de justicia es exigible en el foro contencioso, mientras que la virtud de gratitud en este caso impone deberes de conciencia que no están garantizados con acciones procesales, lo cual no deja de producir una obligación natural, tanto más fuerte cuando haya intervenido también una promesa de mejorarlo o en la hipótesis de que el empleado caiga en situación de grave necesidad; en estos casos la obligación de gratitud obligaría bajo “culpa mortal”, por ello impone fuertes deberes en conciencia que están reforzados en el foro penitencial.

B. La venta de la necesidad

La Casa de Braganza pretendió imponer otra condición muy restrictiva, a la que respondió Suárez en séptimo lugar. Era una cláusula particularmente asombrosa, a saber: “Hasta el sexto año te remuneraré el justiprecio de los servicios que me hubieras

⁴ En este punto el Dictamen brigantino aporta el Evangelio de Mateo (Mt 20, 13-14) que narra la parábola de los trabajadores de la viña: “Amigo, no te hago agravio; ¿no has convenido conmigo en un denario? Toma lo tuyo y vete”.

⁵ AMEZÚA AMEZÚA, L. C., “Dictamen de F. Suárez sobre los servidores de la Casa Brigantina”, *op. cit.*, pág. 62.

⁶ Vid. GORDLEY, J., *The Philosophical Origins of Modern Contract Doctrine*, Clarendon Press, Oxford, 1992, págs. 72 ss.

prestado, pero una vez transcurrido el sexto año incurrirás en la obligación de no esperar de mi ninguna remuneración durante el tiempo que en adelante me sirvieras”.

La cláusula es injusta sin dudar, el juicio del teólogo es muy severo porque toma en serio las razones de la libertad, que todavía vemos siglos después alegadas para amparar contratos leoninos que legalizan acuerdos tomados por sujetos vulnerables. Merece considerar los argumentos del dictamen, perfectamente actualizables. Esa cláusula aberrante es nula porque el trabajador que recibió salario durante seis años jamás recibió por su trabajo nada que excediese de lo que merecía por ello. Pero es que ni siquiera cabría admitir la validez de tan grave condición en la hipótesis de que el empleado o sirviente consintiera, porque no cabe entender en este caso que exista un acto libre. Dice literalmente Suárez:

“Alguno habrá que encuentre justificación diciendo que el siervo voluntariamente se obliga y que el señor (*dominus*) tiene derecho y libertad para ello, para obligarle bajo esta condición y no admitirlo de otra manera. Respondo: el siervo en este caso no se obliga [p.291] voluntariamente, sino que coactivamente se impone a sí mismo esta obligación por la necesidad que tiene de servir. Esta necesidad se la vende a él de alguna manera el señor, en cuanto que le hace estar obligado tan desigualmente. Tal es lo que sucede, por ejemplo, cuando alguien compra alguna cosa por precio injusto, que no da el exceso del precio voluntariamente, sino coaccionado por la necesidad que tiene de comprar; y esta necesidad se la ha vendido injustamente el vendedor, al pedirle un precio desigual. Por consiguiente, aunque el señor sea libre de aceptar o no al sirviente, si por fin quiere hacer un contrato con él, no puede poner una condición inicua. Del mismo modo que el vendedor es libre de vender o no vender, pero si decide vender no puede exigir un precio injusto”⁷.

Uno es libre para demandar trabajo, pero no lo es para imponer cualquier tipo de condiciones caprichosas que atenten contra deberes objetivos de justicia que tienen que ser reconocidos en la concreta relación. Algunos autores afirman que debe pagarle lo justo, aunque se hubieren concertado por menos⁸. Correlativamente, el oferente tampoco sería libre para exigir unas pretensiones desorbitadas, ni siquiera cuando estuviese en la situación de poder aprovecharse ventajosamente de la necesidad acuciante del empleador. Esto no es un planteamiento novedoso en la tradición

⁷ AMEZÚA AMEZÚA, L. C., “Dictamen de F. Suárez sobre los servidores de la Casa Brigantina”, *op. cit.*, pág. 63.

⁸ SOSA, I., *El noble atribulado*, *op. cit.*, págs. 201 y 405. Era el caso de Fray Antonio de Córdoba y el jesuita Benito Remigio Noydens, sabiendo que la relevancia del acuerdo choca con la justa estimación del servicio.

iusnaturalista, pero sí contradice la noción de acuerdo legítimo que podría considerarse aceptable bajo premisas utilitaristas o libertarias en la medida en que se admitiera cualquier clase de acuerdo con la única condición de que fuera consentido. De tal manera que el elemento justificador de la relación estaría únicamente basado en la autonomía de la voluntad sin ninguna incardinación finalista. Sería así posible el ejercicio desmesurado de la libertad por ambas partes que convinieran mutuamente en exigirse el cumplimiento de acuerdos y compromisos cuya realización perjudique notoriamente a una de ellas. Por ejemplo, afectando a la disponibilidad mayor o menor del tiempo que pueda dedicar el individuo a sus propios asuntos, la movilidad territorial, con quiénes pueda tratar o entablar amistad, elegir pareja o incluso cultivar el crecimiento de su dimensión espiritual. Más aún, podrían considerarse legítimas las restricciones autoimpuestas hasta llegar a comprometer toda la persona en su integridad, como si todos los derechos tuvieran valor de mercado⁹.

[p.292] Admitir sin cuestionar que un hombre libre pueda entregar a otro no solamente su fuerza de trabajo sino también toda su persona es tanto como reconocer el grado más alto de sujeción individual que tenemos que llamar esclavitud. Lo que interesa ahora destacar es que el dictamen de Francisco Suárez precisa que no hay consentimiento libre cuando el consentimiento esté prestado en situación de necesidad.

Pero no cualquier clase de necesidad anula la libertad. Es claro que incluye la extrema, que puede afectar a la vida y necesidad urgente, que no admite demora. En el caso concreto estudiado, el criado o empleado que acepte la condición de trabajar a cambio de nada (salvo el sustento mínimo, alimento y cobijo, que se deben a todos, también al esclavo, a quien no se debe nada más), podríamos considerar que lo hace voluntariamente siempre y cuando apreciemos ausencia de necesidad. ¿Cuándo está necesitado? Cuando corre peligro su vida. Pero en el caso dictaminado no corre peligro su vida, ya que tiene garantizado alimentos, vestido y cobijo, entendamos que en condiciones admisibles para la época. Por consiguiente, tenemos que interpretar que el

⁹ Una crítica del modelo estándar de la teoría del libre mercado, en MUNDÓ, J., "Autopropiedad, derechos y libertad (¿debería estar permitido que uno pudiera tratarse a sí mismo como a un esclavo?)", en M. J. BERTOMEU et al., *Republicanism y democracia*, Miño y Dávila, Buenos Aires, 2005, págs. 187-208.

rechazo de Suárez a la cláusula aberrante, lo que impele al autor a sostener con firmeza que “el señor vende la necesidad al sirviente”, está basado en otra situación distinta del peligro físico para la vida. Esa nueva situación consiste en la actuación del amo, dueño o señor que se prevale de la pretensión del criado de obtener algo que le gratifique o que él mismo perciba como adecuado a su propia dignidad personal. Es decir, la necesidad no se cubre solo manteniendo en vigor el organismo corporal, con alimentos y sustento, cuidando salud y flaquezas, sino que además de tener asegurados los recursos materiales mínimos para nutrirse, debe estar asegurada la dimensión espiritual de la persona. Y ello exige mantener la libertad que permite a cada hombre planear su vida, elegir sus amigos, compartir su tiempo, o cualquier otra acción humana que alguien pudiera decidir sin estar de raíz impedido para hacerlo. Sea cual sea la acción concreta, la libertad existe cuando los hombres conservan la capacidad efectiva de hacer proyectos personales con visos de ser realizables.

C. Pacto de esperanza

Era frecuente en la época que además de pactar un salario cierto, sobre todo si este era bajo, se añadiera otro pacto *ad spem* o pacto de servir *ad gratiam*, por el cual el empleado se conformase con la posibilidad de recibir alguna prebenda, cargos o mercedes cuando el príncipe o el noble [p.293] tuviera la oportunidad de beneficiarle. Normalmente el beneficio excedía del salario y el pacto era exigible judicialmente, en proporción al servicio y calidad de la persona, porque tal contrato es oneroso. Podían reputarse por compensación todas aquellas ventajas, oficios o cargos que recibieran los empleados directamente del Señor al que servían o por su mediación. Sin embargo, el dictamen rechaza como tales la mejora de estatus social obtenida por los empleados con ocasión de estar al servicio de tal príncipe. No supe el deber de pagar el trabajo equivalente amparándose en las ventajas reputacionales de servir a tan gran casa, cuya sola existencia facilita los contactos con gente poderosa para medrar en relaciones o favores.

II.2.- Una economía moral

Así como en aquella época la mejora de estatus se alcanzaba por un matrimonio ventajoso, siglos después tenemos que excluir también del concepto de pago justo el

beneficio curricular de trabajar casi gratis en empresas o universidades prestigiosas. En nada se diferencia en esto el pasado con propuestas actuales donde los trabajadores sirven gratis o incluso han pagado por trabajar; gente ansiosa por aprender y mejorar conocimientos o personas necesitadas de encontrar empleo, que desean trabajar en esos sitios de enorme prestigio, tal vez impostado, lugares donde suplen el salario adeudado con el supuesto beneficio que tiene el trabajador o el aprendiz, becarios precarizados, siempre en formación, por el simple hecho de ser admitidos al servicio de tan gran compañía, ya se trate de una multinacional innovadora, una institución académica, de investigación o del sector cultural, una corporación de abogados, o quizás unos laboratorios de cocina que pueden alimentar el conocimiento y la creatividad.

Este es un mundo extraño, plagado de mercadotecnia que hace difícil distinguir el trigo de la paja. Los abusos se han normalizado para todo tipo de tareas y más para los que Remedios Zafra ha descrito con acierto como trabajos gustosos¹⁰, realizados por gente talentosa con ánimo de comerse el mundo, cuya vocación y pasión por conocer y triunfar presupone que estará satisfecha por la mera oportunidad de estar ahí, disponibles, siempre aprendiendo, sin cobrar un sueldo decente ni con perspectiva de avanzar, acumulando certificados o *likes* por su desempeño.

[p.294] A diferencia de lo que nos pasa en nuestros días, en la modernidad temprana surgían muchas dudas morales sobre la corrección las modalidades contractuales y de las imaginativas cláusulas que los potentados introducían para atender los cuantiosos gastos, satisfacer a sus clientes, mantener el reparto de favores, pagar deudas atrasadas o mantener a sus empleados.

El ideario religioso católico fue construyendo una economía moral y la doctrina caló en la población. Es difícil valorar la efectividad de esos principios éticos en el comportamiento de los grupos dominantes, relevantes de algún modo, porque los señores tuvieron escrúpulos de conciencia como para verse impelidos a plantear sus dudas a los confesores y solicitar la opinión de expertos, según muestran los dictámenes que hemos conservado. Incluso alguna respuesta absuelve en conciencia al criado o

¹⁰ ZAFRA, R., *El entusiasmo. Precariedad y trabajo creativo en la era digital*, Anagrama, Barcelona, 2017.

servidor que, por su cuenta toma bienes de la hacienda del señor para compensar lo que éste le debía (compensación oculta)¹¹.

III.- PRECURSORES DEL REALISMO SOCIO-JURÍDICO

Otra cala en una etapa de transición nos obliga a seleccionar alguna de las sentencias más influyentes de la jurisprudencia estadounidense. El caso *Lochner* o caso de las panaderías (1905) es paradigmático de la reacción mayoritaria de los jueces supremos frente a los intentos políticos de construir legislativamente un modelo social de bienestar que protegiera a las clases populares y a los trabajadores. Los votos discrepantes, en concreto la argumentación del juez Holmes en sus *dissents*, anticipan valoraciones que triunfarán en la década siguiente y nos servirán de guía en este apartado. Representa una corriente de pensamiento jurídico afín al realismo sociológico jurídico que interpreta las normas en el sentido más cercano a la realidad social del tiempo en que hayan de aplicarse¹². La tarea correcta del jurista sobrepasa la aplicación mecánica de leyes y precedentes ampliando su mirada más allá de la tiranía de los conceptos abstractos y del formalismo que acusaba la tradición del método casuista, poniendo en relación derecho y experiencia.

De nuevo cambios económicos y sociales importantes en una etapa de explotación del capitalismo industrial que llevó al país al mayor crecimiento desde la guerra civil hasta el momento del crack. Los contrastes entre los magnates que hacen ostentación de su riqueza y la masa de trabajadores empobrecida desataron las tensiones. La acción política tardó [p.295] en lograr encauzar los desajustes que afectaban, sobre todo, a los grupos menos favorecidos, porque había una gran resistencia a modificar el estatus consolidado tanto por parte de legisladores como de miembros de la judicatura. En el fondo, era necesario cambiar la mentalidad para abandonar ideas atrofiadas que impedían hacerse cargo de los acontecimientos e interpretarlos adecuadamente. Las ideas liberales que suponían el lema del “*laissez faire, laissez passer*” cegaban las miras de aquella parte de las élites, académica o política que podían adoptar medidas sociales más intervencionistas, sin por ello anular la libertad de mercado y los derechos de propiedad. No deja de ser algo parecido a lo que

¹¹ SOSA, I., *El noble atribulado*, op. cit., págs. 208 y 237.

¹² TARELLO, G., *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano, 1962.

expuso Friedrich Hayek en *The Road to Serfdom* (1944), cuando equiparaba el comunismo tan pernicioso con cualquier otra acción mitigadora de las desigualdades, reprochando a la socialdemocracia los peores vicios que conocía por las experiencias totalitarias del socialismo, advirtiendo de la tiranía que resultará indefectiblemente del control gubernamental de la economía a través de la planificación.

III.1.- La era *Lochner*

Lochner fue una de las más controvertidas decisiones de la historia del Tribunal Supremo de los Estados Unidos, dando inicio a lo que suele conocerse como “la era *Lochner*”. Este periodo de la historia jurídica estadounidense abarca desde 1897 a 1937, lapso temporal durante el cual Corte Suprema adoptó reiteradamente la posición de invalidar las regulaciones económicas que aprobaban los cuerpos legislativos de los Estados con finalidad social, sobre la base de proteger la libertad económica y de contratación privada. Durante este periodo el Tribunal desempeñó un rol judicial muy activista, inclinado siempre en un sentido políticamente conservador. De ahí que esa actitud suscitara críticas desde muy temprano, tanto por las corrientes progresistas –a las que hoy en los EEUU se las califica como “liberales” y afines al partido Demócrata, por contraposición con las tesis conservadoras afines al partido Republicano–, como por académicos y juristas escrupulosos defensores de la separación de poderes¹³.

Es cierto que el Tribunal Supremo intervino decisivamente, condicionando en gran medida la fijación de las orientaciones políticas que tiene constitucionalmente atribuida la representación del pueblo elegida en las diversas legislaturas de los estados federados y, en último término, en el Congreso de la nación. La postura mayoritaria de los jueces supremos se inclinaba por una orientación interpretativista, según la cual la [p.296] Constitución tiene un sentido claro fijado por la voluntad original de los fundadores que deben respetar los jueces sin acudir a fuentes extranormativas. Esta posición, pretendidamente anti-activista, sin embargo produce un activismo de cuño reaccionario que es atacado desde posiciones ideológicas opuestas. El Tribunal utilizó la cláusula del debido proceso contenida en la Constitución para proteger la propiedad privada y la libertad de contratación, oponiéndose a lo que consideraba como injerencia política de

¹³ BERNSTEIN, D. E., “*Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 83, issue 5, 2005, págs. 1469-1527.

los poderes legislativos en el ámbito de la libertad económica garantizada constitucionalmente. De ahí el rechazo de más de un centenar de leyes laborales, declarando nulas aquellas que intentaban introducir un salario mínimo (*Adkins vs. Children's Hospital*, en 1923), limitar el trabajo infantil (*Hammer vs. Dagenhart*, en 1918), o regular entidades financieras en los sectores de banca, de seguros y de transporte¹⁴.

Esa actuación del Tribunal Supremo interfirió en la acción política al colisionar con los esfuerzos regulatorios del Congreso para responder a los efectos de la Gran Depresión y paralizó los programas de reactivación económica de lo que conocemos como el *New Deal*. Esta etapa se cierra en 1937, con la sentencia que reconoció la constitucionalidad de la legislación estatal sobre salario mínimo (*West Coast Hotel vs. Parrish*) y con otras decisiones que facilitan el pleno desarrollo de numerosos programas federales de obras públicas y reformas amplias promovidas durante la presidencia de Franklin D. Roosevelt.

A. El caso de las panaderías: *Lochner v. New York* (1905)

Los antecedentes del caso *Lochner* tienen soporte en la aprobación en 1896 del *Bakeshop Act* por el Estado de Nueva York, una ley sobre el trabajo en las panaderías, por la cual se prohibía trabajar durante más de diez horas diarias o sesenta por semana. Tres años después, el señor Joseph Lochner, que era un emigrante de origen bávaro, dueño de una empresa panadera en la ciudad de Utica, fue denunciado por el sindicato y multado varias veces por infringir esa ley. La primera condena en 1899 le impuso una sanción de 25 dólares por permitir a un empleado suyo hacer horas extras, supuestamente porque estaba aprendiendo a hacer pasteles. La segunda infracción, resuelta en 1901 por la Corte del Condado de [p.297] Oneida, aparejó la condena al pago de 50 dólares, o permanecer encarcelado. Los fallos anteriores fueron reiterados en las sucesivas apelaciones hasta concluir en el Tribunal de Apelaciones del Estado de Nueva

¹⁴ Aunque esta opinión extendida está siendo revisada porque la mayor parte de los casos resueltos en ese periodo llamado “lochneriano” estuvo animado explícitamente por lo que el profesor Howard Gillman califica como el “principio de neutralidad”, erigiendo el respeto al proceso debido para exigir que la legislación mantenga los criterios de igualdad y generalidad. Apenas una quincena de casos resueltos invalidó leyes por infringir la libertad de contrato. Vid. CUSHMAN, B., “Teaching the *Lochner* Era”, *Saint Louis University Law Journal*, vol. 62, Number 3, 2018, págs. 537-568.

York, a partir del cual quedaba expedito el recurso al Tribunal Supremo de los Estados Unidos.

Las alegaciones se presentaron en Febrero, y la decisión fue tomada en Abril de 1905, por una mayoría de cinco votos frente a cuatro¹⁵. Los fundamentos del recurso se basaron en el respeto al proceso debido, que estaba garantizado por la Quinta y la Decimocuarta Enmiendas a la Constitución. Según la XIV Enmienda: “Ningún Estado podrá dictar ni dar efecto a cualquier ley que limite los privilegios o inmunidades de los ciudadanos de los Estados Unidos; tampoco podrá Estado alguno privar a cualquier persona de la vida, la libertad o la propiedad sin el debido proceso legal; ni negar a cualquier persona que se encuentre dentro de sus límites jurisdiccionales la protección de las leyes, igual para todos”.

Con anterioridad, el Tribunal Supremo había establecido que la cláusula del *proceso debido* era más que una garantía procesal, también una “limitación sustantiva” sobre el tipo de control que el gobierno puede ejercer sobre los individuos. Esta interpretación controvertida, sin embargo permitió a la mayoría del Tribunal asumir los argumentos de la demandante que ampliaba el alcance del debido proceso sustantivo para abarcar en su contenido el derecho de libertad contractual. La libertad protegida por la XIV Enmienda incluía, por consiguiente, el derecho general a hacer un contrato relacionado con la ocupación profesional y el derecho a comprar o vender mano de obra, con excepción de aquellas materias que eran competencia de los Estados en el ejercicio legítimo de su *policy power*. El alcance de estas facultades políticas o “potestad de policía” que hubiera permitido aprobar leyes sociales, topaba con el muro del derecho de autonomía contractual.

Según el Tribunal, la libertad de contratación amparaba el derecho de adquirir o de vender el trabajo. La parte demandante no probó que ese trabajo dañase la salud de los empleados de tahonas, de modo que la mayoría de los jueces suscribió el argumento general que redactó el ponente de la sentencia, el juez Rufus Peckham, de que la salud no era motivo suficiente para interferir en la libertad de una persona o en el derecho de contratar fijando las horas de trabajo. Tampoco alegar un daño a la salud justificaba la

¹⁵ *Lochner v. New York*, 198 U.S. 45 (1905). Acceso: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/198/45/>

aprobación de una ley que limite el tiempo de trabajo como si fuera una ley sanitaria para salvaguardar la salud pública o la [p.298] salud de los individuos dedicados a esa ocupación. De ahí que la sección impugnada de la ley de trabajo del Estado de New York, que prohibía trabajar en las panaderías más de seis días por semana o diez horas al día, no constituye un ejercicio legítimo de la potestad de policía del Estado, sino una interferencia irrazonable, innecesaria y arbitraria con el derecho y libertad del individuo a contratar su trabajo. La ley entra en conflicto con la Constitución Federal y queda anulada por ésta.

El fallo anuló la sección de la ley que limitaba las horas de trabajo de los panaderos, considerando que los estados sobrepasaban sus competencias (*policy power*) invadiendo el derecho general amparado por la Constitución que reconoce a cada individuo su derecho a contratar en sus negocios. Los jueces Harlan, White, Day y Holmes discreparon. Los tres primeros suscribieron que la ley había sido promulgada con la finalidad de proteger el bienestar físico de los trabajadores de panaderías y establecimientos de repostería, argumento que no había aceptado la mayoría, pues ésta no tuvo en cuenta aquellos estudios científicos que describían enfermedades respiratorias y otros riesgos ocasionados por la permanencia junto a hornos durante tiempo prolongado. Por su parte, el juez Holmes manifestó su voto particular, redactándolo de tal manera que lo ha convertido en adalid del realismo sociológico y la ampliación de derechos sociales.

B. El disenso de Holmes

Merece nuestra atención considerar el voto disidente con amplitud¹⁶. En él discrepa con respecto de la opinión mayoritaria porque era consecuencia de utilizar ideas externas al derecho, que había sido penetrado por unas concepciones económicas sobre el mercado y el abstencionismo gubernamental. Tampoco la mayoría ha respetado su deber de imparcialidad en la función interpretativa del derecho, al decidir conforme a las opiniones subjetivas de los jueces, cuando las creencias y opiniones personales son ajenas al razonamiento judicial:

¹⁶ HOLMES, O. W., *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, Estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià, Iustel, Madrid, 2006, págs. 77-80.

“Lamento sinceramente no poder estar de acuerdo con la decisión de este caso y creo que es mi deber expresar mi disconformidad. Este caso se ha decidido en base a una teoría económica que una gran parte del país no comparte. Si lo que estuviera en cuestión fuese mi acuerdo con esta teoría desearía estudiarla más a fondo antes de formarme una opinión. Pero no entiendo que sea ese mi [p.299] deber, porque creo firmemente que mi acuerdo o desacuerdo nada tiene que ver con el derecho de una mayoría a plasmar sus opiniones en Derecho”¹⁷.

Y continúa mostrando la incongruencia del Tribunal, que se apartaba en esta ocasión del criterio sostenido en casos anteriores relacionados con leyes protectoras de bienes sociales que, sin embargo, se habían considerado válidas aunque restringían también la libertad contractual.

“Varias decisiones de este Tribunal han establecido que las constituciones y leyes de los Estados pueden regular la vida de muchas maneras que a nosotros como legisladores nos podrían parecer tan imprudente o, si se prefiere, tan tiránicas como ésta, y las cuales interfieren igual que ésta en la libertad de contratación. Las leyes dominicales y las leyes sobre la usura son ejemplos antiguos. Uno más moderno lo constituye la prohibición de las loterías. La libertad del ciudadano de hacer lo que le plazca en la medida en que no interfiera con la libertad de otros de hacer lo mismo, que ha sido un lema para algunos escritores bien conocidos, es alterada por las leyes escolares, por la Dirección General de Correos [*Post Office*], o por cualquier institución estatal o municipal que recaude su dinero para fines considerados deseables, tanto si a él le gusta como si no. La Decimocuarta Enmienda no concede validez jurídica a la *Social Statics* del señor Herbert Spencer. Hace poco confirmamos la validez de la ley de Massachusetts sobre las vacunas... Esta Corte conoce bien la existencia de leyes y sentencias estatales y federales que recortan la libertad de contratación en materia de acuerdos que obstruyen la competencia... Nuestra sentencia confirmando la validez de una ley que limita el trabajo de los mineros a ocho horas diarias es todavía reciente”¹⁸.

Después de recoger un muestrario de leyes protectoras de derechos sociales que imponen límites al carácter absoluto de la libertad contractual, como las normas que restringen actividades comerciales en días festivos y los demás ejemplos, además menciona el libro del famoso filósofo y sociólogo Herbert Spencer, *Estática Social* (1850), muy influyente en la época, que es clave en la literatura divulgadora del darwinismo social y que con posterioridad ha sido apreciado como precursor del anarcocapitalismo. Las leyes incorporan ideas que chocan con otras diferentes, así como los escritos de Spencer defendían el liberalismo económico y otros autores, en cambio,

¹⁷ *Ibidem*, pág. 78.

¹⁸ *Ibidem*, págs. 78-79.

divulgan el socialismo u otras ideas. Holmes en otras sentencias apoyó la libre difusión de ideas (*Abrams v. United States*, 1919), [p.300] aunque promoviesen el anarquismo o la dictadura del proletariado, sin embargo las ideas que tienen cabida en la Constitución son aquellas que deben amparar los jueces, no las ideas de los jueces. Ese es el núcleo de *Lochner* que viene a continuación:

“Algunas de estas leyes plasman convicciones o prejuicios que los jueces probablemente comparten. Puede que otras no. Pero no es el propósito de una constitución incorporar una teoría económica concreta, ya sea el paternalismo y la relación orgánica del ciudadano con el Estado o el *laissez faire*. Está hecha para personas con ideas fundamentalmente discrepantes, y el hecho accidental de que encontremos ciertas opiniones naturales y familiares o novedosas e incluso chocantes no debería decidir nuestro juicio sobre si las leyes que las expresan entran en conflicto con la Constitución de los Estados Unidos”¹⁹.

En síntesis, la mayoría ha interpretado el valor constitucional de la libertad en un sentido ideológico que corresponde a opiniones o ideas admisibles, pero que están al margen de las que deben tener en cuenta los jueces en el ejercicio de su tarea de interpretar y aplicar el derecho:

“Creo que la palabra “libertad”, tal como consta en la XIV Enmienda, es tergiversada cuando se toma para impedir las consecuencias naturales de una opinión dominante, a no ser que pueda afirmarse que una persona sensata y razonable necesariamente reconocería que la ley propuesta infringe principios fundamentales tal como han sido entendidos por las tradiciones de nuestro pueblo y de nuestro Derecho. No se requiere investigación alguna para demostrar que no puede pronunciarse tan radical condena contra la ley que nos ocupa. Una persona razonable podría considerarla una medida adecuada en pro de la salud. Personas a las que desde luego no declararían irrazonables la defenderían como el primer paso hacia una regulación general de las horas de trabajo. Creo que es innecesario discutir si en este último aspecto podría acusársela de desigualdad”²⁰.

C. Sindicatos y comercio: El caso *Adair*

La misma apertura a la realidad social y deferencia al legislador muestra Holmes en el caso *Adair*²¹, como consecuencia de la impugnación por [p.301] una empresa ferroviaria de la *Erdman Act*, ley federal dirigida a prevenir disputas entre los ferrocarriles

¹⁹ *Ibidem*, págs. 79-80.

²⁰ *Ibidem*, pág. 80.

²¹ *Adair v. United States*, 208 U.S. 161 (1908). Acceso: <https://supreme.justia.com/cases/federal/us/208/161/> Seguimos el sumario y la selección de César Arjona, en su edición de HOLMES, *Los votos discrepantes...*, op. cit., págs. 81-85.

interestatales y sus trabajadores organizados en sindicatos. El legislador pretendía con esa ley facilitar la resolución de conflictos laborales enconados que desembocaban en huelgas, como las organizadas en Chicago cuatro años antes. Una sección de esa ley prohibía la discriminación de trabajadores sindicados.

La *Louisville & Nashville Railroad Corporation* presentó recurso contra la intromisión federal en las relaciones entre trabajadores y empresarios, que hasta entonces se consideraban competencia exclusiva de cada estado. Mientras que el Gobierno replicó que la finalidad regulatoria era proteger el comercio evitando huelgas y cierres patronales. El juez Harlan, y con él la mayoría del Supremo, descartaron que la protección de la afiliación sindical de un empleado tuviera alguna relación con el comercio interestatal, por lo cual invalidaron la parte de la ley que suponía según ellos una interferencia en la libertad personal y el derecho de contratar que ningún gobierno puede justificar legalmente en un país libre.

Entre los jueces discrepantes, Holmes expuso las razones por las cuales la legislación que protegía a los sindicatos podía facilitar el comercio entre los Estados, tarea que estaba encomendada a la regulación del Congreso. En consecuencia, según este criterio la ley debería haber sido declarada constitucional:

“Supongo que difícilmente se negará que algunas de las normas de las empresas ferroviarias que afectan a los sindicatos a los que pertenecen sus trabajadores están tan estrechamente relacionadas con ese comercio [entre los Estados] como para justificar que el Congreso legisle. En tal caso, la legislación para impedir la discriminación que sufren los trabajadores afiliados a dichos sindicatos a la hora de ser contratados cae dentro de ese ámbito”²².

Holmes reinterpreta las razones ocultas de la mayoría, que invalidaron la ley porque trataba sobre materias ajenas al comercio, cuando en realidad lo hacían porque interfería con los derechos individuales protegidos por la Quinta Enmienda. Esa ley apenas tocaba la libertad de contratación, ni obligaba a contratar a nadie, ni lo prohibía, causando una interferencia muy limitada.

Según Holmes: “La sección simplemente prohíbe que la parte más poderosa exija ciertas tareas o amenace con el despido o discrimine injustamente a aquellos que ya

²² HOLMES, *Los votos discrepantes...*, op. cit., pág. 82.

están empleados. No veo por qué los motivos [p.302] que pueden causar la terminación de un contrato son menos susceptibles de regulación que otros aspectos”²³.

Y prosigue Holmes reconociendo límites al carácter absoluto de la autonomía de la voluntad, un derecho de libertad contractual que puede restringir el Congreso por motivos importantes de interés público (*public policy*), entre los cuales están la evitación de huelgas y la implementación de un plan para mediar en ellas. En conclusión:

“Donde existe, o generalmente se cree que existe, un motivo importante de *public policy* que justifica la restricción, la Constitución no la prohíbe, esté o no de acuerdo esta Corte con la *policy* que la justifica. No cabe duda de que evitar huelgas y, en la medida de lo posible, fomentar un plan para su arbitraje, puede ser considerado por el Congreso como una importante cuestión de *policy*, y me resulta imposible afirmar que el Congreso no había podido creer razonablemente que la disposición discutida ayudaría en buena medida a llevar a cabo esa *policy*. Incluso suponiendo que la única consecuencia real fuese provocar la completa sindicación de los trabajadores ferroviarios, creo que eso sólo ya bastaría para justificar la ley.

Estoy bastante de acuerdo en que gente inteligente puede discrepar sobre cuáles y cuántos son los beneficios de los sindicatos. Creo que a veces los trabajadores les atribuyen ventajas, como muchos atribuyen desventajas a los acuerdos del capital, que realmente se deben a condiciones económicas de carácter más amplio y profundo. Pero si el Congreso decidiese que favorecer a un sindicato redundaba en interés, no sólo de los trabajadores, sino de los ferrocarriles y del país en general, no podría afirmar que tal cosa carece de justificación”²⁴.

De nuevo el juez Holmes reconoció la competencia constitucional del órgano legislativo para tomar medidas en aras del interés general, conformando el sentido actualizado del enunciado del derecho fundamental de libertad. En esa ocasión el Congreso intervino, con la oposición del Tribunal Supremo; sin embargo me importa destacar que es la interpretación del interés general lo que debe guiar la actuación de los órganos constitucionales, sin hacer dejación de sus responsabilidades por estar sometidos a una frívola comprensión de los derechos enunciados en las Constituciones, vaciando su contenido, o por el hecho preocupante de lo que hoy llamamos la captura del regulador, cuando los legisladores o quienes tienen [p.303] a su cargo altas magistraturas responden a grupos de presión y renuncian a la defensa del bien común.

²³ *Ibidem*, pág. 83.

²⁴ *Ibidem*, págs. 84-85.

III.2.- Deferencia al legislador y apertura social

Es curioso que Holmes sea calificado como el gran disidente y haya devenido en símbolo del juez comprometido con el desarrollo de los derechos sociales, cuando no es de los jueces que emitió demasiados votos particulares, ni tampoco podríamos considerarlo socialista, sino un juez conservador que apreciaba en mucho los valores de la economía neoclásica. Si bien, sus decisiones tuvieron la fortuna de ser incorporadas muy poco después a la legislación y por ello han tenido enorme repercusión²⁵. Por lo demás, su contribución principal al constitucionalismo reside en la cautela con que desempeña la función de juez, que podríamos quizás asemejar a la del legislador negativo. La función de juzgar no puede ser mecánica y formalista, abandonándose al mito del juez convertido en la boca muda de la ley, sino un juez abierto a la realidad social que impulse las libertades fundamentales reconocidas en la Constitución. Ese papel equilibrado es el que desempeñó Oliver Wendell Holmes, de una manera tan delicada como para merecer ser considerado uno de los jueces más importantes de la tradición jurídica norteamericana y que alentó una jurisprudencia muy avanzada en materia de libertad de expresión. Su actitud respetuosa de los límites de la competencia de los jueces y los legisladores, que podemos calificar del antiactivismo de Holmes, se transformó en un activismo progresista.

El caso *Lochner* ha servido como paradigma de los excesos del activismo judicial o gobierno de los jueces, aunque un análisis documentado de los hechos junto con otro análisis historiográfico de su utilización simbólica, muestran las complejidades de la decisión del Tribunal y de otras posteriores. Los debates de los jueces en *Lochner* fueron sensibles a las pruebas presentadas, atendieron los informes periciales sobre la repercusión en la salud de los empleados de las panaderías, las afecciones respiratorias causadas por el polvo de harina, la humedad, las altas temperaturas de los hornos y la prolongada duración de las jornadas. El fallo podría haber sido otro de haberse considerado otros informes. Además, cuando penetramos en las circunstancias de la demanda, encontramos las razones del conflicto entre panaderías consolidadas y

²⁵ FERNÁNDEZ SEGADO, F., “El *justice* Oliver Wendell Homes: «*The great dissenter*» de la *Supreme Court*”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, 2010, págs. 145-165.

trabajadores inmigrantes que competían en un mercado controlado²⁶. Esa sentencia que ha devenido tan famosa [p.304] y generalizada como paradigma del formalismo dirigido a una protección de la libertad del contrato y carente de sensibilidad social, sin embargo resolvió un asunto singular, muy localizado, en el que un grupo de tahonas relacionadas con inmigrantes de origen alemán quería mantener su posición de dominio ante un mercado abierto. Es comprensible que los recién llegados, nuevos inmigrantes necesitados de mejorar con rapidez su calidad de vida, para abrirse hueco en el mercado estuvieran dispuestos a rebajar los costes de fabricación, manteniendo la calidad de los productos, mediante el abaratamiento de los costes laborales prolongando su jornada de trabajo.

En este sentido, como explica el profesor David E. Bernstein, la relevancia posterior de la sentencia *Lochner*, del contenido del fallo mayoritario y los argumentos disidentes, ha sido el resultado de una reconstrucción académica y política, manejada con acierto en la lucha de ideas políticas entre grupos tendencialmente más progresistas y los conservadores. Para académicos progresistas ese caso responde a una concepción del fuerte papel de la judicatura en la defensa de los derechos individuales, aunque equivocó cuál era el derecho que merecía protección, según piensan recientemente John Hart Ely o Laurence Tribe²⁷. A raíz de la revolución industrial ya no era viable mantener la prevalencia de la libertad económica frente a la debilidad de los derechos sociales. La jurisprudencia *lochneriana* sería, por consiguiente, más que anacrónica reaccionaria, por haber seguido defendiendo el darwinismo social.

IV.- LOS REPARTIDORES DE LAS PLATAFORMAS

En la actualidad también encontramos situaciones laborales que claman por una regulación segura para facilitar el respeto de derechos de los trabajadores. La novedad reside en el uso de la tecnología para organizar la actividad, mientras que ya son conocidos desde antaño los momentos de precariedad y desamparo. Estamos en la era digital y del novedoso trabajo de plataformas. Esto es lo único innovador, pues las triquiñuelas para aumentar ganancias responden al principio básico de la codicia.

²⁶ BERNSTEIN, D. E., “*Lochner v. New York: A Centennial Retrospective*”, *op. cit.*, págs. 1475-86 y 1526.

²⁷ BERNSTEIN, *op. cit.*, pág. 1522.

Comprendemos que el negocio está basado en el incremento del beneficio para quienes lo desarrollan, pero el beneficio tiene que incluir el respeto a todos los afectados, proveedores y trabajadores, además, por supuesto, de producir un beneficio social. No sucede así todavía, aunque se abuse de términos como los de “economía colaborativa”²⁸.

[p.305] Hay gran variedad de empresas digitales con alcance global y no todas ellas responden al mismo modelo. Tal vez algunas merezcan la calificación de “colaborativas”, otras ofrecen servicios a demanda, otras se sirven de aplicaciones en plataformas que interconectan a proveedores con usuarios²⁹.

El tratamiento jurídico de los trabajadores de plataformas oscila entre la consideración como autónomos, o como TRADE³⁰, o como empleados laborales. Hay sentencias diversas en todo el mundo y desde luego en España, donde la calificación jurídica cambia según los elementos indiciarios que el tribunal haya considerado relevantes para evaluar la dependencia y ajenidad de la relación. Estos son los dos elementos esenciales para considerar laboral el vínculo, de manera que las compañías han ido modificando los contratos para esquivar esos indicadores, a medida que la jurisprudencia iba cercando su modelo de negocio. Las ganancias son enormes cuando las compañías digitales desplazan la responsabilidad a los trabajadores, se eximen de cotizar a la Seguridad social, de cubrir bajas por enfermedad u otras obligaciones, y tampoco contribuyen al erario público. Esto sucede en todo el mundo. En España contamos con varias sentencias, de las que vamos a acotar la referencia a los casos de los repartidores de plataformas que distribuyen productos, sobre todo alimentos. En

²⁸ Muestra del optimismo colaboracionista son: BOTSMAN, R. y ROGERS, R., *What's Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Business, New York, 2010; SUNDARARAJAN, A., *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, The MIT Press, Cambridge, 2016. Muy crítico, en cambio: SLEE, T., *Lo tuyo es mío: contra la economía colaborativa*, traducción de Eduardo Iriarte, Taurus, Barcelona, 2016. Un análisis técnico jurídico: TODOLÍ SIGNES, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; JARNE MUÑOZ, P., *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, Madrid, 2019, págs. 28-38.

²⁹ DAZZI, D., “Gig economy in Europe”, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 12, Núm. 2, 2019, págs. 67-122; TODOLÍ SIGNES, A., SÁNCHEZ OCAÑA, J. M. y KRUIHOF AUSINA, A., *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, Generalitat Valenciana-Labora, 2019.

³⁰ El concepto de TRADE o Trabajador Autónomo Económicamente Dependiente se aplica los trabajadores autónomos cuya actividad económica o profesional se realiza de forma habitual y directa para un solo cliente del que dependen económicamente porque reciben del mismo, por lo menos, el 75% de los ingresos. Están regulados por la Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo (LETA), y por su reglamento de desarrollo, aprobado por Real Decreto 197/2009, de 23 de febrero.

nuestro país destacan *Glovo* y *Deliveroo*, pero hay otras. La misma denominación de esos trabajadores como “*glovers*” o con el término inglés de “*riders*” vela la noble tarea de recaderos ocultando la realidad, elevando el prestigio de la actividad por medio de la sonoridad del anglicismo, ya que no por la novedad de la función. Con ello sitúa en el plano simbólico de lo innovador esa actividad que por razón de su carácter disruptivo, se supone que no debería tener tratamiento arcaico, como cualquier otra vulgar actividad de mensajero o de reparto. Eso es lo que pretenden estas empresas, exactamente lo mismo que todos lo que tienen poder, que nadie les controle.

[p.306] Carecemos de regulación legislativa porque falta acuerdo entre los agentes sociales, por más que desde el Gobierno español se está intentando acelerar la normativa que cubra las nuevas realidades. Los casos judicializados de mensajeros o repartidores encajan a la perfección en el lema que ha dejado la Ministra de Trabajo, Yolanda Díaz, al declarar: “Una persona que va en bicicleta no es un emprendedor, es un simple trabajador”. Es un lema que compendia la valoración sustantiva del servicio realizado por estos repartidores que recorren las calles de nuestras ciudades con una mochila a cuestas; ni pueden considerarse emprendedores, ni poseen margen de autonomía en su relación laboral. Han realizado trabajos necesarios, de los considerados imprescindibles durante los sucesivos confinamientos domiciliarios que han vivido nuestras sociedades durante la pandemia de COVID-19, gente que ha seguido proveyendo de bienes de consumo necesarios para la subsistencia. En realidad, los trabajos necesarios no suelen ser los mejor remunerados, aunque no todos ellos tengan la misma consideración social. Hay oficios desprestigiados, requieran o no conocimientos especiales, aunque por lo general ese tipo de trabajos que conllevan penosidad no requieren una particular capacitación, es un hecho básico de la sociedad económica moderna –según enseña John Kenneth Galbraith– que debe existir un suministro y reposición constante de personas disponibles. Para realizar ocupaciones físicamente agobiantes, socialmente inaceptables, o en algún sentido desagradables, son necesarios los pobres³¹.

³¹ GALBRAITH, J. K., *La cultura de la satisfacción*, traducción de José Manuel Álvarez Flórez, 5ª edición, Ariel, Barcelona, 1993, pág. 48.

IV.1.- Falsos autónomos

Los tribunales se han pronunciado sobre la relación entre repartidores y sus colaboradores, llamados también “*glovers*”, o con el genérico nombre de “*riders*”, denominaciones que velan la noble tarea de recaderos, elevando el prestigio de la actividad por medio de la sonoridad del anglicismo, ya que no por la novedad de la función. En España ha podido pronunciarse al respecto el Tribunal Supremo sobre estas plataformas de reparto, en concreto sobre la marca *Glovo*, por primera vez en la sentencia número 805/2020, emitida por la Sala de lo social en Pleno³². En ella ha apreciado los indicios relevantes de laboralidad, declarando que la naturaleza de la relación entre el repartidor y la plataforma, en el caso concreto se trataba de la empresa *Glovo*, era de laboralidad. El profesor Ignasi Beltrán hace un elenco de sentencias españolas y de otras comparadas en Europa y otros países del mundo³³. En España contábamos con unas cuantas resoluciones divergentes, hasta que ha intervenido el [p.307] Supremo, de las cuales teníamos unas catorce sentencias de Juzgados de lo Social³⁴ y otras tantas de Tribunales Superiores de Justicia que habían calificado la relación como laboral³⁵.

³² Sentencia del Tribunal Supremo (Sala de lo Social, Pleno), de 25 de Septiembre de 2020, rcud. 4746/2019 (núm. 805/2020).

³³ Blog de Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz (<https://ignasibeltran.com/>) titulado “*Una mirada crítica a las relaciones laborales*”. En la entrada del 9 de diciembre de 2018 recoge una ponencia presentada en la Universidad Autónoma de Barcelona e incorpora un extenso elenco actualizado de sentencias clasificadas por países bajo la etiqueta: “*Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, Chile, France, Germany, Italy, Nederland, New Zealand, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)*”. Consultado el 30/01/2021.

³⁴ Las primeras en reconocer la relación laboral fueron la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 11 de Barcelona, de 29 de Mayo de 2018, rec. 652/2016 (núm. 213/2018), *Take Eat Easy*; seguida de la Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 6 de Valencia, de 1 de Junio de 2018, rec. 633/2017 (núm. 244/2018), *Deliveroo*. Siguieron otras sentencias: JS Nº 33 de Madrid, de 11 de Febrero de 2019, rec. 1214 /2018 (núm 53/2019), *Glovo*; JS Nº 1 de Gijón, de 20 de Febrero de 2019, rec. 724/2018 (núm. 61/2019), *Glovo*; JS Nº 1 de Madrid, de 3 de Abril de 2019, rec. 944/18 (núm. 128/19), *Glovo*; JS Nº 1 de Madrid, de 4 de Abril de 2019, rec. 946/18 (núm. 134/2019), *Glovo*; JS Nº 1 de Madrid, de 4 de Abril de 2019, rec. 947/18 (núm. 130/2019), *Glovo*; JS Nº 6 de Valencia, de 10 de Junio de 2019, rec. 371/2018 (núm. 197/2019), *Deliveroo*; JS Nº 31 de Barcelona, de 11 de Junio de 2019, rec. 662/2017 (núm. 193/2019), *Deliveroo*; JS Nº 19 de Madrid, de 22 de Julio de 2019, rec. 510/2018 (núm. 188/2019), *Deliveroo*; JS Nº 29 de Barcelona, de 30 de Julio de 2019, rec. 494/2018, *Glovo*; JS Nº 3 de Barcelona, de 18 de Noviembre de 2019, núm. 325/2019, *Glovo*; JS Nº 2 de Zaragoza, de 27 de Abril de 2020, rec. 521/2018 (núm. 123/2020), *Deliveroo*; JS Nº 21 de Barcelona, de 7 de Septiembre de 2020, rec. 723/2017 (ROJ 5096/2020), *Deliveroo*; JS Nº 24 de Barcelona, de 18 de Noviembre de 2020, rec. 810/2018 (núm. 259/2020), *Deliveroo*; JS Nº 4 de Santander, de 20 de Noviembre de 2020, rec. 119/2020 (núm. 289/2020), *Glovo*.

³⁵ Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Asturias, de 25 de Julio de 2019, rec. 1143/2019 (núm. 1818/2019), *Glovo*; STSJ Castilla y León (Valladolid), de 17 de Febrero de 2020, rec. 2253/2019 (núm. 291/2020), *Glovo*; STSJ Cataluña, de 22 de Septiembre de 2020, rec. 899/2020 (sentencia

En cambio había también otras siete de Juzgados de lo Social³⁶ y una de la sección cuarta del Tribunal Superior de Justicia de Madrid³⁷, que no [p.308] consideraban probada la dependencia y subordinación laboral, sino que corroboran la veracidad del contrato de servicios como trabajador autónomo en la modalidad de TRADE.

Por lo que atañe a la situación actual, la primera sentencia del Tribunal Supremo sobre los repartidores marca la calificación jurídica de una relación que sustenta unos hechos probados coincidentes en sustancia en todas las relaciones que han sido denunciadas, también en otros países, europeos o de otras latitudes. Por lo que podemos circunscribir la descripción a la sentencia del TS español, como muestra que recopila los elementos de hecho relevantes sobre los cuales están arbitrándose soluciones diversas, a falta de una normativa de rango legal que aclare el modelo empresarial y confiera seguridad jurídica a las partes implicadas.

A. Ajenidad y dependencia

La Sentencia 805/2020 del Tribunal Supremo, resuelve un recurso de casación para la unificación de doctrina, confrontando dos sentencias contradictorias de Tribunales Superiores de Justicia, que resolvieron de manera distinta dos conflictos sustancialmente iguales. Los actores prestaban servicios para la misma empresa, en la misma plataforma digital, utilizando la aplicación informática, suscribiendo contratos de autónomos (trabajador autónomo económicamente dependiente o TRADE). En un caso, el Tribunal superior de Justicia de Asturias (recurso 1143/2019) estimó que el repartidor

número 4021/2020), *Glovo*; STSJ Cataluña, de 16 de Junio de 2020, rec. 5997/2019 (núm. 2557/2020), *Deliveroo*; STSJ Cataluña, de 11 de Junio de 2020, rec. 599/2020 (núm. 2405/2020), *Glovo*; STSJ Cataluña, de 12 de Mayo de 2020, rec. 6774/2019 (núm. 1449/2020), *Glovo*; STSJ Cataluña de 7 de Mayo de 2020, rec. 5647/2019 (núm. 1432/2020), *Glovo*; STSJ Cataluña, de 21 de Febrero de 2020, rec. 5613/2019 (núm. 1034/2020), *Glovo*; STSJ Madrid, de 30 de Noviembre de 2020, rec. 618/2020 (núm. 1052), *Glovo*; STSJ Madrid, de 3 de Febrero de 2020, rec. 749/2019 (núm. 68/2020), *Glovo*; STSJ Madrid, de 17 de Enero de 2020, rec. 1323/2019 (núm. 40/2020), *Deliveroo*; STSJ Madrid, de 18 de Diciembre de 2019, rec. 714/2019 (núm. 1223/2019), *Glovo*; STSJ (Pleno) Madrid, de 27 de Noviembre de 2019, rec. 588/2019 (núm. 1155/2019), *Glovo*.

³⁶ Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 39 de Madrid, de 3 de Septiembre de 2018, rec. 1353/2017 (núm. 284/2018), *Glovo*; JS Nº 17 de Madrid, de 11 de Enero de 2019, rec. 418/2018 (núm. 12/2019), *Glovo*; JS Nº 4 de Oviedo, de 25 de Febrero de 2019, rec. 458/2018 (núm. 106/2019), *Glovo*; JS Nº 1 de Salamanca, de 14 de Junio de 2019, rec. 133/2019 (núm. 215/2019); JS Nº 24 de Barcelona, de 21 de Mayo de 2019, rec. 143/2018 (núm. 202/2019), *Glovo*; JS Nº 24 de Barcelona, de 29 de Mayo de 2019, rec. 144/2018 (núm. 205/2019), *Glovo*; JS Nº 2 de Vigo, de 12 de Noviembre de 2019, rec. 971/2018 (núm. 642/2019), *Glovo*.

³⁷ STSJ Madrid (Sala de lo Social, Sección 4ª), de 19 de Septiembre de 2019, rec. 195/2019 (núm. 715/2019), *Glovo*.

estaba integrado en la estructura de la compañía, prestando servicios en una relación laboral, mientras que en el otro caso que resolvió el Tribunal Superior de Justicia de Madrid (recurso 195/2019) estimó que la relación era de trabajador autónomo.

Por lo pronto, rechazó plantear cuestión prejudicial al Tribunal de Justicia de la Unión Europea, porque la calificación de la relación jurídica que se discute no supone restricción de las libertades de establecimiento y prestación de servicios que garantizan los Tratados de la UE, ni tampoco vulnera derechos fundamentales a la libertad profesional y a la de empresa. De este modo rechaza la aplicación al supuesto debatido del auto del TJUE, en el asunto *Yodel Delivery* en respuesta a una cuestión prejudicial planteada por un Tribunal Laboral de Watford³⁸, que definía el concepto de “trabajador” a los efectos de la Directiva europea sobre organización del tiempo de trabajo. El alto Tribunal europeo excluye de [p.309] ser considerado trabajador a una persona contratada por un acuerdo de servicios que estipula que es un empresario independiente si esa persona dispone de facultades de utilizar subcontractistas o sustitutos, de aceptar o no diversas tareas, de proporcionar servicios a cualquier tercero y de fijar sus propias horas de trabajo. Será clasificado como autónomo si la independencia de esa persona no parece ser ficticia y cuando no sea posible establecer la existencia de una relación de subordinación entre esa persona y su supuesto empleador. A la vista de lo anterior, el Tribunal Supremo español se ciñe a determinar si existe subordinación entre el actor (el repartidor que reclama) y la empresa *Glovo*. La realidad fáctica prevalece siempre sobre la denominación que hagan las partes y para su averiguación debe completarse la presunción *iuris tantum* de laboralidad que reconoce el Estatuto de Trabajadores con la verificación de indicios, cuales son la ajenidad en los resultados, la dependencia en su realización y la retribución de los servicios.

El Tribunal Supremo reconoce la dificultad genérica de deslindar el contrato de trabajo y otros vínculos civiles o mercantiles, en particular la ejecución de obra y el arrendamiento de servicios. Sobre esos aspectos hay una jurisprudencia asentada, que se encarga de reproducir la sentencia de marras. Uno de los aspectos importantes que

³⁸ Auto del TJUE (Sala Octava), de 22 de Abril de 2020, Asunto C-692/19 (ECLI:EU:C:2020:288). Interpreta la 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.

aprecia el Tribunal, con buen criterio, como indicio de la existencia de relación laboral es “la diferencia entre la escasísima cuantía en inversión que el trabajador ha de realizar para poder desarrollar la actividad encomendada (herramientas comunes, teléfono móvil o pequeño vehículo) frente a la mayor inversión que realiza la principal y entrega al actor (herramienta especializada, vehículos para transporte de piezas importantes, así como el conocimiento de las instalaciones a montar para lo que se forma el actor)” (FJ 9. 2).

En este caso concreto, esa diferencia cualitativa de las diferentes aportaciones indica ajenidad:

“Había ajenidad en los medios, evidenciada por la diferencia entre la importancia económica de la plataforma digital y los medios materiales del demandante: un teléfono móvil y una motocicleta. Los medios de producción esenciales en esta actividad no son el teléfono móvil y la motocicleta del repartidor sino la plataforma digital de Glovo, en la que deben darse de alta restaurantes, consumidores y repartidores, al margen de la cual no es factible la prestación del servicio. Y el actor realizaba su actividad bajo una marca ajena” (FJ 20.4).

Esa consideración nos parece obvia, sin embargo no fue así para otros tribunales inferiores que, lamentablemente, entendieron que para hacer [p.310] un reparto era esencial tener medio de transporte, moto o bicicleta y un teléfono, e incluso alguna sentencia omitió por completo la existencia de una aplicación informática, sin otorgarla ninguna importancia³⁹. Parece increíble que aquellos magistrados estimaran que una simple bicicleta y un *smartphone* permiten trabajar sin contar con unos complejos algoritmos que programan rutinas y sin los cuales nada podría hacerse. Ni dieron relieve alguno a la marca comercial bajo la que se realiza el servicio y que dota de prestigio al mismo. Olvidarlo supone un total extrañamiento del mundo contemporáneo, que ha terminado con la declaración rotunda del Supremo.

³⁹ Sentencia del Juzgado de lo Social Nº 39 de Madrid, de 3 de Septiembre de 2018, FJ 5: “las principales herramientas de trabajo (moto y teléfono móvil) las pone el repartidor”. Fue ratificada por STJ Madrid, rec. 195/2019 (número 715/2019) que realza el contrato entre las partes y consideraba la total autonomía del repartidor porque disponía de la infraestructura productiva y del material propio necesario para el ejercicio de la actividad”. ¿La moto y el teléfono? Hubo un voto particular del magistrado Enrique Juanes, que comprende correctamente la trascendencia de la plataforma digital, para calificar la relación como laboral, en la misma línea de lo que había argumentado la Sala del TSJ Asturias, en su sentencia de 25 de Julio de 2019.

El concepto legal de trabajador por cuenta ajena exige que haya una prestación de servicios voluntaria, retribuida, ajena y dependiente. Los dos últimos son esenciales, conceptos abstractos que se modulan según el tipo de actividad y el modo de producción, de ahí que en ellos se centre la discusión. El Tribunal Supremo realiza una interpretación flexible de los indicios comunes de dependencia y de ajenidad, adecuándose a la realidad social del tiempo actual, como establece la teoría general de la interpretación y el Código civil español en su artículo 3.1, ateniéndose al tiempo en que han de ser aplicadas las normas y al espíritu y finalidad de las mismas. En este sentido, a falta de un salario fijo, el modo de remuneración variable que perciben los repartidores no es un elemento delimitador del contrato de trabajo respecto de otras figuras (FJ 11.4), como tampoco la existencia de libertad de horario excluye en todo caso la existencia de un contrato de trabajo⁴⁰.

B. Tecnología de control

[p.311] En el presente caso, los indicios van a ser interpretados para deshacer la ambivalencia que permitiría a la empresa *Glovo* seguir defendiendo que simplemente es una empresa tecnológica cuya actividad se limita a la intermediación. Otras compañías de plataformas como *Uber*, también habían alegado la misma pretensión para escurrir su responsabilidad por la prestación del servicio. El Tribunal describe con nitidez las características de estas innovadoras empresas tecnológicas (FJ 16): *Glovo* es una empresa que ha desarrollado una plataforma informática y que ha suscrito acuerdos con comercios locales; el consumidor final puede solicitar la compra de productos a través de un mandato que confiere a un tercero utilizando la plataforma de *Glovo*, abonando el coste del producto y el transporte, mientras *Glovo* pone a su disposición un repartidor que acude al establecimiento y lleva el producto a su destino. Toda esa actividad se

⁴⁰ STS 805/2020, Fundamento Jurídico 13: “la libertad de horario no significa ausencia de sometimiento en la ejecución del trabajo a la voluntad del empresario, como la sustitución esporádica por familiares no implica, en el tipo de trabajo contratado ausencia del carácter personal de la prestación, pues esta sustitución ocasional también beneficia al empresario”. Y en el FJ 14, reproduce los fundamentos de una anterior sentencia del TS de 25 de Enero de 2000, rec. 582/1999, que consideró laboral la relación de una limpiadora con una comunidad de propietarios, a pesar de que la trabajadora tenía libertad de horario y podía ser sustituida por un tercero. Lo mismo sostuvo la sentencia número 902/2017 del TS de 16 de Noviembre de 2017, recurso 2806/2015, al declarar la existencia de relaciones laborales de los traductores e intérpretes de una Administración Autonómica que prestaban servicio a través de una plataforma informática gestionada por la empresa *Ofilingua*, aunque el trabajador decidía si acudía o no a realizar el servicio y a veces había acudido en su lugar su esposa o su hermano.

gestiona a través de una aplicación informática de la empresa, que asigna pedidos al repartidor cuando éste indica en su teléfono móvil la franja horaria en la que desea trabajar. *Glovo* tiene un sistema de puntuación de los repartidores para clasificarlos según tres factores, a saber, la valoración del consumidor final, la eficiencia en la realización de los pedidos y la realización de servicios en horas de mayor demanda.

Hay otros aspectos relevantes, como el hecho de que es la empresa la que paga quincenalmente al repartidor, que éste solo aporta teléfono y medio de transporte, que usa una tarjeta de crédito facilitada por *Glovo*, que puede elegir horario, rechazar clientes o servicios y puede compatibilizar el trabajo con varias plataformas. Aunque estos indicios parecen contrarios a la existencia de un contrato de trabajo y las partes hayan firmado un contrato mercantil, sin embargo entre la plataforma y el repartidor hay una relación de subordinación intensa. Tenemos que destacar que el Tribunal reconoce lo que doctrinalmente se viene advirtiendo desde hace tiempo, aunque haya corrientes libertarias influyentes que no pierden la ocasión para atacar cualquier atisbo de intromisión regulatoria. Pues bien, a pesar de la aparente posibilidad de elegir la franja horaria, descartar pedidos o trabajar para varias empresas, esa elasticidad contractual no genera libertad:

“Pese a ello, la teórica libertad de elección de la franja horaria estaba claramente condicionada...los repartidores con mayor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados...El desempeño del actor era evaluado diariamente. La percepción de ingresos del repartidor depende de si realiza o no los servicios y de cuántos [p.312] servicios realiza. Se declara probado que los repartidores que tienen mejor puntuación gozan de preferencia de acceso a los servicios o recados que vayan entrando” (FJ 18.2).

Es claro, por lo tanto, y lo es para el Supremo que apenas hay autonomía:

“En la práctica este sistema de puntuación de cada repartidor condiciona su libertad de elección de horarios porque si no está disponible para prestar servicios en las franjas horarias con más demanda, su puntuación disminuye y con ella la posibilidad de que en el futuro se le encarguen más servicios y conseguir la rentabilidad económica que busca, lo que equivale a perder empleo y retribución. Además la empresa penaliza a los repartidores, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada” (FJ 18.2 apartado segundo).

Esta comprensión cabal del ecosistema artificialmente construido tiene la obvia consecuencia de instaurar unas relaciones darwinistas, como se encarga a continuación de expresar sin titubeos el Tribunal sin necesidad de utilizar adjetivos estridentes:

“La consecuencia es que los repartidores compiten entre sí por las franjas horarias más productivas, existiendo una inseguridad económica derivada de la retribución a comisión sin garantía alguna de encargos mínimos que propicia que los repartidores intenten estar disponibles el mayor periodo de tiempo posible para acceder a más encargos y a una mayor retribución” (FJ 18.2 tercer apartado)

El sistema productivo de reparto no exige cumplir un horario rígido porque las tareas están desagregadas o fragmentadas entre una pluralidad de repartidores, que cobran cada uno según lo que hagan. Este modo de organizar los servicios garantiza que siempre habrá repartidores que acepten el horario o el pedido que un repartidor deseche.

El sistema de puntuación también se considera un indicio favorable a la existencia de un contrato de trabajo. Otros son la geolocalización del repartidor, las instrucciones que recibe de la empresa, la compensación económica por el tiempo de espera, la existencia de una tarjeta de crédito que proporciona *Glovo*. Asimismo están probados otros indicadores que demuestran que el recadero está integrado en el ámbito de organización y dirección del empresario. Tales como el precio de los servicios, la forma de pago y la remuneración; los comercios que entregan los bienes y los consumidores finales son clientes de *Glovo*, no del recadero o *rider*; la empresa confecciona las facturas y paga quincenalmente. El resultado final de la prestación del servicio redunda en beneficio de la empresa. [p.313] Los medios para realizar la tarea también son ajenos, “por la diferencia entre la importancia de la plataforma digital y los medios materiales del demandante: un teléfono móvil y una motocicleta” (FJ 20.3).

En definitiva, la empresa no es una mera intermediaria. Es una empresa que presta servicios de reparto y mensajería fijando el precio y condiciones de pago del servicio. Da instrucciones y controla toda la actividad y no solo el resultado mediante la gestión algorítmica del servicio, las valoraciones de los repartidores y la geolocalización constante (FJ 21.1). Es del todo relevante para prestar esos servicios que “Glovo se sirve de un programa informático que asigna los servicios en función de la valoración de cada repartidor, condiciona decisivamente la teórica libertad de elección de horarios y de rechazar pedidos” (FJ 20.2). La empresa puede sancionar por una pluralidad de

conductas diferente, lleva a cabo un control en tiempo real y por todo esto el repartidor goza de una autonomía muy limitada. Estos fundamentos obligan a estimar que la relación de las partes tenía naturaleza laboral.

En otros países se ha llegado a la misma conclusión, confirmando el control extremo que ejercen estas empresas digitales, frente a la aparente oferta de libertad, autonomía y flexibilidad de los trabajadores. Así lo ha declarado sin fisuras la Corte Suprema del Reino Unido en el asunto *Uber BV contra Aslam*, que reconoce la laboralidad de la relación entre conductores de vehículos y la empresa *Uber*⁴¹. El tribunal británico enfatiza los cinco aspectos que evidencian la completa subordinación de los conductores de taxis que utilizan la aplicación de la compañía, en los párrafos 94 a 100 de la sentencia.

Primero, *Uber* determina el precio del servicio (§ 94). En segundo lugar, *Uber* determina las condiciones contractuales (§ 95). Tercero, la propia *Uber* se reserva la absoluta discreción de aceptar o rechazar cualquier solicitud de transporte y ejerce el control sobre la aceptación de la solicitud por parte del conductor de dos maneras: (a) Una es controlando la información proporcionada al conductor, a quien no se advierte del destino hasta que recoge al pasajero (§ 96); (b) La segunda forma de control se ejerce mediante el seguimiento de la tasa de aceptación (y cancelación) de las solicitudes de viaje por parte del conductor, de modo que un conductor cuya tasa porcentual de aceptaciones caiga por debajo de un nivel establecido por *Uber London* (o cuya tasa de cancelación exceda un nivel establecido) recibe una serie creciente de mensajes de advertencia y si el desempeño no mejora, es desconectado de la aplicación. Esta medida fue descrita por *Uber* en un documento interno como una “penalización”, sin [p.314] duda porque tiene un efecto económico similar al pago de un empleado al evitar que el conductor gane durante el período en el que está desconectado. El Tribunal estima que esto coloca a los conductores claramente en una posición de subordinación a *Uber* (§ 97).

En cuarto lugar, *Uber* ejerce un grado significativo de control sobre la forma en que los conductores prestan sus servicios (§ 98): examina el tipo de vehículos que se pueden

⁴¹ *Uber BV v Aslam*, de 19 de Febrero de 2021 (Case ID: UKSC 2019/0029). Acceso: <https://www.supremecourt.uk/cases/uksc-2019-0029.html>.

utilizar; además, la tecnología que es parte integral del servicio es propiedad y está controlada por *Uber* y se utiliza como un medio para ejercer control sobre los conductores (la aplicación *Uber* dirige al conductor al lugar de recogida y desde allí al destino del pasajero, los clientes pueden quejarse y el conductor asume el riesgo financiero de cualquier desviación de la ruta indicada por la aplicación que el pasajero no haya aprobado. Todavía hay otro método potente de control mediante el uso de calificaciones (§ 99), por el cual los pasajeros evalúan al conductor tras cada viaje, de manera que cuando descienda la calificación promedio será advertido y, en última instancia, terminará la relación del conductor con *Uber*. La empresa no usa las calificaciones para ayudar a los clientes a elegir qué producto o servicio comprar, sino como una herramienta interna para administrar el desempeño y como base para tomar decisiones de despido cuando los comentarios de los clientes muestren que los conductores no satisfacen los niveles de desempeño establecidos por *Uber*. Esta es una forma clásica de subordinación característica de las relaciones laborales.

Y en quinto lugar, *Uber* restringe al máximo la comunicación personal entre conductor y cliente (§ 100).

Por si hubiera alguna duda, los métodos de evaluación son una poderosa herramienta de control que anula la autonomía de los empleados dejándolos inermes ante las decisiones empresariales que se amparan en calificaciones externas de clientes, bastando con que los clientes no mantengan constante una valoración excelente para que baje la puntuación y penda sobre el trabajador la amenaza de la rescisión o despido.

El tribunal diferencia este tipo de relaciones de las que caracterizan a otras plataformas digitales que median entre consumidores y propietarios de viviendas o agencias de hospedaje.

IV.2.- Las ambigüedades de la libertad

Lo que está implicado en la calificación jurídica de la relación entre los repartidores y la empresa-plataforma con la que colaboran es la intensidad de la protección que merecen, así como las contribuciones por cotizaciones a la Seguridad Social. Los funcionarios de la Inspección de Trabajo [p.315] han expedientado a varias

compañías reclamando deudas atrasadas por cotizaciones de sus empleados, mientras que las compañías-plataformas alegaban que sus colaboradores eran trabajadores autónomos, que cotizan por su cuenta, y lo hacen normalmente por la base mínima o más baja de cotización, de manera que no hubo fraude. Los tribunales generalmente han reconocido como hechos probados los que recogían las actas de Inspección de Trabajo y en consecuencia han solido fallar en favor de la relación laboral. Asimismo, los funcionarios de Hacienda reclaman a estas compañías-plataformas el pago de unas cantidades muy elevadas⁴².

Hay más de dos partes en tensión, pues estamos ante una relación a cuatro bandas o más, hasta cinco o seis. Por un lado, las empresas digitales que están creciendo exponencialmente, aprovechando el lucro que genera estar exentas de cargas laborales, flota de vehículos, gestión de nóminas, responsabilidad por enfermedad, vacaciones, cotizaciones o retenciones. Por otro lado, están los intereses de las administraciones públicas, que dejan de ingresar en la caja de la Seguridad Social y en Hacienda. En tercer lugar, están interesados los productores de bienes, fundamentalmente relacionados con hostelería, que acuerdan con la plataforma la gestión de los pedidos que harán los consumidores o clientes directamente a la plataforma en vez de al restaurante. Los consumidores finales tienen interés en satisfacer sus deseos con rapidez obteniendo lo que quieren a través de una aplicación única, sin tener que tratar cada vez con el restaurador, pues basta gestionar la solicitud a la plataforma por un coste menor, apenas insignificante. Y también, la cara más visible, la de los repartidores que quieren conservar las ventajas (aparentes pero que así son percibidas⁴³) de [p.316] libertad y flexibilidad, sin verse expulsados del mercado si hubiera

⁴² Según informa la prensa española (diario *El País*, 2 de febrero de 2021), la Seguridad Social reclama cotizaciones impagadas desde 2017, por valor de 25 millones de euros, a cuatro empresas digitales, que son *Glovo*, *Deliveroo*, *Uber* y *Amazon*. La Inspección de Trabajo ha regularizado de oficio la situación laboral de 11.013 repartidores de la compañía *Glovo*, a la que reclama por cotizaciones impagadas 16,2 millones de euros. El Gobierno ha aprobado un Plan de control tributario que incluye por primera vez la supervisión del cumplimiento de las obligaciones fiscales por estas plataformas digitales, considerando la trascendencia económica de las mismas y la cascada de recientes sentencias que las condenan. Se trata de la *Resolución de 19 de enero de 2021, de la Dirección General de la Agencia Estatal de Administración Tributaria, por la que se aprueban las directrices generales del Plan Anual de Control Tributario y Aduanero de 2021* (BOE núm. 27, de 1 de Febrero de 2021).

⁴³ La Asociación Profesional de Repartidores Autónomos (APRA) y los asociados a Repartidores Unidos (diario *Expansión*, 7 de Febrero de 2021), para aprovechar la oportunidad de empleo, proponen que la ley incluya la posibilidad de asimilar una figura de autónomo digital. Afirman que de los 30.000 repartidores que haya en España, en torno al 80% quieren seguir siendo autónomos y no caer en condiciones más

condiciones legales rígidas que molesten a las plataformas o verse reducidos a precarios con un suelo ridículo si fueran convertidos en empleados con horarios rígidos. Los repartidores temen empeorar o perder su fuente de ingresos actual si la legislación exigiera demasiado a las empresas. Hay otro interés más general, por ello quizás no perceptible de inmediato, que es el de la sociedad en su conjunto, en cuanto que se materializan expectativas cuando toleramos unos determinados modelos de relaciones productivas y de servicios. Si se toleran modelos de interacción anómicos, con la pretensión libertaria de máxima flexibilidad, la sociedad está consolidando una muchedumbre de precarios, quizás una clase social germinal si Guy Standing está en lo cierto⁴⁴, por no usar aquí el tremendo nombre de esclavos modernos. Debe lograrse un equilibrio que aproveche las ventajas de la tecnología, fomente el desarrollo de negocios demandados por ser útiles al conjunto y proteja a proveedores de bienes y de servicios. Este equilibrio exige probablemente moderar a todos los implicados, regular sin asfixiar a empresas ni a los trabajadores, por supuesto, regular en función del tipo de tarea, la duración y la vinculación, para que puedan acogerse a contratos mercantiles, a contratos de trabajo o a una nueva categoría protectora que evite rigideces. Las experiencias francesa, italiana o británica muestran intentos de regulación a través de la creación de una categoría distinta entre la relación laboral y el trabajo autónomo⁴⁵. La figura española del TRADE no corresponde a la realidad sustantiva del vínculo entre la plataforma digital y los *riders*, tal como se ha desenvuelto en nuestro país con los casos de *Glovo* y *Deliveroo*, resueltos judicialmente que están marcando la pauta.

A mi juicio, esa importante sentencia del Tribunal Supremo español de 25 de Septiembre de 2020, recogida como paradigma de una interpretación realista del modelo productivo de las plataformas digitales, muestra con nitidez los intentos de

precarias, como sucede con los contratos de trabajo que está ofreciendo la plataforma *Just Eat*. Están en desacuerdo con el borrador de la Ley de Plataformas digitales, que prepara el Gobierno de España, que pretende convertir a todos en asalariados. Probablemente se legisle por separado la situación de los “riders” y la de otras plataformas.

⁴⁴ STANDING, G., *El precariado. Una nueva clase social*, traducción de Juan Mari Madariaga, Pasado y Presente, Barcelona, 2013.

⁴⁵ SÁNCHEZ-URÁN AZAÑA, M^a Y., “El trabajo en plataformas ante los tribunales: un análisis comparado”, en PÉREZ DE LOS COBOS (dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, págs. 65-85; DE LA IGLESIA ANDRÉS, P. y TORRES SUÁREZ, R. J., “Plataformas digitales y reparto a domicilio: un análisis comparado de la situación judicial y legal en Francia y en España”, *Ibidem*, págs. 137-150.

evadirse de la protección que brinda a las partes más débiles el Derecho del Trabajo. Para esto se creó el ordenamiento laboral, para amparar a los trabajadores y equilibrar la posición [p.317] tan desigual entre empleadores y empleados. Esa tensión siempre ha existido, la hubo en el pasado y la habrá en el futuro, incluso más agudizada por la falta de conciencia social y la ausencia de instituciones políticas globales que moderen o terminen con los excesos de los grupos más potentes.

La apariencia de libertad y la presión de la valoración incontrolable de cada acción del trabajador son elementos preocupantes que tienen que estar cubiertos de algún modo por el control legal, porque el abuso de la libertad y la pretensión de flexibilidad en la práctica erosionan gravemente la personalidad. Repercuten en la dimensión psicológica de la persona, atañen a la moralidad pública y afectan a la ciudadanía social⁴⁶. Por eso la protección judicial es insuficiente y urge una buena cobertura legal que permita conciliar modalidades de trabajo, siempre valorando la posición real de cada parte. Las plataformas digitales son muy diversas y la regulación no tiene por qué ser la misma sino atender al modo de producción. Y aún no está resuelto el derecho de traspaso de la valoración digital del trabajador o de cualquier ciudadano al trasladarse de plataforma, porque la reputación digital es un bien personalísimo y condiciona el prestigio personal, en cuanto funge como carta de presentación que ofrece a los demás y además valor de mercado. Afecta el régimen legal de protección de datos, pero nadie puede impedir disponer de ello⁴⁷. Los propios trabajadores no tienen claro si están subordinados o son de verdad autónomos, lo que en realidad quieren es obtener de alguna manera ingresos y, desde esta perspectiva, las plataformas tienen un efecto igualatorio⁴⁸. Si muchas personas carecen de bienestar consolidado, todavía quienes carezcan de todo aspirarán con poco a mejorar, aunque rondan el perímetro de la marginalidad⁴⁹.

⁴⁶ ALONSO, L. E., *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta, Madrid, 1999.

⁴⁷ DE STEFANO, V., "Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labor protection", *Employment Working Paper*, núm. 246, International Labour Office, Geneva, 2018.

⁴⁸ MCGUINNIS, J. O., "The Sharing economy as an equalizing economy", *Notre Dame Law Review*, vol. 94, Issue 1, 2018, págs. 329-370.

⁴⁹ La cuestión racial y discriminatoria repercute en la visión sobre las plataformas, como muestra, por ejemplo, la mayor aceptación de los conductores de *Uber* que son inmigrantes en Londres o Nueva York, que han tenido siempre mayor dificultad para incorporarse a los servicios tradicionales de taxi. *Vid.*

El siglo actual obliga a enfrentarse a nuevos cambios acelerados, sin olvidar que el empleo y la economía corresponden a un más amplio sistema de relaciones. En efecto, cada institución en un momento dado, el [p.318] colonato, la servidumbre, el trabajo regulado o la precariedad generalizada, son efectos de un sistema de relaciones socioeconómicas que produce modalidades graduales de sometimiento para obtener el máximo rendimiento lucrativo. A mi juicio hay responsables, algunos de los cuales puede ocultarse en marañas de empresas y organizaciones de todo cariz, organizaciones que promueven ideas, educan y otras que financian, investigan y extraen beneficios. Pero hay además responsabilidad colectiva: cuando actuamos como consumidores apoyamos unas determinadas maneras de organizar la producción, facilitando los abusos de las mujeres de las maquilas o la inseguridad de los repartidores de comida. Salir de esta vorágine implica previamente cambiar hábitos de consumo y asumir el ideal de austeridad en nuestras vidas. Es un cambio ecológico profundo que deberíamos poder hacer si comprendiéramos que los recursos del planeta son limitados y que hemos de hacerlo sostenible. Y que tenemos comportamientos de nuevos ricos, hedonistas y desaprensivos, incluso en países que hemos sido tradicionalmente bastante pobres.

V.- CONCLUSIONES

La realidad comparece a la vista y la calificación de los hechos tiene que ser veraz y coherente: vemos relaciones competitivas que están siendo posibles en el marco laboral porque llevamos casi cuatro décadas recibiendo el adoctrinamiento libertario y su refuerzo con las técnicas psicológicas positivas de gestión emocional (*coaching*, *mindfulness*, pensamiento positivo) que predicen resiliencia, encubren la dominación y desplazan la responsabilidad socio-económica hacia el interior de la conciencia del sujeto. Puro darwinismo social.

PRIMERA.- Detectamos hoy la misma presión que padecían los sirvientes de la Casa de Braganza, o los obreros y trabajadores durante el despegue industrial estadounidense. En el siglo XVI la libertad de un fámulo o sirviente que arrendaba sus servicios a tiempo completo y a perpetuidad era un poco mejor que la de un esclavo,

porque estaba presto a disposición del amo. Esto fue advertido en su momento por Gaspar de Baeza, en su tratado de 1570 sobre el deudor insolvente, porque arrendar servicios a perpetuidad dejaba al titular intactas su capacidad negocial y de disponer de su tiempo en días feriados, pero en cualquier instante podía recibir órdenes del amo. Era hombre libre y no esclavo, sin embargo. Por entonces los esclavos tenían reconocidos derechos, sobre sus hijos, o derecho a casarse y en la esfera espiritual, pero su ejercicio actual estaba condicionado a la conveniencia de su dueño. En último término, trabajadores a perpetuidad y esclavos no eran dueños de su tiempo.

[p.319] Algo parecido sucedía con los obreros y gente miserable que vivieron el desarrollo acelerado de los EEUU a finales del XIX y comienzos del XX. Se ha podido sostener que la situación de los más pobres entre la gente blanca apenas se diferencia en la práctica de la situación miserable de los negros, a no ser en la importancia que cobró la diferencia racial. Y que esa diferencia se utilizó como factor de explotación de ambos grupos que realizaban trabajos infrahumanos, pues permitía a los obreros blancos reconocerse aún como superiores, ya que no por el bienestar material por sus rasgos físicos que les otorgaban honorabilidad⁵⁰. Rescoldos de libertad apenas en ambos, por falta de independencia económica.

SEGUNDA.- Los intentos de moralizar la economía están abocados al fracaso si no cambian profundamente las relaciones con el entorno. Debe haber implicaciones de todos los sujetos en el ámbito global para que los principios morales lleguen a ser promovidos en serio por organizaciones e instituciones con influencia suficiente para que transiten de la retórica a la política y sean incorporadas a normas jurídicas. Las ideas extendidas sobre el comportamiento sostenible en el planeta son la manera previa de fomentar costumbres sociales que hagan posible un cambio real del comportamiento de empresas y consumidores. Ello es parejo con la protección de los más vulnerables y con la transformación del empleo. La tecnología es un instrumento que igual sirve para salvar la salud puede cortar la yugular. Los instrumentos sirven a fines. El trabajo decente es la

⁵⁰ O'CONNELL DAVIDSON, J., *Modern slavery. The margins of freedom*, Palgrave Macmillan, New York, 2015, cap. 4, pp. 86-108. Por su parte, Orlando Patterson diferenciaba la situación del peón forzado y la del esclavo porque este último carece de estatus político, siempre está excluido de la comunidad, en suma, padece una "muerte civil". PATTERSON, O., *Slavery and social death. A comparative study*, Harvard University Press, Cambridge, 1982, p. 112.

orientación final que marca objetivos medibles, según fueron promovidos desde la ILO y que podemos graduar para asegurar la defensa de la dignidad del trabajador⁵¹.

TERCERA.- Pero hay que tener abierta la mirada. Desconocer que siempre han existido intentos de aprovecharse de la necesidad ajena es, simplemente, una irresponsabilidad que la ciudadanía debe incorporar en sus reivindicaciones políticas. Los académicos podemos ayudar, cada uno a su nivel, revelando inconsistencias, comparando soluciones exitosas, [p.320] proponiendo reformas, valorando honestamente la diversidad. Los avances tecnológicos tienen por lo menos una doble faz: mejoran nuestras posibilidades de bienestar y también destruyen modos relaciones humanas. Lo que viene es inquietante, debemos afrontarlo esperanzados y al mismo tiempo precavidos. Lo que no podemos tolerar es la dejadez regulatoria de las grandes corporaciones globales que colonizan el mundo con la minería de datos, el control de la intimidad, abusan de la ignorancia sobre las consecuencias y del temor a la marginación. La ausencia de ley es el paraíso de los depredadores. Regulación prudente, para no ahorrar la libertad creativa, siempre legislación cauta que evolucione conforme a resultados medibles. Encontrar el equilibrio entre la invasión sofocante y la ausencia de reglas no se consigue a la primera, pero este esfuerzo es obligación de las democracias para que ellas misma sigan existiendo. Regulación acordada entre países que compartimos valores y formamos parte de la Unión Europea.

En realidad, parece imposible que ningún actor aislado tenga poder para frenar la evolución actual del capitalismo de vigilancia, que amplía su esfera de intervención y fragmenta espacios, incluso llegando al individuo mismo, ocasionando una regresión de derechos sociales y políticos⁵². Al combinar digitalización y conectividad en los recientes procesos económicos se han integrado la producción de bienes y de servicios para ampliar al máximo los beneficios. La extracción intensa y masiva de datos personales de

⁵¹ LANTARÓN BARQUÍN, D., *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El “trabajo decente” como telón de fondo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; MONEREO PÉREZ, J. L., *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia, 2019, págs. 217-247; VV.AA., *Las plataformas digitales y el mundo del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra, 2019.

⁵² Esta pérdida de derechos y la disolución de lo que Thomas Marshall construyó como ciudadanía social nos sitúa más allá de esas conquistas o, dado el retroceso, más acá: “Siamo quindi in un mondo post o forse pre-marshalliano”, a decir de Francesco GARIBALDO, “Una nuova fase del capitalismo. Una nova classe operaia. Quali conseguenze politiche?”, *Economia & Lavoro*, Año 54, n. 2, 2020, pág. 78.

la vida cotidiana y laboral viene generando una radical transformación del mundo del trabajo y la formación de una especie de ejército industrial de reserva, mediado por los sistemas de inteligencia artificial o la internet. La masa de gente en condición de total precariedad, *people-as-a-service*, el uso bajo demanda de personas contratadas sólo cuando hay necesidad para hacer la tarea requerida, sencilla o cualificada, repartidores o ingenieros, tanto da. Debemos desmitificar la innovación prodigiosa de nuestras sociedades hipertecnológicas que erosiona y machaca las condiciones reales de trabajo, que excluye a mayores y a jóvenes, que precariza sin parar. No todo vale.

CUARTA.- La defensa pasa por tomar conciencia y soldar a los trabajadores dispersados. Pero construir una clase social consciente reivindicativa de los derechos y hacerlo con dimensión cosmopolita nos coloca en la etapa prejurídica del nuevo contrato social que es, irremediabilmente, [p.321] a decir de Garibaldi, la condición de posibilidad de nuestra defensa frente a las oligarquías que utilizan la tecnología para dominarnos⁵³. Debe repensarse la ocupación del tiempo humano en otros modos de cooperación y cohesión social al margen del trabajo, y a la vez desvincular derechos sociales del trabajo remunerado, mediante coberturas como una renta básica o asimiladas⁵⁴. Los juristas debemos contribuir a promover normas e interpretarlas por sus fines adaptados a la realidad social, para que el Derecho sea útil instrumento ordenador y protector de sujetos vulnerables o de la parte contractual débil de una prestación de servicios, tengan estos la consideración legal de trabajadores subordinados o independientes⁵⁵.

El cambio es utopía. Los ciudadanos tienen que saberlo y asumir también su responsabilidad. Nos va más que la libertad en ello, la posibilidad de conservar nuestra dignidad como seres libres y conscientes.

⁵³ *Ibidem*, pág. 79.

⁵⁴ ALCALDE GONZÁLEZ, V., “La condición del trabajador postkeynesiano: el precariado frente a la contrarrevolución neoliberal”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 15, 2020, pág. 301.

⁵⁵ Como indica TODOLÍ SIGNES, A., “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak*, Núm. 41, 2019, págs. 39-40: “En fin, con una interpretación finalista del concepto de trabajador, esta es, aquella que permite proteger a la parte contractual débil de una prestación de servicios, mantener los valores sociales y reparar los fallos de mercado existentes en el mundo laboral, equivalente a incluir dentro de su ámbito toda prestación de servicios no realizada por una auténtica empresa, se conseguirá dar seguridad jurídica actualizando el concepto de trabajador y adaptándolo a la realidad social y productiva de nuestra época”.

VI.- BIBLIOGRAFÍA

- ALCALDE GONZÁLEZ, V. (2020). “La condición del trabajador postkeynesiano: el precariado frente a la contrarrevolución neoliberal”, *Revista Internacional de Pensamiento Político*, Vol. 15, págs. 287-303.
- ALONSO, L. E. (1999). *Trabajo y ciudadanía. Estudios sobre la crisis de la sociedad salarial*, Trotta, Madrid.
- AMEZÚA AMEZÚA, L. C. (2008). “Dictamen de F. Suárez sobre los servidores de la Casa Brigantina”, en M. ELÓSEGUI y F. GALINDO (coord.), *El pensamiento jurídico: pasado, presente y perspectiva. Libro homenaje al profesor Juan José Gil Cremades*, El Justicia de Aragón, Zaragoza, págs. 57-75.
- BELTRÁN DE HEREDIA RUIZ, I. (2021). *Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Canada, Chile, France, Germany, Italy, Nederland, New Zealand, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)*. URL del Blog: <<https://ignasibeltran.com/>>. Acceso: 30/01/2021.
- [p.322]
- BERNSTEIN, D. E. (2005). “Lochner v. New York: A Centennial Retrospective”, *Washington University Law Quarterly*, vol. 83, issue 5, págs. 1469-1527.
- BOTSMAN, R. y ROGERS, R. (2010). *What’s Mine Is Yours: The Rise of Collaborative Consumption*, Harper Business, New York.
- CUSHMAN, B., “Teaching the *Lochner* Era” (2018). *Saint Louis University Law Journal*, vol. 62, Number 3, págs. 537-568.
- DAZZI, D. (2019). “Gig economy in Europe”, *Italian Labour Law e-Journal*, Vol. 12, Núm. 2, págs. 67-122.
- DECOCK, W. (2011). “From Law to Paradise: Confessional Catholicism and Legal Scholarship”, *Rechtsgeschichte*, vol. 18, págs. 12-34.
- DECOCK, W. (2014). “La moral ilumina al derecho común: teología y contrato (siglos XVI y XVII)”, *Derecho PUCP*, Núm. 73, págs. 513-533.
- DE STEFANO, V. (2018). “Negotiating the algorithm: Automation, artificial intelligence and labor protection”, *Employment Working Paper*, núm. 246, ILO, Geneva.
- FERNÁNDEZ SEGADO, F. (2010). “El justice Oliver Wendell Holmes: «The great dissenter» de la Supreme Court”, *Teoría y Realidad Constitucional*, núm. 25, págs. 129-166.

GALBRAITH, J. K. (1993). *La cultura de la satisfacción*, traducción de José Manuel Álvarez Flórez, 5ª edición, Ariel, Barcelona.

GARIBALDO, F. (2020). “Una nuova fase del capitalismo. Una nova classe operaria. Quali conseguenze politiche?”, *Economia & Lavoro*, Año 54, n. 2, págs. 75-80.

GORDLEY, J. (1992). *The philosophical origins of modern contract doctrine*, Clarendon Press, Oxford.

HOLMES, O. W. (2006). *Los votos discrepantes del juez O. W. Holmes*, estudio preliminar y traducción de César Arjona Sebastià, Iustel, Madrid.

JARNE MUÑOZ, P. (2019). *Economía colaborativa y plataformas digitales*, Reus, Madrid.

LANTARÓN BARQUÍN, D. (2019). *La tutela internacional del trabajador: categorías y estrategias. El “trabajo decente” como telón de fondo*, Tirant lo Blanch, Valencia.

[p.323]

MCGUINNIS, J. O. (2018). “The Sharing economy as an equalizing economy”, *Notre Dame Law Review*, vol. 94, Issue 1, págs. 329-370.

MONEREO PÉREZ, J. L. (2019). *La dignidad del trabajador. Dignidad de la persona en el sistema de relaciones laborales*, Laborum, Murcia.

MUNDÓ, J. (2005). “Autopropiedad, derechos y libertad (¿debería estar permitido que uno pudiera tratarse a sí mismo como a un esclavo?)”, en M. J. BERTOMEU et al., *Republicanismo y democracia*, Miño y Dávila, Buenos Aires, págs. 187-208.

O’CONNELL DAVIDSON, J. (2015). *Modern slavery. The margins of freedom*, Palgrave Macmillan, New York.

PATTERSON, O. (1982). *Slavery and social death. A comparative study*, Harvard University Press, Cambridge.

PÉREZ DE LOS COBOS, F. (dir.) (2018). *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid.

PESOLE, A. et al. (2018). *Platform Workers in Europe*, JRC Science for Policy Report, Publication Office of the European Union, Luxembourg.

SLEE, T. (2016). *Lo tuyo es mío: contra la economía colaborativa*, traducción de Eduardo Iriarte, Taurus, Barcelona.

SOSA MAYOR, I. (2018). *El noble atribulado. Nobleza y teología moral en la Castilla moderna (1550-1650)*, Marcial Pons, Madrid.

- STANDING, G. (2013). *El precariado. Una nueva clase social*, traducción de Juan Mari Madariaga, Pasado y Presente, Barcelona.
- SUNDARARAJAN, A. (2016). *The Sharing Economy: The End of Employment and the Rise of Crowd-Based Capitalism*, The MIT Press, Cambridge.
- TARELLO, G. (1962). *Il realismo giuridico americano*, Giuffrè, Milano.
- [p.324]
- TODOLÍ SIGNES, A. (2017). *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- TODOLÍ SIGNES, A. (2019). “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan harremanak*, Núm. 41, págs. 17-41.
- TODOLÍ SIGNES, A. y HERNÁNDEZ BEJARANO, M. (dir.) (2018). *Trabajo en plataformas digitales: Innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, Cizur Menor.
- TODOLÍ SIGNES, A., SÁNCHEZ OCAÑA, J. M. y KRUIHOF AUSINA, A. (2019). *El treball en plataformes digitals a la Comunitat Valenciana*, Generalitat Valenciana-Labora.
- VALLAS, S. P. (2018). “Platform Capitalism: What is at Stake for Workers”, *New Labor Forum*, Vol. 28, Núm. 1, págs. 48-59.
- VV.AA. (2019). *Las plataformas digitales y el mundo del trabajo. Cómo fomentar el trabajo decente en el mundo digital*, Oficina Internacional de Trabajo, Ginebra.
- ZAFRA, R. (2017). *El entusiasmo. Precariedad y trabajo creativo en la era digital*, Anagrama, Barcelona.