

TEMAS LABORALES

REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO
Y BIENESTAR SOCIAL

151/2020
Primer Trimestre

151

TEMAS LABORALES

Revista Andaluza de Trabajo
y Bienestar Social

151

Junta de Andalucía
Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
Dirección y Administración
Calle Algodón, nº 1
41006 Sevilla

CONSEJO ASESOR

PRESIDENTA

ROCÍO BLANCO EGUREN
Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

VOCALES

FRANCISCO JAVIER LOSCERTALES FERNÁNDEZ	Secretario General de Ordenación de la Formación
VÍCTOR DE SANTOS SÁNCHEZ	Director Territorial de la Inspección de Trabajo y S.S
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO	Catedrático de Derecho del Trabajo y Seguridad Social
Y BRAVO-FERRER	Consejero Permanente de Estado
FERMIN RODRÍGUEZ-SAÑUDO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
GUTIÉRREZ	Universidad Pablo de Olavide
SANTIAGO GONZÁLEZ ORTEGA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad Pablo de Olavide
FRANCISCO J. PRADOS DE REYES	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
PATRIZIA TULLINI	Catedrática de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Boloni
MARÍA DO ROSARIO PALMA RAMALHO	Catedrática de Derecho del Trabajo. Universidad de Lisboa

CONSEJO DE REDACCIÓN

ROCÍO BLANCO EGUREN	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
ÁNGEL J. GALLEGO MORALES	Consejera de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo
	Presidente del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales
JESÚS CRUZ VILLALÓN	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
CRISTINA CAMPAYO RODRÍGUEZ	Profesora Titular de Universidad de Economía Aplicada
	Universidad de Sevilla
JOSÉ LUIS MONEREO PÉREZ	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Granada
MIGUEL RODRÍGUEZ-PIÑERO ROYO	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Sevilla
SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA	Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social
	Universidad de Huelva

DIRECTOR

JESÚS CRUZ VILLALÓN
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Sevilla

SUBDIRECTOR

SEBASTIÁN DE SOTO RIOJA
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social. Universidad de Huelva

Suscripciones y distribución

Consejo Andaluz de Relaciones Laborales. Calle Algodón, nº 1. 41006 - Sevilla.. Tf. 955 066 200
Precio suscripción anual –incluye cuatro números trimestrales y un especial monográfico- 72 euros. Número suelto: 18 euros.
Boletín de suscripción disponible en <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>

TEMAS LABORALES
REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL
Nº 151/2020
Primer Trimestre

ÍNDICE

Presentación	11
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
1. ESTUDIOS	
Ámbitos de la negociación colectiva en el trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación	15
MARZIA BARBERA	
Soluciones “tecnológicas” a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia	33
LIDIA GIL OTERO	
Revolución más de forma que de contenido: la huida del Derecho del trabajo por medio de la economía digital	49
FLAVIO ALEXANDRE LUCIANO AZEVEDO	
Automatización frente a autonomía: ¿fuente de autoempleo o de precarización?	65
ROSA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO	
La brecha digital generacional	77
ANA MARTÍN ROMERO	
La Carta de Derechos Fundamentales de la UE y los derechos profesionales de los trabajadores autónomos	93
NORA MARTÍNEZ YÁÑEZ	
El trabajo autónomo y los sistemas reputacionales	123
ALEXANDRE PAZOS PÉREZ	
El derecho a la negociación colectiva del trabajador autónomo en el contexto de la nueva economía digital	139
EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ	

Análisis casuístico de la prestación de servicios de los riders de Glovo a través del contenido fáctico de las resoluciones judiciales.	157
BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO	
La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de economía de plataformas: a propósito de Uber	175
YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ	
La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo	193
MARTA FERNÁNDEZ PRIETO	
El trabajo en la nueva economía: ¿Qué respuestas aporta el Derecho Social Internacional?	219
ISABELLE DAUGAREILH	
La salud y seguridad en el trabajo en la economía de plataformas	241
ÉNEA ISPIZUA DORNA	
Tiempos de vida y de trabajo: el impacto de las TICs.	259
FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL	
La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales.	275
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
Economía digital y reconocimiento del derecho de huelga y libertad sindical. nuevos desafíos para el constitucionalismo multinivel.	293
MILENA BOGONI	
Nuevos retos laborales ante la digitalización: un análisis desde la perspectiva económica	311
ALBERTO VAQUERO GARCÍA	
La obligación de seguridad 4.0.	327
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	
Impacto de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales	343
MARÍA TERESA VELASCO PORTERO	
El control empresarial por videovigilancia en la LOPD	357
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER	
Digitalización e innovación tecnológica en la administración pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos	373
INMACULADA MARÍN ALONSO	

PERFIL CIENTÍFICO Y CALIDAD DE LA REVISTA

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, se configura como una publicación científico-técnica destinada al estudio y análisis multidisciplinar de todos los aspectos relacionados con el mundo del trabajo, el sistema de relaciones laborales y el ámbito de la protección social que le resulta propio. Por este carácter está destinada a cuantos profesionales trabajan en el ámbito de las ciencias sociales, en especial, el Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, la Economía del Trabajo, la Psicología Social, la Sociología del Trabajo y la Ciencia Política.

Esta publicación, que se compone de cuatro números anuales con periodicidad trimestral más un número extraordinario monográfico, sólo editará trabajos de investigación de carácter inédito y de manera exclusiva, carácter del que se habrán de responsabilizar sus autores.

ANVUR (Agencia Nacional italiana de Valoración del sistema Universitario y de la Investigación) tiene reconocido a Temas Laborales como una revista científica clase A en el área 12, ámbito que corresponde a Derecho y Ciencia Jurídica en su conjunto.

TEMAS LABORALES se encuentra incluida también en la clasificación bibliográfica de las siguientes bases de datos y organismos vinculados a la investigación:



ASOCIACIÓN INTERNACIONAL DE REVISTAS DE DERECHO DEL TRABAJO (IALLJ)

TEMAS LABORALES, Revista Andaluza de Trabajo y Bienestar Social, es miembro de la Asociación Internacional de Revistas de Derecho del Trabajo (International Association of Labour Law Journals –IALLJ-) y mantiene acuerdos de colaboración con sus asociados, entre los que se encuentran las más prestigiosas publicaciones científicas especializadas: *Análisis Laboral (Perú)*, *Arbeit und Recht (Alemania)*, *Australian Journal of Labour Law (Australia)*, *Bulletin de Droit Comparé du Travail et de la Sécurité Sociale (Francia)*, *Bulletin of Comparative Labour Relations (Bélgica)*, *Canadian Labour & Employment Law Journal (Canadá)*, *Comparative Labor Law & Policy Journal (Estados Unidos de América)*, *Employees & Employers: Labour Law and Social Security Review (Delavci in delodajalci-Eslovenia)*, *Derecho de las Relaciones Laborales (España)*, *Diritti Lavori Mercati (Italia)*, *Diritto delle Relazioni Industriali (Italia)*, *Europäische Zeitschrift für Arbeitsrecht (EuZA-Alemania)*, *European Labour Law Journal (Bélgica)*, *E-journal of International and Comparative Labour Studies (Italia)*, *Giornale di Diritto del Lavoro (Italia)*, *Industrial Law Journal (Sudáfrica)*, *Industrial Law Journal (Reino Unido)*, *International Journal of Comparative Labour Law & Industrial Relations (Holanda)*, *International Labour Review (OIT)*, *Japan Labor Review (Japón)*, *Labour and Social Law (Bielorrusia)*, *Labour Society and Law (Israel)*, *Lavoro e Diritto (Italia)*, *Pecs Labour Law Journal (Hungría)*, *Revista de Derecho Social (España)*, *Revue de Droit du Travail (Francia)*, *Rivista Giuridica del Lavoro e della Previdenza Sociale (Italia)*, *Russian Yearbook of Labour Law (Rusia)*, *Studia z Zakresu Prawa Pracy i Polityki Społecznej (Polonia)* y *Zeitschrift für ausländisches und internationales Arbeits- und Sozialrecht (Alemania)*.

Más información sobre su objeto y actividades, en <http://www.labourlawjournals.com>

HISTÓRICO Y HEMEROTECA DE LA REVISTA

Los contenidos del fondo de la Revista TEMAS LABORALES pueden ser consultados, tanto por autor, título, tipo de artículo, materia o número de edición, en la base de datos creada al efecto y disponible en la web del Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, en la sección específica dedicada a la Revista "Temas Laborales": <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carlp/portal/web/guest/documentacion-investigacion/revistas-y-monografias>

FICHA TÉCNICA Y NORMAS SOBRE REMISIÓN DE ORIGINALES

La remisión de los trabajos se efectuará por correo electrónico a los miembros de Dirección de la Revista, siempre debidamente identificados y en archivos de texto que permitan su procesamiento, a alguna de las siguientes cuentas: [jesucruz@us.es](mailto:jescruz@us.es) y/o chano@uhu.es. De su recepción se acusará recibo por el mismo medio en el plazo máximo una semana.

De acuerdo con el formato que caracteriza a esta publicación –que puede consultarse en detalle en el espacio web indicado-, los textos originales se remitirán elaborados con letra tipo Time New Roman, tamaño 12 -a excepción del título e índice y notas al pie, que irán a 14 y 10, respectivamente-, interlineado sencillo y márgenes de 2,5 cm. La presentación se habrá de ajustar además a las siguientes reglas de estilo:

1. ENCABEZAMIENTO

Título, todo en mayúscula, negrita, alineado a derecha.

Nombre y apellidos, en mayúscula, sin negrita, alineado a derecha.

Categoría profesional, con referencia al cuerpo y área de conocimiento, con iniciales en mayúscula, cursiva y alineado a derecha.

Universidad o centro de destino, sin negrita y alineado a derecha.

2. EXTRACTO Y PALABRAS CLAVE

En un recuadro que no deberá exceder de una página junto con el encabezamiento anterior, teniendo en cuenta que deberá duplicarse con su traducción al inglés, el autor reflejará en un extracto (*abstract*) las valoraciones, tesis o conclusiones básicas del trabajo, procurando evitar hacer un resumen del mismo que el lector pueda deducir de la lectura del índice. Junto a éste se incorporarán las palabras clave (*key words*) que se estimen indicativas de su contenido hasta un máximo de cinco, separadas por punto y coma.

3. ÍNDICE

Comenzando página nueva se elaborará un índice general del estudio, utilizando siempre números arábigos, nunca romanos ni letras, no superando el triple apartado (p.e.: 2.4.3).

4. TÍTULOS DE LOS APARTADOS

El título de cada apartado reflejará literalmente, con plena coincidencia, lo expresando en el índice general del trabajo expresado al inicio. Su formato responderá a los siguientes caracteres adicionales: negrita y mayúscula los primeros apartados (1.); minúscula los subapartados (1.1.); minúscula y cursiva en su tercera división (1.1.1.). En todos los casos sin punto final.

5. TEXTO

Siempre a un espacio y sin sangrado de líneas. Se procurará evitar remarcar el texto con comillas, mayúsculas, negritas, subrayados o cursivas, si bien, las palabras extranjeras podrán resaltarse mediante este último recurso.

Los acrónimos y abreviaturas de leyes y términos jurídicos universales podrán emplearse sin desarrollo explicativo con carácter general, en otro caso deberá ir precedida de una exposición en su primer uso a través de paréntesis.

Las referencias a proyectos de investigación se pondrán incorporar en la primera página si no se excede la extensión reservada al contenido obligatorio de la misma mediante nota a pie de página con marca asterisco (*).

6. NOTAS

Las notas, que se utilizarán para incluir texto adicional, podrán confeccionarse opcionalmente a pie de página o con el sistema Harvard (autor, año de edición, página). Sólo en el este último caso se incorporará un listado bibliográfico al final del estudio.

En el caso de optar por la nota a pie se identificará debidamente al autor y la obra citada. Para la identificación del autor se utilizarán, en este orden, los dos apellidos (solo la inicial en mayúscula) y la inicial del nombre. Para la identificación de la obra se tendrá que en cuenta que los títulos de las monografías se escribirán en cursiva, figurando a continuación la editorial, lugar y año.

Los títulos de los artículos y de las participaciones en obras colectivas se escribirán entrecomillados, tras éste, en cursiva, se indicará la revista o el libro de que se trate, así como el de su coordinador o director, entre paréntesis, en el segundo caso. En el caso de revistas, pudiéndose citar mediante su título completo sólo la primera vez, se indicará a continuación el número o tomo de orden y año separados por barra (/), así como el número de la primera y última página, si la referencia es a su conjunto, o la página concreta en otro caso, con las abreviaturas p. y pp. La cita completa de las obras sólo se realizará la primera vez. Para las siguientes bastará con citar el nombre del autor seguido de una versión abreviada del título y del acrónimo "op.cit.", si tiene más de una obra.

Ejemplos:

- Cruz Villalón, J., "Impacto de las reformas laborales sobre la negociación colectiva", TEMAS LABORALES 120/2013, pp.13-32.

También, Cruz Villalón, J., "Impacto...", op. cit., TL 120/2013, p.23.

- De Soto Rioja, S., "Los sujetos de la negociación colectiva. En especial, tras las reformas operadas durante 2007", en AA.VV., *Cuestiones problemáticas de la negociación colectiva* (S. de Soto, Coord.), Monografías de Temas Laborales 42, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales, Sevilla, 2009.

7. EXTENSIÓN

Con las reglas de formato expuestas se procurará no superar las 25 páginas de extensión con un mínimo de 10, en el caso de los estudios de doctrina.

8. CORRECCIÓN DE PRUEBAS

Los originales serán revisados para su adaptación a las reglas de estilo. Las modificaciones que el autor desee realizar con posterioridad a la remisión del documento deberán llevarse a cabo a través de Dirección mediante indicación precisa de las mismas, salvo que sean de tal entidad que requieran de una nueva maquetación pudiendo iniciarse en tal caso un nuevo proceso de evaluación. Salvo circunstancias excepcionales los autores no harán corrección de pruebas.

9. PROCEDIMIENTO DE EVALUACIÓN

Los trabajos, previo informe externo de evaluación, serán elevados al Consejo de Redacción a efectos de decidir sobre su admisión, según criterios objetivos de calidad, actualidad, profundidad y oportunidad editorial. De su resultado, en un plazo máximo de 45 días, se dará traslado inmediato al autor.

Con el fin de garantizar la objetividad e independencia de las evaluaciones, el proceso de evaluación de originales se desarrollará de forma anónima. Por consiguiente, la revista no facilitará a los autores la identidad de los evaluadores seleccionados ni tampoco facilitará a estos últimos la identidad de los autores. El informe de evaluación hará referencia al carácter favorable o desfavorable de la evaluación sobre la base de la calificación que obtenga en relación a los siguientes ítems: El informe podrá incluir observaciones y/o recomendaciones para la mejora del mismo.

10. CESIÓN DE DERECHOS

Mediante el envío de originales, siempre que sean aceptados para su publicación, se considerará que el autor está cediendo sus derechos y autorizando al Consejo Andaluz de Relaciones Laborales a dar la máxima difusión a su contenido, en cualquier formato, incluida la publicación a través de su hemeroteca.

LABOUR AFFAIRS
INDUSTRIAL RELATIONS AND SOCIAL WELFARE
ANDALUSIAN REVIEW
Nº 151/2020
First Trimester

INDEX

Presentation	11
JESÚS CRUZ VILLALÓN	
1. STUDIES	
Areas of collective bargaining in self-employment: between precariousness and regulation	15
MARZIA BARBERA	
"Technological" solutions to classic problems: the jurisprudential evolution of wormhering and dependence	33
LIDIA GIL OTERO	
Revolution more of what of content: the flight from labour law through the digital economy	49
FLAVIO ALEXANDRE LUCIANO AZEVEDO	
	65
Automation versus autonomy: source of self-employment or precarization?	
ROSA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO	
	77
The generational digital divide.	
ANA MARTÍN ROMERO	
	93
The Charter of Fundamental Rights of the EU and the labour rights of self-employed workers.	
NORA MARTÍNEZ YÁÑEZ	
	123
Self-employment and reputational systems	
ALEXANDRE PAZOS PÉREZ.	
	139
The right to collective bargaining of self-employed workers in the context of the new digital economy	
EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ	

Casuistic analysis of the provision of services by Glovo riders through the factual content of court decisions.	157
BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO	
The Court of Justice's case-law on platform economics: on Uber.	175
YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ	
The provision of services through digital platforms. the Deliveroo case . . .	193
MARTA FERNÁNDEZ PRIETO	
Work in the new economy: What answers does it provide in International Social Law?	219
ISABELLE DAUGAREILH	
Occupational health and safety in the platform economy	241
ENEAS IZQUIERDO DORNA	
Life and working times: the impact of ICTS	259
FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL	
The delimitation of the right to privacy of workers in the new digital scenarios.	275
ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO	
Digital economy and recognition of the right to strike and freedom of association. New challenges for multilevel constitutionalism.	293
MILENA BOGONI	
New job challenges in the face of digitization: an analysis from the economic perspective	311
ALBERTO VAQUERO GARCÍA	
Security obligation 4.0.	327
MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ	
Impact of the time-registration obligation in light of early court decisions. . .	343
MARÍA TERESA VELASCO PORTERO	
Business control by video surveillance in the LOPD.	357
MERCEDES LÓPEZ BALAGUER	
Digitization and technological innovation in public administration: the necessary redefinition of the rights of public employees	373
INMACULADA MARÍN ALONSO	

PRESENTACIÓN

El presente número de la Revista Temas Laborales tiene un carácter cuasi monográfico, pues en el mismo se recogen las aportaciones efectuadas al Seminario Internacional sobre “El trabajo en la nueva economía”, celebrado en el campus universitario de Pontevedra de la Universidad de Vigo, los días 14 y 15 de noviembre de 2019. El mismo se enmarca en el desarrollo de cuatro proyectos de investigación coordinados del Ministerio de Economía y Competitividad: “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital” (DER2017-83448-C4-2-R) de la Universidad de Vigo, “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital” (DER2017-83488-C4-3-R) de la Universidad de Valencia, “Los derechos fundamentales ante el cambio del empleo público en la era digital” (DER2017-83488-C4-4-R), Universidad del País Vasco, “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” (DER2017-83488-C4-1-R) de la Universidad de Sevilla. En esta ocasión, la organización del Seminario correspondió al proyecto de la Universidad de Vigo, con la colaboración del resto de los subproyectos, por lo que el punto de atención se centró sobre todo en el impacto de la economía digital sobre el trabajo autónomo, así como de su frontera con el trabajo subordinado, si bien con un enfoque de contextualización más amplio, que ha permitido traer al debate científico el conjunto de desafíos que presenta la economía digital a la intervención legislativa y convencional en el mundo del trabajo en su conjunto.

A pesar de que el mencionado Seminario se articuló en una fórmula clásica de diferenciar entre Ponencias y comunicaciones, a efectos de su presentación como publicación unitaria se ha considerado oportuno no efectuar tal distinción, otorgando a todos el mismo carácter de estudios en la Revista.

Cuatro grandes bloques de materias se presentan al efecto: la dualidad entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, la intervención normativa en el ámbito del trabajo autónomo en la nueva economía, condiciones de trabajo en la nueva economía, así como los nuevos retos laborales ante la digitalización de la economía.

Aunque en las aportaciones dominan los análisis más de carácter jurídico, los mismos se ven profundamente apoyados por análisis de carácter económico, sociológico y técnico. Del mismo modo, a pesar de que muchos de los enfoques se realizan desde la perspectiva estricta de nuestro país, abundan igualmente los análisis de Derecho Comparado, así como la perspectiva del papel que está desplegando en Derecho supranacional e internacional propiamente dicho. Asimismo, en los enfoques se toman en consideración tanto los asuntos relativos

a la perspectiva individual de las relaciones laborales como la correlativa a las relaciones colectivas de trabajo. Clave a todos estos efectos está siendo la valoración de los pronunciamientos judiciales más recientes sobre todos estos aspectos.

Ello ha permitido abordar debates de primer orden entre los que destacaría: la pervivencia o superación de la dualidad clásica entre trabajo autónomo y trabajo subordinado, el siempre complicado deslinde de los requisitos determinantes de la subordinación presupuesto de la aplicación de la legislación laboral, con particular atención al trabajo en las plataformas digitales, los efectos de segmentación del mercado de trabajo como causa de brechas generacionales, los aspectos relativos a la prevención de riesgos laborales, al derecho a la protección de la intimidad y al derechos a la protección de datos personales en los nuevos escenarios digitales tanto desde la perspectiva sustantiva como desde la procesal, a las especialidades en el ámbito del empleo público, a los retos planteados en la aplicación de la normativa sobre tiempo de trabajo en la nueva economía, a la acción sindical en la empresa y a la negociación colectiva en el trabajo autónomo.

No quisiera concluir esta breve presentación sin expresar mi personal y profundo agradecimiento a la profesora Emma Rodríguez Rodríguez, de la Universidad de Vigo, quien ha asumido con rigor y eficacia la siempre poco gratificante tarea de organización y adaptación de los textos del presente número de la Revista.

Jesús Cruz Villalón
Director de la Revista
Catedrático de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Estudios

ÁMBITOS DE LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA EN EL TRABAJO AUTÓNOMO: ENTRE LA PRECARIEDAD Y LA REGULACIÓN

MARZIA BARBERA

Catedrática de Derecho del Trabajo y Derecho antidiscriminatorio

Universidad de Brescia (Italia)

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: Trabajo autónomo; economía digital

En las últimas décadas, las transformaciones del sistema productivo y la innovación tecnológica derivada de la digitalización han provocado un crecimiento significativo del trabajo autónomo. El surgimiento de estas nuevas formas de trabajo va acompañado de nuevas necesidades sociales y nuevas demandas de protección. A menudo, las trayectorias profesionales de los trabajadores autónomos se asocian con la inseguridad laboral, la inestabilidad de los ingresos y la falta de desarrollo de habilidades profesionales. El artículo analiza las reacciones del legislador italiano, la doctrina y la jurisprudencia ante esta redefinición de las fronteras internas del trabajo económicamente dependiente. Se trata de entender si el derecho laboral está adaptándose a esta nueva situación social y laboral, una de las muchas que ha pasado a lo largo de su historia, o si, por el contrario, se trata de un cambio más profundo en sus coordenadas subyacentes.

ABSTRACT

KEY WORDS: Self-employment; digital economy

In the last decades, the transformations of the production system and the technological innovation due to the digitalization have caused a significant growth of the autonomous work. The emergence of these new forms of work is accompanied by new social needs and new demands for protection. Often, the career paths of self-employed workers are associated with job insecurity, income instability and lack of professional skills development. The article analyzes the reactions of the Italian legislator, doctrine and jurisprudence to this redefinition of the internal borders of the economically dependent work to try to understand if what is being done is an adaptation of labor law to the changing social situation, one of the many it has been gone throughout its history, or if, on the contrary, there is a deeper change in its underlying coordinates.

ÍNDICE

1. ¿POR QUÉ SE PLANTEA HOY LA CUESTIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO?
2. EMPRESA “DESMATERIALIZADA” Y TRABAJO AUTÓNOMO
3. LAS POSTURAS DE LA DOCTRINA: BIPOLARIDAD DE LA CALIFICACIÓN, REPLANTEAMIENTO DEL PARADIGMA LABORALISTA, HIPÓTESIS FUNCIONALISTA
4. EL “EXPERIMENTALISMO” DEL LEGISLADOR Y LAS INCERTIDUMBRES DE LA JURISPRUDENCIA
5. EL DERECHO DEL TRABAJO ENTRE GRANDES DICOTOMÍAS, “ESTATUS DE EMPLEADOS” Y FUNCIONALISMO. LAS NUEVAS CATEGORÍAS DE RIESGO Y VULNERABILIDAD

1. ¿POR QUÉ SE PLANTEA HOY LA CUESTIÓN DEL TRABAJO AUTÓNOMO

En las últimas décadas, las transformaciones del sistema productivo, marcadas por el paso de una economía industrial-fordista a un modelo de especialización flexible basado en los servicios, con la consiguiente fuerte expansión del sector terciario y la innovación tecnológica debida a la digitalización, han provocado un crecimiento significativo del trabajo autónomo. En Italia, el fenómeno es bastante evidente: a principios del 2019, el número de trabajadores autónomos registrados era alrededor de cinco millones, es decir, una cuarta parte del número total de los empleados del país. Se trata de una parte significativa del empleo, superior a la media europea (en torno al 15%) y a la media de otros países mediterráneos, como Portugal y España, pero también de Irlanda y del Reino Unido, donde el peso del trabajo por cuenta propia se sitúa en torno al 16%. En su mayoría son trabajadores autónomos sin empleados, es decir, verdaderos trabajadores autónomos, y no pequeñas empresas, y constituyen la gran mayoría -el 72 %- de los trabajadores autónomos en sentido amplio. Lo mismo ocurre en España, donde el 94% de los autónomos que realizan una actividad profesional o económica no tienen trabajadores a su servicio, o solo uno o dos.

A pesar de su tamaño, la aparición de estas nuevas formas de trabajo, acompañadas de nuevas necesidades sociales y nuevas demandas de protección, ha sido objeto de poca atención durante cierto tiempo, tanto en el debate científico¹ como en el discurso público. Es posible que una de las razones de este desinterés sea la caracterización negativa o en negativo del trabajo autónomo. En los análisis sociológicos, los trabajadores autónomos se han asociado a menudo con evasión fiscal, rentas de posición y comportamiento individualista. En los análisis jurídicos, el trabajo autónomo era *todo* lo que se situaba en las tierras desconocidas más allá de los pilares de Hércules del trabajo subordinado, del que

¹ Con algunas relevantes excepciones, M. Pedrazzoli, *Lavoro “san phrase” e ordinamento dei lavori. Ipotesi sul lavoro autónomo*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 1998, pp. 49 ss.

preocuparse sólo en el caso de los «falsos autónomos», es decir de los trabajadores objetivamente subordinados y no reconocidos como tales, o de los trabajadores autónomos tan parecidos a los trabajadores subordinados que merecían el apelativo de “para-subordinados”. Por lo tanto, la atención del Derecho laboral se ha centrado únicamente en estos últimos, ejerciendo una función de protección, pero también una función de delimitación de los confines de la figura, con fines antifraude (véase la legislación sobre el trabajo coordinado y continuo a través de proyectos, actualmente derogada).

La regulación del trabajo autónomo, por eso, ha continuado regulándose por el derecho privado no laboral y por una serie de figuras contractuales específicas previstas en el Código Civil, a las que se ha añadido una escasa protección social, la protección frente a los riesgos laborales, el reconocimiento de la libertad de afiliarse a un sindicato y del ejercicio de formas de autodefensa colectiva (pero no del derecho de huelga)² y la protección frente a la discriminación, al menos en relación con el acceso al trabajo.

Por todo esto, el debate sobre la crisis de la subordinación que se desarrolló ya en los años ochenta, paralelo a la superación del modelo de producción fordista sobre el que se modeló el prototipo social del trabajador subordinado, tomó la forma de un debate sobre la diferenciación interna de la subordinación, con el fin de investigar sus líneas internas de fractura, debido a la multiplicación de formas de trabajo y tipos de contrato, cuya formación contradecía la tensión hacia la universalidad de las reglas que siempre han caracterizado el derecho laboral³.

La convicción de que ocuparse del trabajo y su regulación implicaba ocuparse del trabajo subordinado, y que ello justificaba la permanencia del derecho laboral dentro de los límites marcados por el art. 2094 del Código Civil (que define las características de esta figura contractual, identificándolas en la dependencia jurídica y en la dirección de los demás) se debió, a su vez, a la convicción de que el trabajo subordinado era “inmanente” a la empresa. En esencia, que había un “vínculo estructural y no meramente funcional con la empresa”⁴; que, en resumen, no podía existir la empresa (como organización productiva jerárquica,

² Tribunal Constitucional, sentencia 31 de marzo de 1994, n. 114.

³ M. D’Antona, *La subordinazione e oltre. Una teoria giuridica per il lavoro che cambia*, en M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni. Comparazioni e prospettive*, Il Mulino, Bologna, 1989, p. 43 ss.

⁴ M. Napoli, *Contratto e rapporto di lavoro, oggi*, en *Le ragioni del diritto. Scritti in onore di Luigi Mengoni*, Giuffrè, Milano, 1995, p. 1139.

aunque se entienda la jerarquía en un sentido técnico-funcional y no en un sentido sociológico), sin trabajo subordinado⁵.

Se podría decir que estas tesis reflejan a nivel jurídico la teoría neo-institucionalista de la empresa, que ve en el uso de la jerarquía la necesidad de que la empresa evite costos de transacción excesivos, vinculados a los recursos necesarios para la organización del proceso de producción.

En este sentido, la subordinación también ha constituido “el fundamento de la autonomía del derecho del trabajo”⁶ y la razón que justifica una protección ofrecida sólo a ciertos empleos: a aquellos sujetos a esta jerarquía, no a todos.

Sin embargo, ya a finales de los años 80, del declive del modelo organizativo de la fábrica fordista y de la difusión de modelos organizativos basados en la *lean production*, se había puesto de manifiesto cómo se estaba produciendo una ósmosis entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo, en el sentido de su sustancial fungibilidad e intercambiabilidad.

Las empresas podían externalizar la producción y sustituir el trabajo subordinado por formas contractuales de tipo mercantil o civil (además del trabajo autónomo, el *franchising*, la externalización, la subcontratación, etc.) o aprovechar, indistintamente, el trabajo subordinado o el trabajo autónomo en el mismo ciclo productivo.

La gran empresa ha dejado así de ser el lugar de las relaciones laborales protegidas. Uno al lado del otro, en la empresa desarticulada trabajan trabajadores estables, trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, trabajadores empleados por contratistas, trabajadores autónomos y (a veces) falsos trabajadores autónomos.

A través de las redes de producción, las cadenas de valor entre productores y proveedores, las empresas del “capitalismo molecular” realizan en el plano horizontal la integración de los factores de producción antes realizada en el plano vertical dentro de la gran empresa⁷.

Esto, por un lado, muestra hasta qué punto resulta simplificadora la dicotomía entre mercado y jerarquía propuesta por la teoría económica institucionalista antes mencionada. Se trata de esa alternativa entre “*make*” (hacer) y “*buy*” (comprar), según la cual los procesos productivos industriales pueden “hacerse” a través de una organización de los factores productivos de tipo jerárquico, o “comprarse” en el mercado a través de la externalización de parte de la actividad

⁵ M. Grandi, La subordinazione tra esperienza e sistema dei rapporti di lavoro, en M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni...*, op. cit., p. 90.

⁶ M. D’Antona, op. cit., p. 44.

⁷ A. Lo Faro, *Processi di outsourcing e rapporti di lavoro*, Giuffrè, Milano, 2003.

y a través de relaciones jurídico mercantiles o civiles. Esta alternativa es cuestionada no sólo porque no es una alternativa binaria (las empresas pueden recurrir, para la gestión de la organización productiva, tanto a relaciones jerárquicas como al mercado), sino también porque incluso en las relaciones del mercado se pueden dar condiciones de dependencia económica y organizativa muy marcadas y relaciones profundamente autoritarias, las cuales, sin embargo, quedan excluidas de la protección de la ley laboral debido a la calificación como relaciones de trabajo autónomo⁸.

Por otro lado, también se produce el efecto de cuestionar la función del contrato de trabajo como elemento esencial de la organización de la empresa⁹. Esto no significa que el contrato de trabajo ya no sea una herramienta central para lograr los resultados buscados por la empresa, incluida la empresa posfordista. Por el contrario, este papel ahora se juega con respeto a algunos segmentos de la fuerza laboral, especialmente aquellos para los cuales es necesario conservar el capital del conocimiento acumulado y/o asegurar una cooperación duradera para lograr el resultado productivo.

2. EMPRESA “DESMATERIALIZADA” Y TRABAJO AUTÓNOMO

La revolución digital ha acentuado al máximo estas tendencias, hasta el punto de hacer hablar a algunos de una “empresa desmaterializada”. Los sistemas de producción basados en la integración horizontal son típicos de las empresas de I+D de la Silicon Valley, que los han utilizado desde su creación. En comparación con el tamaño de las grandes multinacionales del pasado, empresas como Apple, Google, Instagram, pero también las grandes empresas de tecnología media como Nike, tienen un número de empleados sumamente reducido, a menudo unas pocas docenas. En las empresas de la economía *on demand*, la organización productiva interna se reduce al mínimo, al igual que la mano de obra.

La idea, bastante extendida en las teorías económicas sobre los costos de transacción, de que el contrato de trabajo autónomo es un mecanismo primordial de suministro de mano de obra porque obliga a “comprar” mano de obra cada vez que se necesite y porque obliga a renegociar los términos de intercambio originalmente establecidos, ha demostrado ser una idea que no tiene en cuenta

⁸ M. Barbera M., *Trasformazioni della figura del datore di lavoro e flessibilizzazione delle regole del diritto*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2010, p. 203 ss.

⁹ Sobre esta función del contrato de trabajo, M. Barbera, *Noi siamo quello che facciamo. Prassi ed etica dell'impresa post-fordista*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2014, p. 633; B. Caruso, *Il contratto di lavoro come istituzione europea*, en WP C.S.D.L.E. “Massimo D’Antona”.INT - n. 84, 2010. a Cnzini, 2016)lación de Turín ondo grado.zioni ondustriali, 2che di due diligence dalla docente prima dell’

la velocidad y la interconectividad de los intercambios en la economía de las plataformas - “Internet de las cosas” - ni la expansión virtual de los mercados de trabajo, de modo que resulta fácil sustituir incluso a los trabajadores con conocimientos especializados, en particular dividiendo en micro-tareas los trabajos que antes eran típicos de un perfil profesional único y asignándolas a contratistas independientes geográficamente distantes unos de otros. Un ejemplo es la plataforma Amazon *Mechanical Turk*: en este espacio, los trabajadores dispuestos a realizar micro-tareas (entrada de datos, ejecución de operaciones sencillas sobre conjuntos de datos de propiedad de empresas e instituciones, traducción de textos cortos) ponen su capacidad de trabajo a disposición de cualquier empresa o particular que desee adquirir estos servicios de microtareas.

Fue, sobre todo, la digitalización de la economía lo que atrajo la atención de los investigadores sociales y de los juristas hacia el trabajo autónomo.

Parte del debate se handedicado precisamente a la disputa sobre si se cumplió o no la profecía de una expansión progresiva del trabajo autónomo a costa del trabajo subordinado, como consecuencia del desarrollo tecnológico¹⁰. Para algunos de los juristas que se ocuparon del asunto, esta profecía no se ha cumplido, ni por las buenas ni por las malas. Según una primera opinión, el resultado ha sido más positivo que negativo, porque las oportunidades de mayor libertad y autonomía ofrecidas por la innovación tecnológica no se han traducido en un cambio en el centro de gravedad del trabajo subordinado al autoempleo y no han afectado solo a los trabajadores más calificados, los trabajadores del conocimiento, sino que afectan al trabajador regular, al trabajador de la gran empresa manufacturera, con un cambio “ascendente” del poder de gestión¹¹. Según una corriente doctrinal, en cambio, el resultado ha sido más negativo que positivo, en el sentido de que el crecimiento del trabajo autónomo ha sido el efecto de un proceso de sustitución del trabajo dependiente por trabajo autónomo (a menudo falso), con el único propósito de evadir los costos del primero¹².

En realidad, la investigación social también ha encontrado dificultades considerables en interpretar el trabajo autónomo, dado que la naturaleza y la estructura interna de los trabajadores independientes son difíciles de identificar y dado que ellos se dedican a actividades muy diferentes en sectores diversos y tienen una alta heterogeneidad en los niveles de ingresos y las condiciones del mercado. Se tiende a aceptar que dentro de la investigación social incluso falta

¹⁰F. Carinci, *Rivoluzione tecnologica e diritto del lavoro: il rapporto individuale*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 1985, p. 203 ss.

¹¹L. Corazza, *Note sull'industria 4.0*, en *Diritto delle relazioni industriali*, p. 1069.

¹²V. Bavaro, *Questioni in diritto su lavoro digitale, tempo e libertà*, en *Rivista giuridica del lavoro*, 2018, p. 40, recordando las tesis de Daubler y Klebe en W. Daubler, T. Klebe, *Crowdwork: datore di lavoro in fuga?*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2016, p., 471 ss..

una definición compartida del trabajo autónomo, porque las definiciones de los tipos de trabajo que se toman como referencia en algunos casos también incluyen pequeños empresarios y en otros no. Por este motivo, los indicadores numéricos resultan muy ilustrativos (y de hecho hablan de un crecimiento en el trabajo autónomo, como lo documenta un estudio reciente realizado a nivel comparado basado en datos de Eurostat¹³), pero no lo suficiente, porque necesitamos profundizar nuestro análisis para considerar la composición de esta categoría. Es sobre todo su composición *interna* la que ha cambiado profundamente en los últimos años, de modo que pierde virtualidad referirse al fenómeno solo en términos de valores absolutos.

Algunas investigaciones cualitativas más recientes confirman la hipótesis del fenómeno de la sustitución extensiva, pero también confirman el crecimiento del llamado “trabajo autónomo de segunda generación”, es decir, trabajadores dedicados a actividades con contenido intelectual o creativo, cuya autonomía se basa en habilidades técnico-científicas y habilidades de comunicación poseídas, en lugar basarse en patrimonios y propiedades, como fue el caso de los artesanos y comerciantes¹⁴. Un incremento de la tasa de los trabajadores independientes también se puede atribuir al aumento del tamaño al tipo de empleo requerido, en los sectores en donde estos están más presentes (servicios empresariales y servicios sociales), en comparación con los sectores donde no están presentes (agricultura, comercio y producción), lo que implica una señal del cambio productivo de manera paulatina hacia el sector terciario.

Otro factor clave en el crecimiento tanto de los trabajadores autónomos precarios como de los trabajadores autónomos profesionales, como antes mencionado, es precisamente la innovación tecnológica, no solo en términos de aumentar la oferta de nuevas habilidades profesionales, sino, aún más importante, a través de sus efectos sobre la demanda laboral.

La demanda de trabajo de las empresas de la *gig economy* se ha dirigido principalmente hacia el autoempleo por las características que éste ofrece, es decir, la de una fuerza laboral intrínsecamente flexible, individual e inmediatamente disponible¹⁵. Esto ha llevado a la multiplicación de los puestos de trabajo

¹³ R. Semenza, F. Pichault, *The Challenges of Self-Employment in Europe*. Status, Social Protection and Collective Representation, Elgar Publishing, Cheltenham, 2019.

¹⁴ S. Bologna, A. Fumagalli, *Il lavoro autonomo di seconda generazione: scenari del postfordismo in Italia*, Feltrinelli, Milano, 1997

¹⁵ R. Semenza, A. Mori, *La crescita del lavoro autonomo e le nuove sfide sociali*, en *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile* (a cura di G. Zilio Grandi, M. Biasi), Wolters Kluwer, Milano, 2018, p. 13 ss.

autónomo en campos como la ingeniería, el diseño, la comunicación, la investigación y la consultoría.

En estos casos, el autoempleo se identifica con situaciones muy diferentes entre sí: desde las actividades típicas de consultoría con un alto nivel de conocimiento especializado -piénsese en las nuevas profesiones de tipo consultoría vinculadas a lo digital- hasta las profesiones liberales del sector de la industria creativa y cultural -músicos, escritores, periodistas-, pasando por el trabajo independiente posibilitado por plataformas digitales especializadas en la gestión del encuentro entre la oferta y la demanda. Estos trabajadores, como leemos en el “Manifiesto Acta” suscrito por un grupo organizado de trabajadores autónomos¹⁶, no tienen que responder simplemente a una demanda del mercado; a menudo tienen que “construir el mercado”, “inventar la demanda”, descubriendo las necesidades ocultas, inconscientes e implícitas del cliente. Contrariamente a lo que se podría pensar, este tipo de relaciones a menudo están dotadas de cierta estabilidad. Para las empresas que se centran en los procesos de innovación, resulta crucial contar con una red estable de profesionales altamente cualificados, con lenguajes compartidos y, por lo tanto, capaces de actuar como conectores entre comunidades epistémicas¹⁷.

La literatura sociológica también ha destacado repetidamente los aspectos subjetivos (la *agency*) del autoempleo, refiriéndose a una especie de empuje espontáneo y liberador de las nuevas generaciones de trabajadores, atraídos por estilos de vida alternativos a los más rígidos y típicos del trabajo subordinado vinculados a las limitaciones de las empresas¹⁸.

Sin embargo, estas nuevas oportunidades de empleo no van necesariamente de la mano de la aparición de nuevos perfiles profesionales cualificados. A menudo, las trayectorias profesionales de los trabajadores autónomos se han asociado con inseguridad laboral, inestabilidad de los ingresos y falta de desarrollo de habilidades profesionales¹⁹.

Los iuslaboralistas han redescubierto así “los caminos trans-típicos de la precariedad laboral”²⁰. Como ya se ha mencionado, estos nuevos mercados laborales se caracterizan por una gran porosidad entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo y por el uso de esquemas contractuales híbridos que permiten

¹⁶ Manifiesto Acta, en <https://www.actainrete.it/2010/10/22/questo-e-il-nostro-manifesto/>.

¹⁷ V. Finotti, *Lavoro autonomo e lavoro agile: una nuova frontiera manageriale*, en *Commentario breve allo Statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, op. cit., p. 27 ss.

¹⁸ R. Semenza, A. Mori, op. cit., p. 21.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile: come cambiano i concetti di subordinazione e autonomia nel diritto del lavoro*, en G. Zilio Grandi G., M. Biasi, *Commentario breve allo statuto del lavoro autonomo e del lavoro agile*, op. cit., p. 66.

combinar flexibilidad y continuidad. El mismo servicio, caracterizado por el trabajo sin limitaciones precisas de tiempo y lugar de trabajo, puede ser calificado como un servicio de trabajo subordinado, para-subordinado o autónomo según un continuum de dependencia-autonomía en el que es difícil distinguir dónde termina un tipo y dónde comienza el otro²¹.

Puede ser interesante analizar más de cerca las reacciones del legislador, la doctrina y la jurisprudencia italianas a esta redefinición de las fronteras internas del trabajo para tratar de entender si lo que se está produciendo es una adaptación del derecho laboral a la cambiante situación social, como ha ocurrido en otros momentos de la historia, o si, por el contrario, hay un cambio más profundo en sus coordenadas subyacentes.

3. LAS POSTURAS DE LA DOCTRINA: BIPOLARIDAD DE LA CALIFICACIÓN, REPLANTEAMIENTO DEL PARADIGMA LABORALISTA, HIPÓTESIS FUNCIONALISTA

Si queremos simplificar al máximo, podríamos decir que la doctrina se ha visto atrapada en un debate influido por peticiones de principio, más en particular por una cierta visión de lo que es el derecho del trabajo y, más aun, de lo que debería ser, oscilando entre el intento de mantener el modelo bipolar basado en la dicotomía subordinado/autónomo y el anuncio de la necesidad de un cambio radical del paradigma laboral.

Leyendo la dicotomía en las que la normativa laboral tiende a dividir su propio universo de manera imperecedera, no se puede dejar de recordar lo que Gaetano Vardaro escribió hace más de treinta años en lo que es quizás el último de sus escritos antes de su muerte prematura. Es uno de sus escritos más expresivos, en el cual Vardaro cuestionó la actitud “antievolucionista” que caracterizó, en su opinión, a una parte de la doctrina del Derecho del Trabajo. Una doctrina que pensaba que no había nada nuevo bajo el sol y que su tarea esencial era “construir la autonomía científica del derecho del trabajo en torno a un concepto unificador ‘fuerte’ del trabajo subordinado y, en consecuencia, reconducir la mutabilidad de lo social a este último concepto clave, a través de un incesante trabajo de subsunción-simplificación”²².

²¹ A, Perulli, *op. ult. cit.*; P.Tullini, *C'è lavoro nel web?*, en *Labour & Law Issues*, 2015, n. 1, en <https://labourlaw.unibo.it/article/view/4931>.

²² El artículo reproduce su intervención en una conferencia inolvidable sobre “El trabajo subordinado y su entorno” organizada en Trento por Marcello Pedrazzoli, cuyas actas fueron recolectadas en un volumen ya mencionado en este escrito (G. Vardaro, *Subordinazione ed evolucionismo*, en M. Pedrazzoli (a cura di), *Lavoro subordinato e dintorni.... op. cit.*, p. 77 ss.).

Pero la tarea del jurista, objetó Vardaro, no puede ser sólo la de desempeñar un papel de “reducir la complejidad de lo social”. Una versión más sofisticada de su función puede tender no sólo a unificar, sino también a distinguir los fenómenos sociales y, sobre todo, a comprender que, desde sus orígenes, la legislación laboral se ha orientado funcionalmente hacia la consecución de objetivos de política social y no hacia la garantía de la certeza de las relaciones sociales y de la integridad del sistema jurídico, al que tiende la codificación civil.

El eco de las críticas de Vardaro ha resurgido hoy en las posiciones de quienes hablan de la necesidad de un “cambio de paradigma en el derecho laboral”. El problema de un sistema de derecho laboral racional y justo -se ha dicho- “no se resuelve con la producción de cualificaciones formalmente correctas, es decir, evitando/reduciendo las incertidumbres calificadoras... sino logrando la equidad y la justicia social en la regulación de las relaciones”²³. Esa equidad y justicia que un sistema rígidamente binario, aplicado a un mercado laboral en continua evolución, ya no se puede producir.

De ahí la propuesta de utilizar elementos como la “dependencia económica”, capaz de extender selectivamente determinadas protecciones a las relaciones de trabajo no subordinado, ya sea mediante la creación de figuras intermedias (como hizo el legislador inglés con la categoría de *worker*), ya sea interviniendo en la fase previa a la calificación (como hizo el legislador francés al establecer una nueva “responsabilidad social de las plataformas”, de forma que se garantice al prestador de servicios una serie de derechos que normalmente no se reconocen a los trabajadores autónomos).

La propuesta de adoptar técnicas correctivas (de *derecho remedial*), es decir intervenciones *ex post*²⁴, también va en la misma dirección. Se trata de un enfoque anglosajón basado no tanto en operaciones de calificación, en la delimitación de las categorías jurídicas o en la creación de otras nuevas, en otras palabras, basado en el caso de que se trate, sino en la identificación de los remedios más adecuados, es decir, fundamentado en los efectos de la regulación). Cuando este enfoque se aplica a las diferentes formas de trabajo de la economía “colaborativa” que escapan a las categorías tradicionales, se traduce en la propuesta de una aplicación selectiva de la normativa protectora típica del trabajo subordinado (salario mínimo, derechos sindicales, la prevención de accidentes, las prestaciones de la seguridad social, la protección de la intimidad), superando el enfoque tradicional del “todo o nada” común en nuestra experiencia; o bien se traduce en medidas

²³ A. Perulli, *Il Jobs Act del lavoro autonomo e agile...*, op.cit., p. 49.

²⁴ T. Treu, *Rimedi, tutele e fattispecie: riflessioni a partire dai lavori della Gig economy*, en *Lavoro e diritto*, 2017, p. 367 ss.

de tipo privado (responsabilidad civil, normas de seguros, protección en caso de contratistas débiles, cláusulas en materia de rescisión injusta, etc.).

El declive de la lógica del caso tendría como corolario una reevaluación del papel del juez, ya que el vacío del caso tendría que ser cubierto por la interpretación: los jueces tendrían que decidir si enmarcar las relaciones laborales de la economía digital en las categorías tradicionales (autoempleo, trabajo subordinado), con la aplicación de toda la disciplina al respecto, o si tener en cuenta el carácter híbrido de dicho trabajo, “para buscar soluciones que respondan mejor a las características diversificadas de los servicios y a las necesidades de protección de las personas implicadas”²⁵.

Al hacerlo, los jueces ya no se guiarían por el marco tranquilizador del caso de que se trate, sino que se enfrentarían a la diversidad de los casos reales con la (única) orientación de los principios generales. Mientras que las operaciones tradicionales de calificación de los jueces presuponen el uso de algún criterio general selectivo, como la hetero-dirección, la dependencia económica, la disparidad de poder contractual entre las partes, etc. Según este enfoque, los jueces se encontrarían aplicando principios generales en ausencia de tales criterios y realizando operaciones distintas de la técnica de subsunción.

4. EL “EXPERIMENTALISMO” DEL LEGISLADOR Y LAS INCERTIDUMBRES DE LA JURISPRUDENCIA

Para pasar a describir cómo se ha enfrentado el legislador a los dilemas regulativos que plantea la atenuación de la dicotomía entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, hay que decir que hasta ahora se ha movido en la dirección de un experimentalismo que ha llevado a la adopción de instrumentos de protección diferentes y técnicas de intervención de carácter híbrido.

La presencia de cuatro figuras contractuales distintas en referencia a figuras profesionales afines, todas caracterizadas por la ausencia de restricciones precisas de tiempo y lugar de trabajo, confirma, a nivel normativo, la ósmosis entre el trabajo subordinado y el trabajo autónomo que ya se observa a nivel sociológico: es el llamado trabajo “ágil” (calificado como trabajo subordinado); el trabajo autónomo hetero-organizado; el trabajo autónomo coordinado (una vez calificados como trabajos para-subordinado); el trabajo autónomo económicamente dependiente.

En el caso del trabajo “ágil” (introducido y regulado por los artículos 18 a 23 de la Ley n. 81/2017) y del trabajo hetero-organizado (introducido por el

²⁵ Ibidem, p. 383.

párrafo 1 del artículo 2 del Decreto Legislativo n. 81/2015, uno de los decretos de aplicación del “Jobs Act”, la reforma de la legislación italiana durante los años 2014-2015, durante el Gobierno Renzi), el legislador, aunque recurrió a la técnica de calificación, ya no la ha calibrado sobre la usual ecuación casos-efectos, sino que la ha vinculado a una técnica vagamente funcionalista.

En el trabajo “ágil”, la regulación de la relación, calificada como trabajo subordinado, se delega en gran medida al acuerdo de las partes, que pueden incluso establecer los procedimientos para el ejercicio del poder de control y disciplinario del empleador.

En el trabajo coordinado hetero-organizado, calificado como trabajo autónomo cuyos métodos de ejecución son organizados por la empresa cliente quién lo utiliza también en relación con el tiempo y el lugar de trabajo, el régimen jurídico de la relación es la del trabajo subordinado.

Con la reforma de las disposiciones del artículo 409 del código de enjuiciamiento civil dedicados al trabajo autónomo coordinado, también efectuada por la Ley n. 81/2017, el legislador ha vuelto a utilizar la técnica calificadora, redefiniendo el elemento clave de la “coordinación”, con el fin de reafirmar el carácter autónomo de la colaboración sobre la base del acuerdo entre las partes de los métodos de coordinación, que deben ser establecidos de mutuo acuerdo por las partes, ya en el momento en el que se establece la relación jurídica entre ambas partes.

En el “Estatuto del trabajador autónomo” (introducido por la misma Ley n. 81/2017), el legislador ha utilizado instrumentos propios, no del derecho laboral sino del derecho de sociedades, pero de un derecho de sociedades que utiliza el concepto de dependencia económica. A todas las relaciones de trabajo autónomo, y por lo tanto no sólo al trabajo autónomo “débil” en el mercado, se les vinculan, algunas garantías legales que reflejan la ya preexistente regulación sobre las condiciones contractuales que estén desequilibradas en ambas empresas, en las relaciones entre empresas, así como otras garantías de seguridad social (maternidad, baja por paternidad, enfermedad y accidente), u otras de formación exenta de impuestos e información adecuada para el acceso a los contratos públicos.

Finalmente, en la última intervención (Ley n. 128/ 2019,), el legislador se ha adaptado, en cambio, a la promulgación de una legislación sectorial, dedicada únicamente a los *riders*, en la que se establecen unas garantías mínimas en materia de retribución y de protección de la salud y la seguridad, también para los *riders* autónomos no hetero-organizados.

En cuanto a la jurisprudencia, inicialmente se fundamentó en los esquemas clásicos de la técnica tradicional de subsunción y se corroboró su sustancial ineficiencia regulatoria.

En uno de los primeros casos de *riders*, el Tribunal de Turín, excluyendo la posibilidad de utilizar la nueva noción de “hetero-dirección”, considerándola una noción “aparente” porque podía superponerse a la noción tradicional de subordinación, también excluyó el carácter subordinado de su relación laboral, ya que los trabajadores no estaban obligados a prestar el servicio, pudiendo elegir si cumplir o no con las peticiones de la empresa y, por otra parte, por la falta de ejercicio del poder disciplinario por parte de la plataforma²⁶.

Distinto fue el enfoque de la jurisprudencia, en una conocida sentencia de los años 80, en la que el Pretor de Milán, al evaluar las nuevas formas de trabajo que precedieron a la de los *riders* (los llamados “pony express”), había considerado que una calificación de esas relaciones laborales en el sentido de la autonomía no sólo significaría “tergiversar el valor jurídico a través del uso formalista de los cánones tradicionales de calificación”, sino que también constituiría “una evaluación inadecuada desde el punto de vista social e histórico”²⁷. El caso terminó inesperadamente en el Tribunal Supremo con la calificación de estos trabajadores como autónomos²⁸, sobre la base de un criterio muy cuestionable -el de la libertad formal de estos trabajadores para rechazar la llamada- que en la actualidad también se aplica a los trabajadores de la *gig economy*.

Es precisamente la controversia sobre la naturaleza subordinada o autónoma del trabajo de los *riders* lo que nos hace dudar de las capacidades reales de adaptación de la noción de trabajador subordinado, que se ha consolidado con el paso del tiempo. Estas incertidumbres surgen, además, no sólo en los tribunales italianos, sino también en los de otros países que oscilan entre situar a los *riders* en el campo de la subordinación o de la autonomía.

En el caso italiano, los jueces no han tardado en darse cuenta de que la figura del trabajo hetero-organizado podría ser una solución reguladora eficaz y han comenzado a explotar los nuevos tipos normativos que ofrece la legislación más reciente²⁹, sin renunciar a una función de selección de la protección aplicable, posibilitada por la adhesión a la teoría del *tertium genus*, pero de la que no hay ningún rastro en la regulación legal, que establece la aplicación de la totalidad de la regulación del trabajo subordinado a esta categoría de trabajadores. En

²⁶ Trib. Torino, 5 de julio de 2018, seguido después por Trib. Milano, 10 de septiembre de 2018.

²⁷ Pretura de Milán, 20 de junio de 1986.

²⁸ Cass. 10 de julio 1991, n. 7608.

²⁹ Este fue un resultado pronosticado por quienes habían observado que la hetero-organización, en el estado actual de las cosas, podría convertirse en el criterio exclusivo para el acceso al planeta de las protecciones básicas por parte de los trabajadores autónomos (G. Bronzini, *Il punto sul futuro del lavoro autonomo nell'era della share- economy*, en *Rivista italiana di diritto del lavoro*, 2016, p.76 ss.).

este último sentido, destaca la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín³⁰, donde los jueces, después de haber rechazado la singular tesis apoyada por el antes mencionado Tribunal de Primera Instancia sobre la categoría “aparente” del trabajo hetero-organizado, esbozan a través del uso de esta nueva categoría un *tertium genus* intersticial³¹, al que se aplican selectivamente las protecciones propias del trabajo subordinado. En particular, el Tribunal reconoció las diferencias de remuneración derivadas de la aplicación del convenio colectivo de logística, pero excluyó la aplicabilidad de las normas sobre despidos al no reconocer el carácter subordinado de las relaciones.

Por último, el Tribunal Supremo en una decisión muy reciente, aunque confirmó la sentencia del Tribunal de Apelación de Turín, indicó una tercera opción, definida explícitamente por los jueces como una de tipo “remedial”³². Se trata, argumenta el Tribunal Supremo, de la elección consciente de una precisa política legislativa por parte del legislador. Es decir, se trata de emitir “una regla de regulación que no crea un nuevo tipo”. Esta elección se inspiró en la necesidad, frente a la complejidad y variedad de nuevas formas de trabajo y los resultados a veces inciertos y variables de los litigios de calificación, de proteger a algunos trabajadores en condiciones de “debilidad económica” y que operan en un “área gris” entre la autonomía y subordinación, pero aún considerados dignos de una protección homogénea a la del trabajo subordinado. Por lo tanto, no se trata de crear un nuevo “*tertium genus*”, porque no tiene sentido cuestionar la calificación de estas formas de colaboración. Son la expresión de una “realidad económica en evolución rápida y constante”: “lo que importa es que para ellas, en unas tierras intermedias con fronteras débiles, el sistema estableció expresamente la aplicación de las reglas en el trabajo subordinado”³³, *todas* las reglas, decreta la Corte Suprema (al contrario de lo juzgado por el Tribunal de Apelaciones³⁴). De manera que, en presencia de condiciones de trabajo consideradas equivalentes a aquellas de las de los trabajadores subordinados, “se requiere protección equivalente”

³⁰ Tribunal de Apelación de Turín, 4 de febrero de 2019, n. 26

³¹ Comentario de F. Martelloni, La Corte d'appello di Torino tira la volata ai riders di Foodora, in *Questione Giustizia*, 17 aprile 2019.

³² Cass. 24 de enero 2020, n. 1663.

³³ *Ibidem*.

³⁴ La doctrina objetó a esta última decisión que se había expresada en el sentido de una aplicación selectiva de las típicas protecciones del trabajo subordinado, sin que existiera ningún soporte textual capaz de avalar esta tesis, que las operaciones de este tipo podían conducir a una “discrecionalidad valorativa ingobernable” (F. Martelloni, *op. cit.*). Esta es na crítica que debe considerarse desactualizada después de la sentencia del Tribunal de Casación, incluso si la Casación no excluye que, en abstracto, pueden haber situaciones en las que la aplicación plena de la disciplina de subordinación sea ontológicamente incompatible con las situaciones que deben regularse.

y por lo tanto, la respuesta es la plena aplicación de la regulación del trabajo subordinado³⁵.

El desapego del “dilema de calificación” respecto de los jueces de la Corte Suprema no podría ser más evidente.

5. EL DERECHO DEL TRABAJO ENTRE GRANDES DICOTOMÍAS, “ESTATUS DE EMPLEADOS” Y FUNCIONALISMO. LAS NUEVAS CATEGORÍAS DE RIESGO Y VULNERABILIDAD

Como conclusión, mientras la doctrina se compromete a preservar las grandes dicotomías del pasado o a construir un nuevo marco general que supere estas dicotomías, con la creación de una noción de trabajo capaz de captar la zona gris entre la subordinación y la autonomía construida sobre el concepto de “dependencia”, el legislador y la jurisprudencia parecen poco interesados en operaciones de gran envergadura y, por contra, se mueven en la dirección de soluciones *ad hoc*, de carácter pragmático y funcionalista.

Ni lo que hizo el legislador, ni lo que la jurisprudencia comenzó a interpretar se ha mantenido libre de críticas.

Algunos han considerado negativamente, por ejemplo, la introducción de la noción de “trabajo hetero-organizado”, que habría complicado aún más la cuestión de la calificación, introduciendo una noción con límites débiles y llevando a una extensión forzada de la noción de subordinación³⁶. En cuanto al nuevo Estatuto del trabajo autónomo, se ha dicho que, al adoptar una perspectiva reguladora “universalista en sus objetivos y civilista en su contenido”, el trabajo autónomo se ha reincorporado abruptamente al ámbito del derecho contractual civilista (afirmación que no es del todo correcta, ya que hay otros aspectos de la regulación que, en cambio, se toman prestados del derecho laboral)³⁷. Además, se consideró un grave error conceptual haber concebido el trabajo autónomo como una categoría única, independientemente de las formas concretas en que estas relaciones tienen lugar en el mercado y de las necesidades de protección social expresadas por las distintas categorías de trabajadores³⁸ (una crítica similar se formulará respecto del caso español); una insatisfacción que contrasta con la

³⁵ Cass. 24 de enero 2020, n. 1663.

³⁶ G. Bronzini, *Il punto sul futuro del lavoro autonomo...*, op.cit.

³⁷ A. Perulli, *Il lungo viaggio del lavoro autonomo dal diritto dei contratti al diritto del lavoro, e ritorno*, en *Lavoro e diritto*, 2017, p. 251 ss.

³⁸ *Ibidem*.

valoración ampliamente positiva dada por algunas organizaciones de trabajadores autónomos “de segunda generación”.

Ahora bien, es cierto que el legislador no ha aceptado la idea de un cambio de paradigma y no ha escuchado una vez más la exhortación, reiteradamente formulada por una parte de la doctrina, a establecer un Estatuto del trabajo dependiente. Pero no cabe duda de que, en su pragmatismo, en su renuncia a intervenir en la definición de nuevos casos fundamentales del derecho del trabajo, para avanzar hacia técnicas flexibles y articuladas³⁹, podemos ver una superación de la que Vardaro llamó “la bipolaridad subsuntoria”⁴⁰, el reconocimiento, tal vez definitivo, de la irrelevancia del problema calificativo a efectos de la identificación de las regulaciones aplicables.

Esto, tal vez, pueda servir para desvincular la discusión de esa “hipertrofia ideológica” que nos ha impedido abordar directamente, y sin construcciones preconcebidas, los problemas de política de derecho que, en los últimos años, han sido objeto de constante revisión en el debate sobre la subordinación y la autonomía en el ámbito del derecho laboral. Se trata de problemas típicos de regulación, es decir, se refieren a la función de las normas que el Derecho laboral ofrece al mercado. En cambio, el hecho de haber reconducido estos problemas a las discusiones sobre lo que se presenta como la “cuestión última”, es decir, la corrosión o el mantenimiento del caso típico, nos ha impedido a menudo reconocerlos y tratarlos como tales.

La protección de la dignidad de la persona en la relación de mercado y el interés por las funciones, la satisfacción de las necesidades y la realización de los fines, más que por las estructuras, han sido siempre dos elementos fundamentales del derecho del trabajo, los polos entre los que oscilan las dos almas de la materia, la normativista y prescriptiva y la funcionalista. Hoy en día, estos elementos se presentan de forma fluida y flexible. La aplicación de las reglas de derecho no supone, por lo tanto, el “carácter dramático” de las opciones calificadoras hechas a través de la técnica del caso definido⁴¹, sino la mutabilidad de la técnica de los juicios de compatibilidad, de la aplicación de remedios *ad hoc* y de normas de regulación.

³⁹ P.Tullini, Prime riflessioni dopo la sentenza di Torino sul caso Foodora, en Lavoro, diritti, Europa, 2018, n. 1, p. 8, en https://www.lavorodirittieuropa.it/images/articoli/pdf/ARTICOLO_FOODORA_TULLINI.pdf

⁴⁰ G. Vardaro, op. cit., p. 107.

⁴¹ V. Ferrari, A proposito di «the legal construction of personal work relations» di Mark Freedland e Nicola Kountouris, en Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali, 2013, p. 315 ss.

Sin embargo, juicios de compatibilidad, remedios y normas de regulación no son suficientes. Es innegable que el trabajo en la economía digital pone a prueba las categorías tradicionales, pero esto no significa que el legislador pueda evitar la necesidad de construir nuevos enfoques y pueda renunciar a expresar opciones normativas precisas, incluso diferenciadas, no sólo porque, en algunos casos, los resultados de la ponderación y el uso exclusivo de soluciones a posteriori podrían ser insatisfactorios, sino también porque las opciones reguladoras dependen de precisas opciones de atribución.

Supongamos que los derechos cuya aplicación debe garantizar el juez son derechos que requieren la actuación del Estado (por ejemplo, derechos de carácter previsional): ¿cómo podemos superar la objeción de que tales derechos no son directamente exigibles porque requieren la asignación de recursos públicos que no están a disposición de los jueces y que presuponen opciones políticas específicas? ¿Cuál es el umbral de acceso a estos derechos? Se trata de opciones reguladoras que no pueden dejarse en manos de los tribunales ⁴².

Por último, se plantea la cuestión de si, desde esta perspectiva, el concepto de “trabajo dependiente” también debe ser replanteado.

En países como Gran Bretaña, la discusión sobre la superación de la dicotomía entre trabajo autónomo y trabajo subordinado no se ha desarrollado, como en nuestros países, en torno a nociones de cómo se dirige u organiza el trabajo, o en torno a categorías “puente” como la del trabajo dependiente, sino sobre la base de un enfoque que deconstruye las categorías clásicas y construye otras nuevas, poniendo en el centro del sistema los valores de la dignidad, la optimización de las capacidades y la estabilidad; lo que, a su vez, lleva a situar el “trabajo personal” en el centro del derecho laboral en lugar del trabajo subordinado⁴³.

Se trata de un enfoque excéntrico en comparación con el punto de vista tradicional de la cultura del derecho laboral italiano. No porque, como se ha dicho, tampoco en el debate italiano se haya manifestado la tendencia a ir más allá de la dicotomía entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, con el fin de sacar a la luz nuevas nociones unitarias, sino porque este debate ha permanecido a menudo completamente vinculado al objetivo de restablecer un equilibrio entre las partes contratantes, dotadas originalmente de un poder contractual muy diferente.

⁴² V. M. Barbera, *Impresa, lavoro e non lavoro nell'economia digitale, fra differenziazione e universalismo delle tutele*, en *Giornale di diritto del lavoro e di relazioni industriali*, 2018, p. 417.

⁴³ M. Freedland, N. Kountouris, *The Legal Construction of Personal Work Relations*, Oxford, Oxford University Press, 2011.

La lógica de la propuesta reconstructiva en la que se basa la noción de “trabajo personal” es diferente. En la lógica de esta propuesta reconstructiva, la razón de ser del derecho laboral no radica tanto en el reequilibrio de la disparidad de poder contractual (y social) entre las partes, como en el fortalecimiento de la seguridad económica y existencial del trabajador. El debate sobre los nuevos criterios de calificación que pueden ser el eje de una regulación más inclusiva de las relaciones laborales pasa de los criterios objetivos discutidos hasta ahora --en primer lugar, el de la dependencia económica-- a criterios subjetivos, como la vulnerabilidad y la exposición al riesgo⁴⁴. La dimensión del poder no desaparece, pero las estructuras de poder no conciernen al trabajador como tal, es decir, como miembro de una clase social sobre la que pesan obstáculos de carácter económico y social que impiden el pleno desarrollo de la persona humana, sino a la persona humana *tout court*. Con ello, el principio personalista que siempre ha dominado la materia asume, en relación con el valor de la dignidad, un nuevo sentido, más cercano al significado universalista de la persona propio del sistema de protección de los derechos humanos.

⁴⁴ P. Loi, Il lavoro nella Gig economy nella prospettiva del rischio, en *Rivista giuridica del lavoro*, 2017, p. 259 ss.

SOLUCIONES «TECNOLÓGICAS» A PROBLEMAS CLÁSICOS: LA EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LA AJENIDAD Y LA DEPENDENCIA

LIDIA GIL OTERO

*Personal Investigador en Formación (FPU)
en Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Santiago de Compostela

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales; concepto de trabajador; dependencia; ajenidad; control productivo.

La evolución del contexto productivo y económico ha hecho surgir, en diferentes momentos, el debate trabajo asalariado-trabajo autónomo, gozando de un papel relevante la dependencia como nota diferenciadora. El trabajo a través de plataformas digitales se ha posicionado de nuevo en esos términos y las sentencias que apuestan por la laboralidad de los prestadores de servicios lo hacen a través de una redefinición de las formas de manifestación de los indicios clásicos de la dependencia. Sin embargo, junto con la dependencia, la titularidad de la empresa de la estructura empresarial y los activos más importantes como la propia plataforma juegan un papel importante en la ajenidad de un control productivo al que debe someterse el trabajador.

ABSTRACT

KEYWORDS: digital platforms; concept of worker; working under the direction and in the employ of another; production control.

The evolution of the productive and economic context has given rise to, at different times, the salaried work vs. autonomous work debate, highlighting as differentiator the relevant role of working under the direction of another. Digital platform work has been positioned again in these terms, and the judgments that are on the side of service providers as employed persons do so through redefining the forms in which to demonstrate the classic indicators of working under the direction of another. However, together with this concept, the company's ownership of the business structure and the most important assets such as the platform itself play an important role with regard to working in the employ of another within a production control to which the worker must submit.

ÍNDICE

1. NUEVAS REVOLUCIONES Y ANTIGUOS DEBATES: REFLEXIÓN EVOLUTIVA DE LA DEPENDENCIA Y LA AJENIDAD AL HILO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES
2. LAS “NUEVAS” MANIFESTACIONES ESPECÍFICAS DE LA DEPENDENCIA
 - 2.1. Dirección y planificación por la empresa titular de la *app*
 - 2.2. Control de la prestación: geolocalización, reputación digital y sus consecuencias.
3. ¿DEPENDENCIA DERIVADA DE LA AJENIDAD EN EL CONTROL PRODUCTIVO?
4. REFLEXIÓN FINAL

1. NUEVAS REVOLUCIONES Y ANTIGUOS DEBATES: REFLEXIÓN EVOLUTIVA DE LA DEPENDENCIA Y LA AJENIDAD EN LAS PLATAFORMAS DIGITALES

Las revoluciones industriales y la aparición e implantación de novedosas técnicas siempre han desencadenado cambios profundos en los sistemas económicos y sociales¹. Desde la I Revolución Industrial, su segunda y tercera versión consiguieron una “masificación” de la producción y una revolución tecnológica, fenómenos acompañados de reformas en las modalidades productivas y en la naturaleza del trabajo y sus condiciones.

El cambio en la titularidad de los medios de producción y la disociación capital-trabajo dibujaron la alienación en el proceso productivo de un nuevo agente a proteger: el trabajador². El Derecho del Trabajo nació a través del diseño de un sistema de protección de la parte débil en un modelo de organización empresarial e industrial singular³. Pese a ello, el modelo post-fordista que subyacía en el diseño legislativo no detuvo su avance hasta dar con una “revolución del ordenador” que permitió, dentro de la gestión empresarial, una especialización flexible en la descentralización productiva.

La externalización de actividades despertó la alarma ante un posible trasvase de trabajadores asalariados excedentes por el autoempleo, que permitía a las empresas reducir costes de plantilla y riesgos manteniendo el control del trabajo⁴. Sin embargo, los fenómenos de huida del Derecho del Trabajo y la crisis del modelo clásico de trabajador se enfrentaron a la capacidad histórica de adaptación

¹ Alonso Olea, M., *Introducción al Derecho del Trabajo*, Citivas, Madrid, 1994 (5ª edición), pp. 267-269.

² Sala Franco, T., *Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 1989 (4ª edición), pp. 22-24.

³ Todolí Signes, A. “Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista”, *Lan Harremanak*, 41/2019, pp. 2-3.

⁴ Rodríguez-Piñero Y Bravo-Ferrer, M., “El Derecho del Trabajo a fin de siglo”, *Relaciones Laborales*, II/1999, p. 86.

del ordenamiento laboral La reconfiguración de las notas características del trabajo por cuenta ajena permitió combatir en cierta medida la desaparición del trabajador tradicional y ampliar el ámbito de aplicación de las normas laborales a nuevas categorías de trabajadores y actividades⁵.

Históricamente, los presupuestos legales que definieron la relación laboral y, específicamente, el concepto de trabajador, se han construido bajo la dependencia y ajenidad. Estos elementos, personal y patrimonialista respectivamente, se han confrontado por erigirse como el rasgo típico del contrato de trabajo por su utilización separada⁶.

Así, una primera etapa, la ajenidad tomó fuerza decisiva como elemento diferenciador debido a la aparición de la expresión “por cuenta ajena” en la definición de operario de la Ley de Accidentes de Trabajo de 1900⁷. A pesar de la posible equiparación que realizó la Ley de Contrato de Trabajo de 1931 al introducir, junto con la definición de ajenidad⁸, el trabajo realizado “bajo dependencia ajena”⁹, la Ley de Contrato de Trabajo de 1944 apostó en cierta medida por la dependencia al introducir más representaciones de este rasgo¹⁰ y eliminar la definición de ajenidad. En un salto bastante lejano, el artículo 1.1 ET, aunque de una forma ecléctica, hermanó los dos rasgos típicos dentro de la anterior lucha aún eliminando la referencia directa al término dependencia¹¹.

Este panorama normativo también tuvo un importante reflejo doctrinal y jurisprudencial, especialmente con la búsqueda del fenómeno causa-consecuencia. La ajenidad fue entendida inicialmente por parte de la jurisprudencia de una forma suficientemente amplia¹² para justificar, incluso, el origen del poder de

⁵ Grau Pineda, C., “La economía digital o de plataformas («platform economy») como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo* 213/2018, pp. 1-2.

⁶ Ojeda Avilés, A., “Ajenidad, dependencia o control: la causa del contrato”, *Derecho PUCP: Revista de la Facultad de Derecho*, 60/2007, pp. 375-376.

⁷ Arts. 1 y 2 Reglamento de Accidentes de Trabajo: el operario se define como persona física que realiza una “*actividad manual, habitual, fuera de su domicilio, por cuenta ajena, con retribución, bajo cualquier modalidad, o incluso sin ella*”.

⁸ Art. 23: “*El producto del trabajo contratado pertenecerá al patrono, a quien el trabajador transferirá todos sus derechos sobre aquel por el mismo hecho del contrato*”.

⁹ Arts. 1 y 2: el trabajador, bajo el contrato de trabajo, “*se obligaba a prestar una obra o un servicio a uno o varios patronos (...) bajo la dependencia de éstos (...)*”, debiendo realizarse “*por cuenta y bajo dependencia ajenas*”.

¹⁰ Palomeque López, M.C., García-Perrote Escartín, I. (Coords.), *Derecho del Trabajo y Seguridad Social. Cincuenta estudios del profesor Luis Enrique De la Villa Gil*, Centro de Estudios Financieros, Madrid, 2006, pp. 850-854.

¹¹ Luján Alcaraz, J., “Las notas de laboralidad. Una aproximación en clave jurisprudencial”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 16/2000, pp. 1-2.

¹² En la estudiada sentencia de los mensajeros (STS 26/02/1986 se analizó en primer lugar la

dirección y control en la teoría de la ajenidad en los frutos o utilidad patrimonial¹³. Sin embargo, la evolución sucesiva determinó que no se haya basado en ella la caracterización de la relación laboral, sino en la dependencia¹⁴, por poder existir una transmisión de frutos, utilidad patrimonial o riesgo en las figuras civiles¹⁵. La dependencia y la “integración o incorporación en la esfera organizativa, productiva y directiva de la empresa¹⁶ se transformaron en los elementos de laboralidad prevalentes. En todo caso, la duda acerca de la dependencia como consecuencia de la ajenidad en los medios productivos y la titularidad de la organización no se resolvió por completo¹⁷.

Esta prevalencia de la dependencia, coherente con su predominio en el resto de países europeos¹⁸ y el propio concepto de trabajador elaborado por el TJUE¹⁹, permitió dentro de sus límites indiciarios una mayor flexibilidad, introduciendo así dentro del ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo variedades de prestaciones de servicios que no manifestaban formas de exteriorización “tradicionales”²⁰. Como si de una paradoja se tratase, el sentido amplio de la dependencia permitió que se expandieran las fronteras del contrato de trabajo a zonas antes ocupadas por los arrendamientos de servicios²¹.

La evolución y debilitamiento de la dependencia²² no ha evitado que esta nota se “quiebre” ante el resurgimiento del trabajo autónomo en la Revolución Industrial 4.0. Los sistemas de fabricación virtuales y las plataformas basadas en

ajenidad en un sentido amplio (en el mercado), ante el debilitamiento de la dependencia. Vid. Pérez Amorós, F., “Sin frenos y sin contrato: a vueltas con la ajenidad laboral”, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, 5/2018, pp. 126-129.

¹³ Alonso Olea, M., *Op. Cit.*, pp. 50-52; STS 21/05/1990.

¹⁴ Ojeda Avilés, A., *Op. Cit.*, pp. 388-390.

¹⁵ STS 14/05/1990, STSJ Cataluña 12/01/2015 (núm. rec. 4797/2014) y STSJ Madrid de 11/11/2016 (núm. rec. 699/2016). Vid. Alonso Olea, M., Casas Baamonde, M.E., *Derecho del Trabajo*, Civitas, Madrid, 2003 (21ª edición), pp. 61-62; Mercader Uguina, J.R., *Lecciones de Derecho del Trabajo*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019 (12ª edición), pp. 133-136.

¹⁶ STSJ Madrid 11/11/2016 (n. rec. 699/2016).

¹⁷ Selma Penalva, A., *Los límites del contrato de trabajo en la jurisprudencia española*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2007, pp. 129-157.

¹⁸ Daugareilh, I., Degryse C., Pochet, P. (Dirs.), *Économie de plateforme et droit social: enjeux -prospectifs et approche juridique comparative*, European Trade Union Institute, Bruselas, 2019, pp. 37-139.

¹⁹ STJCE de 3 de julio de 1986, *Lawrie-Blum y Lnad Baden-Württemberg*, asunto 66/85 (ECLI:EU:C:1986:284).

²⁰ La STS 08/10/1992 (n. rec. 2754/1991) ya reconoció que en el sistema productivo imperante existían variedades de servicio en las que la dependencia no tenía que manifestarse “a través de los indicadores clásicos, (...), sino a través de otros posibles aspectos de la ejecución (...) en función del tipo de servicios prestados (...).

²¹ Luján Alcaraz, J., *Op. Cit.*, pp. 7-9.

²² STSJ Navarra 30/12/2000 (n. rec. 319/2000).

las tecnologías que hacen posible la “economía bajo demanda” permiten fórmulas de colaboración novedosas en sectores tradicionales²³ y en las que los prestadores de servicios ya no son empleados. Las plataformas digitales más conocidas (aquellas cuyos servicios son ordenados en línea, pero prestados *offline*) pasan a operar con “profesionales” independientes que realizan tareas específicas marcando sus propios ritmos y aportando sus propios medios.

Esta transformación, crítica con el trabajo dependiente, trae de nuevo un viejo debate a través de una tecnología que lo empaña. Ante la falta de solución legislativa y el fracaso entorno a la conceptualización de trabajador de Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible en la Unión Europea²⁴, resulta necesario traer a colación las reinterpretaciones anunciadas con anterioridad entorno a las notas de dependencia y ajenidad. El sistema indiciario sobre el que se construyeron estos grandes conceptos y su contraposición con la operatividad de las plataformas digitales permitirá no sólo reafirmar la vigencia del acervo jurisprudencial existente. La valoración conjunta de los “nuevos” indicios y su actualización podría llegar a justificar una redefinición en cuanto a su peso²⁵ que otorgue un nuevo protagonismo diferenciador a la obviada ajenidad.

2. LAS “NUEVAS” MANIFESTACIONES ESPECÍFICAS DE LA DEPENDENCIA

Las máximas de auto-organización y flexibilidad de los trabajadores de plataformas han puesto en tela de juicio un trabajo clásico y subordinado. La dependencia como elemento definidor, al contrario de la ajenidad, se ha vinculado a la forma de prestar el trabajo²⁶, por lo que goza de un gran margen de transformación intencionada. En base a ello, las apariencias de autonomía dejan ver una ficción que puede ser desmontada en términos de laboralidad y subordinación a partir de dos grandes puntos.

²³ Mercader Uguina, J.R., “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, en Todolí Signes, A., Hernández Bejarano, M. (Dirs.), *Trabajo en plataformas digitales: innovación, Derecho y mercado*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 155-156; Cámara Botía, A., “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o trabajo autónomo?”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222/2019, pp. 4-5.

²⁴ Miranda Boto, J.M., “Algo de Ruido. ¿Cuántas nueces? La nueva Directiva (UE) 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsible en la Unión Europea y su impacto en el derecho español”, *Temas Laborales*, 149/2019.

²⁵ SJS n. 31 de Madrid 11/02/2019.

²⁶ González Ortega, S., “Trabajo asalariado y trabajo autónomo en las actividades profesionales a través de las plataformas informáticas”, *Temas Laborales*, 138/2017, pp. 101-102.

En primer lugar, la dependencia no debe confundirse con sus indicios o su exteriorización física en el círculo rector del empresario²⁷. Precisamente dichos indicios se camuflan intencionadamente por parte de las plataformas. La puesta a disposición del poder de dirección del empresario se observa una vez se realiza un examen detallado de la operatividad de las plataformas digitales, donde tomará un gran peso la organización del trabajo como elemento determinante de la ajenidad y, por ello, de la dependencia²⁸.

De hecho, aun cuando la identificación de la dependencia no resulte clara, debe entrar en juego la segunda de las ideas: su potencialidad²⁹. Si precisamente existe alguna cuota de libertad por parte del trabajador, ante su ejercicio puede desplegarse la retención del derecho de control del empresario en su vertiente disciplinaria para demostrar que dicha libertad era una simple apariencia³⁰.

La operatividad de las plataformas demostrará dos grandes facetas reveladoras de la subordinación como integración del trabajador en el ámbito organizativo y estructural del empresario: la dirección y planificación de la actividad y el control anterior y posterior de la actividad del trabajador³¹. Dentro de esta última jugará un papel importante el renovado ejercicio del poder disciplinario ante el no seguimiento de la planificación anterior, elementos casi indisociables.

2.1. Dirección y planificación por la empresa titular de la *app*

La dirección empresarial de la actividad se ha negado de forma continua por la empresa titular de la plataforma en atención a argumentos basados en la facultad de programación del trabajador. Presuntamente éste, dentro de su autonomía, escoge en qué concretos días y horas se encontrará disponible para prestar los servicios correspondientes. Sin embargo, la operatividad de las plataformas digitales puede introducir matices que provoquen que dicha libertad sea, en todo caso, relativa.

En realidad, la oferta lanzada por las plataformas digitales en cuanto a la determinación de días, turnos o franjas horarias parte de una jornada que, previamente, se encuentra cuantitativamente cerrada³². Sobre ella los trabajadores

²⁷ Sala Franco, T., *Op. Cit.*, pp. 269.

²⁸ STSJ Cataluña 12/01/2015 (n. rec. 4797/2014).

²⁹ Alonso Olea, M., *Op. Cit.*, p. 61.

³⁰ STSJ Asturias 25/07/2019 (n. rec. 1143/2019).

³¹ Sánchez-Urán Azaña, M.Y., “El trabajo en plataformas ante los tribunales: un análisis comparado”, en Pérez De Los Cobos, F. (Dir.), *El trabajo en plataformas digitales. Análisis sobre su situación jurídica y regulación futura*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 67-69.

³² Goerlich Peset, J.M., García Rubio, M.A., “Indicios de autonomía y de laboralidad en los servicios de los trabajadores de plataforma”, en Pérez De Los Cobos, F. (Dir.), *Op. Cit.*, pp. 52-54.

muestran sus preferencias, una voluntad preselectiva a través de una propuesta de disponibilidad que debe someterse a decisión empresarial³³. Esta decisión empresarial se basa, en primer lugar, en la demanda previsible y la oferta de prestadores con disponibilidad, pero la asignación en concreto al prestador depende del sistema de puntuación de cada uno de ellos en función del trabajo realizado previamente. Es este último paso el que cuenta con una mayor oscuridad en la medida en que los trabajadores desconocen cómo ha influenciado cada parámetro del sistema de evaluación en la decisión, pudiendo suceder que la asignación se base en la simple actividad comercial de la empresa, que varía los valores algorítmicos para cubrir determinados tipos de encargos³⁴.

A pesar de que la libertad de horarios no está reñida con el sometimiento en la ejecución del trabajo³⁵, el alcance real de dicha libertad es limitado. La falta de transparencia u opacidad del sistema de asignación al que debe plegarse el trabajador, junto con la asignación individualizada y las amplias posibilidades de suplencia, provocan que el control de la decisión del sistema sea difícil de realizar y que la libertad se transforme en una verdadera decisión organizativa y directiva de la empresa³⁶.

Como segundo elemento determinante en la planificación se ha venido reiterando la facultad del prestador de aceptar o rechazar los encargos ordenados previamente por la plataforma. Al igual que sucedía respecto del indicio anterior, si bien es cierto que esta facultad puede funcionar como un indicio de autonomía³⁷, el conjunto de circunstancias y el alcance real de la libertad pueden determinar lo contrario. Más allá de la necesidad de alegar algún motivo para el rechazo del concreto pedido, en determinadas ocasiones ha quedado patente no sólo que el rechazo significa escoger inmediatamente otro³⁸, sino que de su ejercicio se podían derivar consecuencias negativas.

³³ SJS n. 31 de Madrid 11/02/2019.

³⁴ Nieto Rojas, P., “Nuevamente sobre la laboralidad del vínculo contractual de los prestadores de servicios en plataformas digitales. Comentario a la SJS, número 39, de Madrid, de 3 de septiembre de 2018”, *IUSLabor*, 1/2019, pp. 335-336.

³⁵ Respecto de la compatibilidad dependencia-libertad horaria, vid. STS 26/02/1986; STS 19/12/1999; STS 24/01/2018.

³⁶ Algunas de las sentencias que examinan la relación prestador-plataforma ya se han pronunciado en estos términos: SJS núm. 31 de Barcelona de 11 de julio de 2019 y STSJ de Asturias de 25 de julio de 2019. Por parte de la doctrina, vid. Cámara Botía, A., *Op. Cit.*, pp. 14-15.

³⁷ Vid. STSJ Valencia 15/05/2007, STSJ de Cataluña 05/10/2009 y 27/11/2013 o STSJ Madrid 11/11/2016.

³⁸ SJS n. 31 de Barcelona 11/07/2019.

Los trabajadores son conscientes de que el rechazo de pedidos forma parte de las métricas a valorar de cara a las asignaciones de trabajo en horas de mayor demanda e incluso un rechazo sucesivo de ofertas puede dar lugar a la extinción del contrato unilateralmente³⁹. La aceptación o rechazo de los pedidos son tomados en consideración por la *app* para una mayor eficacia y calidad del sistema. Al igual que sucedía con los traductores⁴⁰, la libertad teórica se vuelve inexistente cuando su ejercicio se traduce en penalizaciones futuras, de tal modo que la dependencia se observa en la tolerancia o la respuesta que otorga la plataforma para un comportamiento de rechazo. La pasividad de la plataforma ante el rechazo se transforma en una también fingida pasividad empresarial al ejercicio de la facultad sancionadora, que finalmente se descubre con penalizaciones indirectas para el trabajador o con el ejercicio de la facultad resolutoria⁴¹.

Por último, una de las vertientes que destaca en toda dirección empresarial, junto con la planificación, es la organización de la actividad, es decir, el suministro de instrucciones o indicaciones de realización del trabajo. Los trabajos que se desarrollan fuera de un centro de trabajo exigen una reflexión flexible⁴², especialmente cuando las instrucciones también caben dentro de contratos no laborales. La autonomía funcional, *a priori*, es compatible con el seguimiento de instrucciones para aspectos que tiendan a concretar el objeto del contrato⁴³, como puede ser, en el caso del transporte, las notas de planificación u hojas de rutas.

No obstante, dentro de la economía de plataformas, no debe obviarse que los prestadores de servicio se presentan como la cara visible de la empresa, y el mantenimiento de una imagen empresarial homogénea y estandarizada se vuelve de suma importancia. Por ello, no resulta extraño que existan planes generalizados o instrucciones continuas, otorgadas a los trabajadores, que guionizan en el concreto detalle el desarrollo del servicio. No se trata simplemente de la indicación de la zona geográfica en la que va a prestarse el servicio de reparto, sino que se descende con formaciones iniciales e indicaciones de toda índole: manejo de la *app*, comprobaciones de los pedidos, forma de dirigirse a los clientes, etc⁴⁴.

Las directrices han pasado de una fórmula indicativa a una imperativa, circunstancia que en todo caso sería irrelevante si su incumplimiento trajese consigo valoraciones negativas y penalizaciones *de facto*⁴⁵. En definitiva, la

³⁹ SJS n. 6 de Valencia 01/06/2018.

⁴⁰ STS 16/11/2017 (n. rec. 2806/2015).

⁴¹ Cámara Botía, A., *Op. Cit.*, pp. 15-16.

⁴² STS 18/10/2006 (n. rec. 3939/2005).

⁴³ STS 23/10/1989, STS 08/10/1992 o STSJ Cataluña de 29/12/2014.

⁴⁴ SJS n. 5 de Valencia 10/06/2019.

⁴⁵ Goerlich Peset, J.M., García Rubio, M.A., *Op. Cit.*, p.56.

simple orden de trabajo como asignación de un servicio concreto se diferencia de las circulares sumamente minuciosas de régimen interior que se trasladan a los trabajadores a través de diferentes medios, y son estas últimas las que integran el poder directivo del empresario.

2.2. Control de la prestación: geolocalización, reputación digital y sus consecuencias

Las circunstancias anteriores permiten apreciar una subordinación indirecta del trabajador, entendida como el sometimiento de la actividad al plan de trabajo diseñado y controlado por el empleador⁴⁶. La dirección empresarial, al igual que sucede dentro de las estructuras más típicas, se complementa con el control y supervisión de las tareas y órdenes encomendadas. En el seno de las plataformas digitales, si bien es cierto que la tecnología ofrece mayor flexibilidad en el acceso al mercado, esconde como cara oculta un mayor grado de control. Se produce una simultaneidad entre la atenuación y la intensificación del sometimiento del trabajador⁴⁷.

Dentro del control que se ejerce durante la prestación del servicio no se debe obviar que éste parte de los mecanismos de normalización de procesos y tareas⁴⁸, de los programas informáticos que determinan la asignación y, a su vez, permiten una vigilancia constante. Uno de los instrumentos que evidencian la sofisticación del control a través de la *app* está representado por la geolocalización.

En determinados sectores los sistemas de geolocalización y posicionamiento de los trabajadores pueden resultar necesarios a los simples efectos de contabilización del kilometraje realizado⁴⁹. Sin embargo, los datos obtenidos a través de dichos sistemas no son utilizados por la plataforma únicamente para el abono de los kilómetros realizados en las facturas. La propia plataforma es capaz de informar en todo momento a clientes, proveedores y empresario acerca del lugar exacto donde se encuentra el trabajador. La monitorización del trabajador se traduce en la impartición de órdenes e instrucciones (incluso reproches) constantes del supervisor a través de otros medios de comunicación si el trabajador se demora en la prestación del servicio o elige una ruta que no resulta la adecuada⁵⁰.

⁴⁶ Monereo Pérez, J.L., “El trabajo autónomo, entre autonomía y subordinación”, *Revista Doctrinal Aranzadi Social*, 5/2009, pp. 7-8.

⁴⁷ Cámara Botía, A., *Op. Cit.*, pp. 14-15.

⁴⁸ Sánchez Ocaña, J.M., *Op. Cit.*, pp. 96-97.

⁴⁹ SJS n. 39 de Madrid 03/09/2018 y SJS n. 1 de Salamanca 14/06/2019.

⁵⁰ En los hechos probados de la SJS núm. 31 de Barcelona 11/07/2019 se recogen comunicaciones por Telegram entre el departamento de operaciones de Deliveroo y el trabajador en concreto: “¿Tienes algún problema con el pedido?”, “¿Cuánto te puede quedar en el restaurante?”.

Esta utilización de los datos al margen de la remuneración y contabilización del kilometraje desvela, en consecuencia, un control estricto y detallado de la realización del trabajo por los trabajadores a través de la *app*⁵¹.

Si bien este control “durante”, bajo el seguimiento de determinadas instrucciones, refleja la dependencia en un sentido tradicional, también es un indicio de ella el control posterior de la actividad realizada⁵² y la reacción ante un comportamiento que se desvíe de lo instruido⁵³.

Para ello, los sistemas reputacionales del trabajador y de evaluación por parte de la clientela se erigen como un instrumento supervisa la calidad a la par que abarata los costes de dicha supervisión. Lo importante de estos sistemas de puntuación y de la reputación digital es que permiten observar dos vertientes de la dependencia⁵⁴: el control y supervisión de la actividad y el ejercicio del poder disciplinario, tal y como se ha ido esbozando con anterioridad. A grandes rasgos, adentrándose en la operatividad de los sistemas, son dos los tipos de datos que determinan la puntuación del trabajador.

En primer lugar, destacarían aquellos cuyo control pertenece inmediatamente a la plataforma, como son la velocidad del servicio, el número de pedidos rechazados, la disponibilidad en horas punta, etc. Sin embargo, en segundo lugar, también influyen significativamente los clientes que, examinando las “recomendaciones” públicas suministradas por las plataformas, verifican si efectivamente el prestador las ha seguido en el servicio en concreto. El control empresarial en el desempeño del trabajador se bifurca en un control indirecto a través de la *app* y, a su vez, en un control a través del cliente como supervisor ajeno a la organización empresarial⁵⁵.

Es precisamente la prioridad al valor comercial y a la imagen de la empresa y marca la que justifica, en un primer escenario, la existencia de los sistemas reputacionales⁵⁶. El que la empresa quiera prestar el servicio de la mejor manera posible a través de los trabajadores mejor puntuados posee, no obstante, una doble lectura: el sometimiento del trabajador al derecho que se ha reservado la

⁵¹ SJS n. 6 de Valencia 01/06/2018; SJS n. 33 de Madrid 11/02/2019; SJS n. 1 de Gijón 20/02/2019; SJS n. 31 de Barcelona 11/07/2019, STSJ Asturias 25/07/2019.

⁵² STS 29/12/1999.

⁵³ Goerlich Peset, J.M., *Op. Cit.*, pp. 56-57.

⁵⁴ Álvarez Cuesta, H., «La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía *app*. El caso “Deliveroo”», *IUSLabor*, 2/2018, pp. 284-285.

⁵⁵ Raso Delgue, J., “La empresa virtual: nuevos retos para el Derecho del Trabajo”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, 1/2017, p. 17.

⁵⁶ González Ortega, S., *Op. Cit.*, p. 35.

plataforma a ejercer el poder disciplinario ante el incumplimiento de sus estándares mínimos⁵⁷.

La medición de los datos recogidos por el algoritmo relacionados con el posicionamiento del trabajador va acompañada de una previa programación y predefinición de la empresa de los valores que deberían considerarse óptimos⁵⁸. No alcanzar determinados valores trae consigo la adopción de decisiones a través de procesos automatizados que semejan al uso más tradicional de las sanciones de suspensión de empleo y sueldo y que, en su caso, puede determinar la continuidad en la propia empresa a través de la desconexión del trabajador⁵⁹. Que la preferencia de acceso a los pedidos y franjas horarias se realice en función del propio sistema de puntuación y sus parámetros implica que el rechazo de determinados pedidos, la desconexión durante un determinado tiempo o el no seguimiento de instrucciones concretas se traduzcan en la carencia de servicios. Esta penalización indirecta no sólo manifestaba anteriormente el poder de dirección de la empresa, sino también el poder disciplinario⁶⁰.

La penalización en el retraso o en la conclusión de los trabajos a través de asignaciones más ventajosas a los trabajadores que mejor hayan satisfecho los deseos empresariales no ha sido óbice para determinar jurisprudencialmente la sujeción del trabajador al poder directivo de la empresa⁶¹. Por el contrario, el esfuerzo radica en ver que, tras un aparente sistema de incentivos, se esconde un sistema de posicionamiento que puede sancionar de manera encubierta y a través de instrumentos tecnológicos a aquellos trabajadores sobre los que recaiga algún tipo de “duda”. El trabajador, ya desde su ingreso en la empresa, conoce qué reacciones se pueden desencadenar por parte de la empresa ante la información contenida en el sistema de reputación digital⁶². Esta puesta a

⁵⁷ Sánchez Ocaña, J.M., *Op. Cit.*, pp. 96-99.

⁵⁸ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos: algoritmos, decisiones automatizadas y discriminación”, en AA.VV., *El futuro del trabajo: cien años de la OIT. XXIX Congreso Anual de la Asociación Española de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2019, pp. 1641-1643.

⁵⁹ Las SJS n. 1 de Gijón 22/02/2019 y STSJ Asturias 25/07/2019 entienden que las causas de resolución de la relación contractual incluyen nomenclatura propia del Derecho del Trabajo.

⁶⁰ SJS n. 31 de Barcelona 11/07/2019. En sentido contrario, SJS n. 33 de Madrid de 11/02/2019. Vid. Nieto Rojas, P., *Op. Cit.*, pp. 333-336. ⁶⁰ Las SJS n. 1 de Gijón 22/02/2019 y STSJ Asturias 25/07/2019 entienden que las causas de resolución de la relación contractual incluyen nomenclatura propia del Derecho del Trabajo.

⁶¹ STS 22/04/1996, 29/12/1999 o de 10/07/2000. Respecto de esta última, el TS consideró que la asignación de un mayor número de talleres al perito que realizase el trabajo a mayor satisfacción de la empresa (tras el posterior control informático) revelaba sujeción al poder organizativo de la empresa.

⁶² “(...) el porcentaje de aceptación de pedidos son las métricas más importantes para valorar la calidad de los servicios” (SJS núm. 31 de Barcelona 11/06/2019)- Ante el falseo de métricas,

disposición del trabajador respecto al empresario condiciona sus decisiones, que quedarán subsumidas en el poder organizativo y de dirección de este último, es decir, en la posible actualización de la dependencia y el derecho que el empresario se reserva a ejercer⁶³.

3. ¿DEPENDENCIA DERIVADA DE LA AJENIDAD EN EL CONTROL PRODUCTIVO?

El peso actual de la dependencia como elemento identificador de la relación laboral justifica su examen constatación en primer lugar. Hasta este punto, podría afirmarse que la dependencia se revela tanto en su vertiente técnica - actividad dirigida y vigilada de forma constante por el empleador- como jurídica -en tanto inscripción del trabajador en el ámbito de organización del empresario bajo el poder de dirección y disciplinario⁶⁴. En consecuencia, si bien los indicios de dependencia examinados se diluyen en el poder de dirección empresarial, el sometimiento a dicho poder se podría justificar en la ausencia de una estructura productiva propia por parte del trabajador que le permita desarrollar la actividad por sí mismo en el mercado, es decir, en la ajenidad en la titularidad de la organización.

La teoría del carácter auxiliar de las herramientas o útiles aportados por el trabajador se ha configurado como un juicio de valoración necesario desde la sentencia de los mensajeros⁶⁵ y su influencia sigue siendo decisiva tanto para profesiones ya conocidas⁶⁶ como para aquellas que han sido transformadas “tecnológicamente”. En este sentido, la aportación por parte del prestador de servicios de las plataformas de determinadas herramientas se ha considerado como un indicio no determinante por su carácter accesorio⁶⁷.

Sin embargo, dentro de las valoraciones realizadas, la ajenidad en los medios de producción pasa a adquirir una esfera más amplia como ajenidad en la organización productiva. Se trata ya no del conjunto de herramientas de trabajo

“*este tipo de conducta se va a perseguir*” (SJS n. 5 de Valencia 10/06/2019). Vid. Todolí Signes, A., “Los indicios de laboralidad valorados por los tribunales en materia de plataformas digitales”, Trabajo y Derecho, 58/2019, pp. 4-6.

⁶³ Sánchez Ocaña, J.M., *Op. Cit.*, pp. 96-97.

⁶⁴ Sánchez-Rodas Navarro, C., “El concepto de trabajador por cuenta ajena en el Derecho español y comunitario”, Revista del Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 37/2002, pp. 41-43.

⁶⁵ STS 26/02/1986.

⁶⁶ Los transportistas han sido protagonistas de gran parte de la discusión jurisprudencial por la aportación del vehículo propio (STS 18/10/2006). También se ha seguido esta línea respecto de dobladores -STS 06/10/2010-, vendedores telefónicos -STSJ Cantabria 18/01/2013- o instaladores de sensores -STS 24/01/2018 y 08/02/2018.

⁶⁷ SJS n. 31 de Barcelona 11/07/2019, SJS n. 19 Madrid 22/07/2019 o STSJ Asturias 25/07/2019

y materias primas, sino de una estructura productiva cuya titularidad ostenta el empresario y en la cual el trabajador aporta su trabajo⁶⁸. La ausencia de una organización empresarial propia se ha venido considerando como un indicio de laboralidad⁶⁹, y en el fenómeno de las plataformas digitales gran parte de la estructura y organización de la actividad empresarial recae, precisamente, en la plataforma de la que es titular la empresa. El elemento vertebral del “nuevo” negocio no es nada menos que la marca y la *app*, es decir, la plataforma, que supone el aporte logístico necesario para el desarrollo del servicio, junto con el soporte técnico que proporcionan las tecnologías de la información que explota en exclusiva la empresa⁷⁰.

La plataforma se dibuja como un elemento productivo necesario, existiendo tres principales índices que determinan, en esta relación laboral atípica, la ajenidad del control organizativo y que, a su vez, generan por sí mismos la subordinación del trabajador⁷¹.

La ajenidad en la marca⁷², como primera manifestación, se detecta en el propio funcionamiento u operatividad de la plataforma en su labor de coordinación de los servicios o tareas. La oferta por la empresa de un servicio o tarea concreta en el mercado implica que el trabajador permanezca ajeno, siendo la empresa quien canaliza las demandas correspondientes a las que atender de una manera uniforme. La plataforma digital asume la tarea que realiza cada prestador como propia, y es a esa concreta marca a la que acuden clientes y empresas vinculadas cuando necesitan el servicio. Esa necesaria confianza en la marca es la que justifica la existencia de estándares de calidad o de imagen corporativa y el *know-how* que, en definitiva, hacen reconocible a la marca. Estos elementos acaban imponiéndose a los trabajadores bajo instrucciones de obligado cumplimiento o pautas de comportamiento estandarizadas, por ser estos últimos la “cara visible” de la empresa a la que sirven y a la que ponen en juego⁷³.

Las plataformas digitales, aun aceptando la prestación por ellas del servicio subyacente, centralizan las ofertas recibidas por parte de los usuarios. Además de constituirse como un intermediario imprescindible, son las que deciden qué servicio se ofrece al mercado, bajo qué precio o condiciones y a través de qué

⁶⁸ Selma Penalva, A., *Op. Cit.*, pp. 134-136.

⁶⁹ Sumados a los pronunciamientos judiciales en materia de ajenidad en medios de producción (nota 70), destaca la STS 30/04/1990 -instaladores- o la STS 19/02/2014 -tertulianos-.

⁷⁰ SJS n. 1 de Gijón 20/02/2019; SJS n. 33 de Madrid 11/02/2019; SJS n. 31 de 11/07/2019; SJS n. 19 de Madrid 22/07/2019; STSJ Asturias 25/07/2019.

⁷¹ Sánchez Ocaña, J.M., *Op. Cit.*, pp. 97-98.

⁷² Todolí Signes, A., “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, 92/2019, p.6

⁷³ SJS n. 6 de Valencia 01/06/2018.

vínculos contractuales, tanto en relación con la clientela como con los proveedores. La gestión de las relaciones comerciales por parte de la empresa titular de la plataforma, junto con los elementos anteriores, revela la interposición del empresario en un mercado al que el trabajador no podría acceder de modo autónomo⁷⁴. Así, destaca la ajenidad en el mercado como segunda manifestación⁷⁵.

El monopolio de la clientela va implícito ya en el propio funcionamiento y sistema de asignación de los servicios a los repartidores. No sólo se trata del diseño de la prestación del servicio o de las herramientas a utilizar, sino de la ajenidad en la información. Como tercera manifestación, en el desarrollo del servicio el prestador desconoce la información necesaria para el propio negocio (quiénes son los clientes, qué restaurantes están adheridos como proveedores, por ejemplo, cuál es el volumen o la demanda de cada franja horaria)⁷⁶. Esta información y su control se convierte en un activo imprescindible para una adecuada gestión de los servicios de la propia marca y se encuentra en manos de la empresa, obligando una vez más al trabajador a integrarse en dicha actividad empresarial ajena ante la falta de capacidad para un desarrollo empresarial autónomo.

Siendo más o menos pacífica la apreciación de la ajenidad en los frutos y en los riesgos, lo cierto es que los activos intangibles de la empresa como la marca, la plataforma o la cartera de clientes generan la propia dependencia en los procesos de prestación de los servicios. Estos elementos estructuran la propia organización empresarial, de tal modo que la titularidad de la empresa y la correlativa carencia por parte del prestador provoca que este último deba integrarse en esa esfera de dependencia y subordinación que exige la gestión de una marca ajena y la utilización de medios productivos tecnológicos que no le pertenecen⁷⁷.

4. REFLEXIÓN FINAL

A partir de la operatividad de las plataformas digitales y la evolución jurisprudencial de las notas de laboralidad se puede observar cómo los indicios clásicos mantienen su utilidad, incluso cuando la forma de manifestarse se haya transformado. Sin olvidar que las notas de dependencia y ajenidad, así como sus indicios, son una creación fundamentalmente jurisprudencial, la reformulación

⁷⁴ SJS n. 31 de Madrid 11/02/2019; SJS n. 19 de Madrid 22/07/2019.

⁷⁵ Alarcón Caracuel, M., “La ajenidad en el mercado: un criterio definitorio del contrato de trabajo”, *Revista de Derecho del Trabajo*, 2/1986, pp. 495; González Ortega, S., *Op. Cit.*, pp. 116-118.

⁷⁶ SJS n. 5 de Valencia 10/06/2019.

⁷⁷ SJS n. 1 de Gijón 20/02/2019.

de sus manifestaciones permite que el trabajo por cuenta ajena continúe siendo reconocido en una obstinada huida del Derecho del Trabajo.

Los pronunciamientos judiciales a favor de la laboralidad de los prestadores de servicios de las plataformas digitales atribuyen una importancia primordial al examen de los indicios de dependencia. Sin embargo, no debe obviarse que a través de las sentencias actuales se juzga una operatividad en concreto, de un momento determinado, que puede distar mucho de la actual. El análisis de las sentencias permite que las empresas titulares de plataformas actúen en sentido contrario y modifiquen los indicios declarados, y es precisamente en los indicios de dependencia donde poseen un mayor margen de actuación, por referirse al desempeño personal del propio trabajo.

La capacidad de transformación de las plataformas para actuar al margen de los indicios clásicos de dependencia o subordinación provoca que la atención, de aquí en adelante, también deba dirigirse al concepto de ajenidad, a favor de aquellos que carecen de una verdadera estructura empresarial. Si bien es cierto que las nuevas estructuras empresariales descansan en elementos intangibles como la marca o la *app*, no debe olvidarse que la integración del trabajador en estas sigue colocándolo en una posición de inferioridad, incluso cuando la subordinación llegue a difuminarse por completo. La falta de oportunidad de desarrollo empresarial del que carece de la infraestructura necesaria, así como la prestación del servicio bajo el paraguas de una marca ajena, determina un desequilibrio de poder y una falta de libertad contractual tan similar como aquella que marcó el tradicional ámbito de aplicación del Derecho del Trabajo.

La presunta libertad ofrecida a los prestadores de servicios de las plataformas digitales no absorbe el poder de dirección y control con el que esta última cuenta como consecuencia de la titularidad de la estructura productiva. Por ello, no se trata de proceder a una recalificación del concepto de trabajador por cuenta ajena. Los avances tecnológicos no deben empañar las nuevas manifestaciones de indicios clásicos que, dentro de la discrecionalidad judicial que otorga su carácter abierto, puede relativizar los argumentos contrarios a la laboralidad sobre la base de la ampliación de la ya conocida ajenidad en el mercado y en el control productivo.

REVOLUCIÓN MÁS DE FORMA QUE DE CONTENIDO: LA HUIDA DEL DERECHO DEL TRABAJO POR MEDIO DE LA ECONOMÍA DIGITAL

FLÁVIO ALEXANDRE LUCIANO DE AZEVEDO

*Investigador pre-doctoral en el programa de
Ordenación Jurídica del Mercado*

Universidad de Vigo. Inspector del Trabajo en Brasil

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: economía digital; subordinación,
huida del Derecho

La economía digital reconocidamente ha revolucionado el mercado de trabajo. La utilización de tecnología de información permite a las empresas organizar y controlar las estructuras productivas de una manera inimaginable antes de la actual portabilidad de los equipos de informática y de la facilidad de transmisión de datos. Sin embargo, esta revolución no ha cambiado la esencia de las relaciones de producción sino la forma como se manifiestan los requisitos de ajenidad y dependencia en la organización productiva moderna. Este trabajo analiza la identificación de los requisitos del trabajo por cuenta ajena en la economía digital desde el punto de vista de la garantía de derechos laborales para las personas que trabajan en este mercado.

ABSTRACT

KEYWORDS: digital economy; subordination; escape
from Labour Law

The digital economy is said to have revolutionized the labour market. The use of information technology allows companies to organize and control the productive structures in a way that was unimaginable before the current portability of technological equipment and the ease of data transmission. Nevertheless, this revolution has not changed the essence of productive relationships but the way the requirement of subordination manifests itself in the modern productive organization. This paper analyses the detection of the requirements of subordinate work in digital economy from the point of view of the guarantee of labour rights for people who work in this market.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA APARENTE AUTONOMÍA DE LOS TRABAJADORES DE LA ECONOMÍA DIGITAL
3. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD DEL TRABAJADOR DE LA ECONOMÍA DIGITAL
4. EL TAYLORISMO DIGITAL Y LA POLARIZACIÓN DEL MERCADO LABORAL EN LA NUEVA ECONOMÍA
5. LA HUIDA DEL DERECHO LABORAL
6. CONCLUSIÓN

1. INTRODUCCIÓN

El entendimiento más común acerca de la economía digital ha sido considerarla disruptiva porque cambia de una manera revolucionaria las relaciones laborales y comerciales. Sin embargo, con respecto a la esencia de la relación de trabajo, la economía digital no es tan novedosa como se afirma. Es decir, las empresas siguen dominando la concepción amplia del trabajo que desarrollan, dividiendo el trabajo en pequeñas tareas, contratando personas para realizarlas y controlando su fuerza de trabajo. El control de todo este proceso, aunque se realice de manera diferente de la manera tradicional, se hace cada vez más necesario para que las empresas ajusten el funcionamiento de los medios con el fin de alcanzar sus objetivos productivos. De ahí, se puede decir que, en esencia, la “fábrica”¹ de la economía digital no es muy diferente de la fordista.

Lo que sí es muy diferente es la manera cómo se realiza este control. La facilidad de transmisión de datos y la portabilidad de equipos informáticos que tienen la posibilidad de recibir, procesar y transmitir informaciones instantáneamente moldean el funcionamiento de las empresas de la economía digital. Esto efectivamente es revolucionario en el escenario de esta organización productiva moderna. Por medio de esta tecnología se hace posible toda la coordinación necesaria para controlar el proceso productivo² de manera muy eficiente pero poco visible y sin necesidad de concentración física de los trabajadores.

Volviendo a la idea más común, o sea, que la economía digital, al cambiar la propia esencia de las relaciones productivas, es absolutamente revolucionaria, se percibe que tiene consecuencias directas en el tema de la clasificación de trabajadores. Esta concepción lleva a la conclusión que las normas existentes sobre este tema son inadecuadas a la modernísima organización empresarial y que, por ello,

¹ “Fábrica” aquí se utiliza en sentido amplísimo e incluso metafórico. La producción de un servicio no se hace propiamente en una fábrica, pero se remite a la idea de producción fordista, con concentración física de trabajadores y órdenes constantes y directas transmitidas por la gerencia de la empresa a los mismos.

² “Proceso productivo” aquí también se entiende de manera amplia. Es decir, se refiere tanto a la producción de un bien material cuanto a la prestación de un servicio.

querer aplicarlas a este contexto es algo anticuado e inapropiado³. Asimismo, la concepción de relaciones laborales limitada al contexto de las organizaciones empresariales centralizadas físicamente lleva al entendimiento de que los trabajadores de la economía digital tienen libertad de organizar su propio trabajo y, por lo tanto, se deben clasificar como trabajadores autónomos.

Esta clasificación es conveniente para las empresas, una vez que, al contrario que a los trabajadores autónomos, a un trabajador por cuenta ajena se aplica la legislación laboral, que consiste principalmente en una serie de normas que le protegen. Es decir, los trabajadores subordinados son titulares de varios derechos cuyo cumplimiento se puede exigir de la empresa. Por ello, al clasificar sus trabajadores como autónomos, las empresas de la economía digital reducen considerablemente los costes de su mano de obra. Además, esto permite que las empresas se libren de diversas responsabilidades accesorias propias del régimen laboral, como, por ejemplo, la protección de la integridad física en el medio ambiente de trabajo y la protección contra el despido arbitrario.

Otra cosa que tampoco es novedad en la economía digital es la tentativa de reducir costes y aumentar los lucros y la competitividad de las empresas por medio de la huida del Derecho laboral. Así que se aprovecha de toda esta aura de modernidad de las empresas de la nueva economía y se maximizan sus lucros. Pero, desde el punto de vista de los trabajadores, se está creando una gran masa de personas con puestos de trabajo inestables, poco protegidos, mal remunerados y que, por todo ello, no les permite tener una vida digna por medio del trabajo. En este estudio, se discutirá el tema de la aplicación o no de la protección de la legislación laboral a los trabajadores de la economía digital, desde el prisma de la necesidad de protección de derechos básicos en el contexto de las relaciones laborales.

2. LA APARENTE AUTONOMÍA DE LOS TRABAJADORES DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Ya se ha dicho que los trabajadores de la economía digital generalmente son clasificados como autónomos. Tal clasificación es muy beneficiosa para las empresas porque a los trabajadores autónomos no se aplica la legislación laboral, lo que hace la mano de obra mucho más barata⁴. Ahora bien, la clasificación de los trabajadores de la nueva economía como autónomos solamente es posible por

³ Stokes, A., “Driving courts crazy: a look at how labor and employment laws do not coincide with ride platforms in the sharing economy”, *NEBRASKA LAW REVIEW*, 3/2017, p. 856.

⁴ Cabeza Pereiro, J., “Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL*, 86/2019, p. 66.

una concepción reduccionista del control sobre la fuerza de trabajo⁵. Se hace tal afirmación porque la autonomía es la inexistencia de control y en la economía digital el control sobre la mano de obra normalmente está presente de una manera muy fuerte. Lo que pasa es que el control se ejerce de manera difusa, a distancia, sin concentración física de los trabajadores. Por ello, la concepción restrictiva no percibe que el control existe y ve los trabajadores como autónomos.

Sin embargo, la utilización de aplicaciones de teléfonos móviles permite a las empresas saber, en todo momento, la localización precisa de los trabajadores, siempre y cuando eso sea necesario para el tipo de servicio que se presta⁶. En las empresas que prestan servicios de transporte, por ejemplo, esta información es importante. Por ello, los trabajadores, a partir del momento en que acceden a la plataforma y se ponen a disposición para trabajar, tienen su localización conocida por la empresa. Ya en el caso de una empresa que presta servicio de traducción de textos, la localización del trabajador no importa. Lo que sí importa es que el trabajador reciba un texto en un idioma y, por medio de internet, entregue la correspondiente traducción en el plazo que se espera. En este caso, el trabajador puede estar en cualquier lugar del mundo, siempre y cuando tenga una conexión de transmisión de datos fiable.

Asimismo, en la economía digital se controla lo necesario para el tipo de servicio que se presta y nada más que eso. De manera que hay diversas situaciones en las cuales no se determina al trabajador el tiempo y el lugar en el que se debe prestar el servicio, sino un plazo para su entrega. Esta es otra característica que produce que el control se disimule y que no sea percibido tan fácilmente. De este modo, la economía digital tiene jefes que, no obstante invisibles, son jefes y controles que, no obstante invisibles, son controles⁷.

De hecho, como las empresas de la economía digital limitan el control sobre la mano de obra al estrictamente necesario, todas las demás circunstancias de la prestación de servicios están en el ámbito de la libertad del trabajador. Sin embargo, esto no significa que los trabajadores son autónomos. Atentas a esto, las decisiones de los casos *O'Connor v. Uber* y *Cotter v. Lyft* consideran que no es necesario control total sobre la mano de obra para que se configure la subordinación del trabajador⁸. Si la empresa mantiene el derecho de controlar el trabajo,

⁵ Sanguineti Raymond, W., “La dependencia y las nuevas realidades económicas y sociales: ¿un criterio en crisis?”, TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIEN-ESTAR SOCIAL, 40/1996, p. 56.

⁶ Das Acevedo, D., “Invisible bosses for invisible workers, or why the sharing economy is actually minimally disruptive”, THE UNIVERSITY OF CHICAGO LEGAL FORUM, 35/2017, p. 43.

⁷ *Ibidem*, p. 37.

⁸ 82 F.Supp.3d 1133 Douglas O'Connor, et al., Plaintiffs v. Uber Technologies, Inc., et al.,

se entiende que subordina al trabajador, aunque no ejerza totalmente este control. En cuanto a los aspectos que interesan a la empresa, el control seguramente será ejercido enteramente. Precisamente por la actual facilidad de transmisión y procesamiento de información, estos controles suelen ser mucho más incisivos y profundos⁹.

Las empresas de la economía digital suelen tener un sistema de evaluación del trabajo prestado por medio de sus plataformas que es de fundamental importancia para el ejercicio de la organización, control y supervisión sobre la fuerza de trabajo. Este sistema normalmente se alimenta de evaluaciones hechas por los clientes de las empresas, que, prestado un servicio, atribuyen una nota al trabajador. Sin embargo, las informaciones de las evaluaciones son controladas por las empresas, que las utilizan para informar a los clientes siguientes acerca de la calidad del servicio de cada trabajador, pero también, y fundamentalmente, para corregir conductas inadecuadas de los trabajadores.

Este proceso influye directamente en las ganancias del trabajador pues una baja evaluación puede impedir su acceso a una cantidad adecuada de servicios. Una baja evaluación reiterada puede derivar incluso en la terminación del contrato con este trabajador mal clasificado. Así que por el temor de tener pérdidas, el trabajador se ve obligado a adecuarse a lo que le determina la empresa, convirtiéndose este proceso en un mecanismo que puede ser tan o más efectivo que los tradicionales para subordinar a los trabajadores¹⁰.

Un trabajador verdaderamente autónomo adquiere bienes, si es necesario contrata personas y organiza su propio trabajo, buscando que su organización

Defendants. No. C-13-3826 EMC United States District Court, N.D. California. Signed March 11, 2015. 60 F.Supp.3d 1067, Patrick Cotter, et al., Plaintiffs v. Lyft, Inc., Defendant. Case No. 13-cv-04065-VC United States District Court, N.D. California. Signed March 11, 2015.

⁹ González Ortega, S., “La informática en el seno de la empresa. poderes del empresario y condiciones de trabajo”, en AA. VV., *Nuevas tecnologías de la información y la comunicación y Derecho del Trabajo* (Alocón Caracuel, M. R., Esteban Legarreta, R., Coord.), Bomarzo, Alicante, 2004, p. 40.

¹⁰ “52. A pesar de que este control no se ejerce mediante una subordinación jerárquica de corte clásico, no debemos dejarnos engañar por las apariencias. Un control indirecto como el que ejerce Uber, basado en incentivos económicos y una evaluación descentralizada realizada por los pasajeros, con un efecto de escala, permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución.” Conclusiones del Abogado General Sr. M. Szpunar, presentadas el 11 de mayo de 2017. Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, SL. Petición de decisión prejudicial planteada por el Juzgado Mercantil n.º 3 de Barcelona. Procedimiento prejudicial — Artículo 56 TFUE — Artículo 58 TFUE, apartado 1 — Servicios en el ámbito de los transportes — Directiva 2006/123/CE — Servicios en el mercado interior — Directiva 2000/31/CE — Directiva 98/34/CE — Servicios de la sociedad de la información — Servicio de intermediación que permite, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, conectar a cambio de una remuneración a conductores no profesionales

productiva le dé lucros. En la economía digital, las relaciones entre las empresas y los trabajadores considerados autónomos son muy diferentes. Es verdad que en algunos tipos de servicio los trabajadores poseen algunos bienes que son utilizados para el trabajo. Pero estos bienes no tienen un valor importante, sobre todo cuando se comparan con los de las empresas.

Tómese como ejemplo una empresa de transporte de personas de la economía digital. Esta empresa tiene como principales bienes implicados en el proceso productivo la aplicación desarrollada para controlar el servicio, además de su marca. Los trabajadores, por su turno, poseen un coche en buen estado y un teléfono móvil con acceso a internet. Estos últimos, son infinitamente menos valiosos que los bienes inmateriales de las empresas. Además, estos trabajadores considerados autónomos no tienen personas contratadas bajo sus órdenes y son dependientes de la estructura organizacional de otros. Esto nos permite concluir que la tan propagada autonomía y flexibilidad de los trabajadores de la empresa de plataforma es muchas veces falsa.

La supuesta autonomía de los trabajadores de la economía digital se reafirma también por el hecho de que ellos generalmente tienen la posibilidad de rechazar trabajos y no tienen la obligación de cumplir jornadas de trabajo determinadas por las empresas. Sin embargo, la libertad de los trabajadores de la economía digital no es tan grande como parece. Por un lado, los algoritmos de las empresas pueden priorizar la designación de tareas a aquellos trabajadores que suelen ponerse más a disposición de trabajar o que han rechazado menos tareas a ellos designadas¹¹.

Además, el sistema de evaluación de los trabajadores también suele depender de una considerable cantidad de tareas realizadas y de pocos rechazos¹². Así que, poco tiempo a disposición para el trabajo puede repercutir en menos tareas disponibles en el futuro y también en bajas notas en los sistemas de evaluación de las empresas. Por otro lado, las ganancias de los trabajadores dependen totalmente del cumplimiento de tareas, de forma que los trabajadores se sienten presionados a ponerse a disposición para trabajar y a no rechazar tareas. De esta manera, el poco tiempo a disposición de la empresa o el rechazo frecuente de tareas, es decir,

que utilizan su propio vehículo con personas que desean realizar desplazamientos urbanos — Exigencia de una autorización. Asunto C-434/15. Identificador Europeo de Jurisprudencia: ECLI:EU:C:2017:364.

¹¹ Daskalova, V., “Regulating the new self-employed in the uber economy: what role for EU competition law”, *GERMAN LAW JOURNAL*, 3/2018, p. 477.

¹² Prassl, J., Risak, M., “Uber, Taskrabbitt, and co.: platforms as employers? rethinking the legal analysis of crowdwork”, *COMPARATIVE LABOR LAW & POLICY JOURNAL*, 2016, p. 631.

el ejercicio de la supuesta flexibilidad para trabajar, normalmente resulta en una aún mayor inestabilidad de ganancias¹³.

De lo que se ha expuesto, se puede concluir que la esencia de las relaciones laborales no ha cambiado en la economía digital. Las empresas siguen controlando la mano de obra con la finalidad de alcanzar sus objetivos productivos y obtener lucros. Por ello, siguen presentes en este contexto la ajenidad y la dependencia, que se deben utilizar para calificar la relación laboral¹⁴. Por la facilidad de comunicación característica de la economía digital, lo que sí ha cambiado radicalmente es la manera por la cual se manifiestan estos rasgos en el proceso productivo.

Por eso la idea de que representan una revolución mucho más de forma que de contenido. Por lo tanto, la mirada verdaderamente moderna sobre las relaciones laborales en la economía digital exige una evolución de la interpretación de la ajenidad y de la dependencia con la finalidad de verificar su manifestación, aunque ocurra de manera dispersa y difusa, como suele ser en el contexto productivo de la economía digital.

3. LA CONDICIÓN DE VULNERABILIDAD DEL TRABAJADOR DE LA ECONOMÍA DIGITAL

Está en la raíz de la creación del Derecho laboral el reconocimiento de una diferencia de poder entre las dos partes de la relación laboral: empleados y empresarios. Por ello, la legislación que regula las relaciones sociales derivadas de este contrato está elaborada de manera que protege a la parte reconocida como vulnerable frente a su contratante. Por eso, se ha creado el Derecho Laboral para que por lo menos se cumplan unas condiciones mínimas de dignidad en el desarrollo de estas relaciones. Esto quiere decir que cualquier decisión sobre este tema, sea de política laboral o de interpretación de la legislación, tiene que tener en cuenta la protección del empleado. Esta es la razón por la cual existe el Derecho Laboral, la búsqueda del cumplimiento de derechos mínimos de los trabajadores en cualquier relación laboral.

Los criterios para la definición del ámbito personal de aplicación de la legislación laboral se han creado con la finalidad de identificar esta relación de contratación de mano de obra en la cual se verifica el desequilibrio de poder que tipifica la relación laboral. En este contexto, el criterio más común para la identificación de un empleado es el control sobre la fuerza de trabajo. De ahí, han

¹³ Quinlan, M., “The ‘pre-invention’ of precarious employment: the changing world of work in context”, *THE ECONOMIC AND LABOUR RELATIONS REVIEW*, 4/2012, p. 18.

¹⁴ González Ortega, S., op. cit., p. 23.

surgido las ideas de la subordinación en Brasil, de la ajenidad y dependencia en España y los tests de control en el Reino Unido.

Se observa que la concepción de lo que es un trabajador por cuenta ajena ha sido creada con la finalidad de identificar un tipo de prestador de servicio que necesita un tratamiento específico en razón de una condición suya, que es la vulnerabilidad ante la persona que contrata su mano de obra¹⁵. La manera como se manifiesta el poder empresarial cambia a la par de la evolución de la organización de los procesos productivos. Esto exige la correspondiente transformación de la concepción de lo que viene a ser un empleado. Teniendo a la vista la característica protectora del Derecho laboral, la decisión sobre si hay o no subordinación debe tener en cuenta si el trabajador se encuadra en el tipo de persona para cuya protección se ha creado la legislación¹⁶.

La efectividad del Derecho Laboral es, por lo tanto, muy importante para la promoción de la dignidad humana en las relaciones productivas. Por debajo de un nivel mínimo de derechos, se puede decir que el ser humano se encuentra en una condición inferior de dignidad¹⁷. Teniendo en cuenta la diferencia de poder de

¹⁵ Bales, K., Bogg, A., Novitz, T., “‘Voice’ and ‘Choice’ in modern working practices: problems with the Taylor review”, *INDUSTRIAL LAW JOURNAL*, 1/2018, p. 59.

¹⁶ En este sentido, en sentencia del Tribunal de Apelación del Cuarto Distrito de California, se entiende que para definir si hay o no una relación de empleo, se debe tener en cuenta la intención de la Ley, si el demandante es o no el tipo de persona que generalmente se intenta proteger y cuál es el relativo poder de negociación de las partes, mentalmente, económicamente y educacionalmente. En esta sentencia, se falló que no había ninguna negociación entre el demandante y el demandado y, por ello, el primero era precisamente el tipo de persona que se busca proteger por medio de la legislación laboral: “Persons such as Truesdale, who perform services for the public and engage in retail sales in specialized shops operated by others, are certainly within the class of persons the legislative scheme was meant to protect; and there are no applicable statutory exclusions. Truesdale had little or no bargaining position; he was simply required to sign the so-called independent contractor agreement prepared by the alleged employer’s attorney. There were no negotiations, no options.” Court of Appeal, Fourth District, Division 3, California. Kenneth Truesdale, Petitioner, v. Workers’ Compensation Appeals Board, Don Logan et al., Respondents. G004410. Decided: March 23, 1987.

En el mismo sentido, una sentencia más reciente del Tribunal del Distrito Norte de California, en la cual se entiende que los tribunales deben aplicar los tests de control para decidir si una persona es un empleado teniendo en cuenta los propósitos que las legislaciones intentan cumplir y la persona para cuya protección la legislación está diseñada: “Accordingly, although it’s easy to get lost in the weeds when applying California’s test for deciding whether a worker is an employee or an independent contractor, courts should apply the test with an eye towards the purposes those statutes were meant to serve, and the type of person they were meant to protect.” United States District Court, N.D. California, F.Supp.3d 1067, Patrick Cotter, et al., Plaintiffs v. Lyft, Inc., Defendant. Case No. 13–cv–04065–VC. Decided March 11, 2015.

¹⁷ En la doctrina brasileña, se utiliza el término “patamar civilizatório mínimo”, que se puede traducir como “base civilizadora mínima”, para identificar este nivel mínimo de derechos por debajo de los cuales no hay dignidad humana. Por su condición de derechos mínimos, tienen que ser garantizados por la actuación del Estado a todas las personas trabajadoras.

negociación entre las partes de una relación de producción, la existencia de una protección legal adecuada es una condición necesaria para la promoción de trabajo decente -por usar la terminología de la Organización Internacional del Trabajo-. En relaciones marcadas por el desequilibrio entre las partes, la autonomía de la voluntad significa, en la práctica, la imposición de la voluntad de la parte más fuerte. Así que, a fin de promover algún equilibrio entre las partes de la relación, la parte más vulnerable depende de la acción del Estado para protegerle¹⁸.

Es verdad que la Organización Internacional del Trabajo no busca solamente la promoción del empleo sino del trabajo decente. O sea, la búsqueda del respeto de los derechos fundamentales de las personas trabajadoras no se limita a la prestación de servicios por cuenta ajena, pues encuadra también la autónoma. Eso no quita la importancia de la investigación de la correcta clasificación de trabajadores, una vez que para los trabajadores que son erróneamente clasificados como autónomos, la condición de empleados es esencial para que tengan derecho a la protección de la legislación laboral. La combinación de desequilibrio de poder frente a su prestatario de servicio con la falta de protección conduce los trabajadores a una condición vulnerable¹⁹. Por ello, los falsos autónomos son trabajadores sometidos a alto riesgo de precariedad²⁰.

En el desarrollo de las actividades de la economía digital, muchas veces se producen decisiones tomadas por las empresas, con importantes efectos para los trabajadores, sin que estos puedan contestarlas. Esto muestra la condición de vulnerabilidad y poco poder de negociación que tienen los obreros. Lo que nos permite concluir que no estamos ante personas que aprecian la flexibilidad y la oportunidad de trabajar por cuenta propia, sino que vemos personas que aceptan la condición de trabajo que les es impuesta, a la espera de lograr un medio de obtener ganancias que les permitan subsistir. Los importantes efectos de las decisiones de las empresas pueden producirse sobre la remuneración de los trabajadores o incluso en su posibilidad de continuar prestando servicios por medio de la plataforma.

Tales decisiones son tomadas casi siempre unilateralmente por las empresas, lo que pone de relieve la diferencia de poder entre estas y los trabajadores. Los

Godinho Delgado, M., *Curso de Direito do Trabalho*, LTr, São Paulo, 2014, p. 119.

¹⁸ Taylor, M., et all, *Good work: the Taylor review of modern working practices*, 2017. Disponible en: https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/627671/good-work-taylor-review-modern-working-practices-rg.pdf, acceso en 05/12/2018, p. 57.

¹⁹ Olsthoorn, M., “Measuring precarious employment: a proposal for two indicators of precarious employment based on set-theory and tested with Dutch labor market-data”, SOCIAL INDICATORS RESEARCH, 1/2014, p. 423.

²⁰ European Parliament, *Precarious employment in Europe: patterns, trends and policy strategies*, 2016, p. 93.

ejemplos más característicos de estas situaciones son el poder de terminación del contrato, la definición del precio del servicio, la evaluación del servicio prestado, la designación de determinado trabajador para cada servicio e incluso la posibilidad de determinar que un servicio prestado no sea pagado.

En lo que respecta al poder de terminación del contrato, al ser clasificados como autónomos, los trabajadores no tienen ninguna protección contra despidos. En consecuencia, las empresas pueden unilateralmente terminar el contrato con un trabajador sin necesidad de dar explicaciones. A partir de ahí, el trabajador no puede seguir prestando servicios por medio de la empresa. Además, esta terminación no cuesta nada a la empresa, no le cuesta dinero, explicación y ni siquiera los trabajadores tienen la posibilidad de ordinariamente discutir esta decisión, aunque quedan profundamente afectados por ella.

Otra ocasión en la que se demuestra de manera muy clara la debilidad del trabajador es la definición unilateral del precio del servicio por la empresa de la economía digital²¹. Al mismo tiempo, este hecho es muy representativo de que la condición de los trabajadores de la economía digital es diversa de la de trabajador autónomo. Al organizar y controlar su propio trabajo, el verdadero autónomo puede definir el precio de su servicio. En la economía digital, al contrario, las empresas definen unilateralmente el precio del servicio del trabajador, cuya única opción es aceptarlo, o decidir no prestar el servicio y, por consiguiente, no ser remunerado por ello.

La atribución de servicios a sus trabajadores es otra decisión unilateral de la empresa, con repercusiones obvias en las ganancias de los trabajadores, ya que sus remuneraciones son dependientes de las tareas cumplidas. Como no hay garantía de mínimo de tareas y jornada de trabajo que deben ser ofrecidas para cada trabajador, si no se asigna una cantidad razonable de tareas, este tendrá su

²¹ Naden Iqbal, un conductor que trabajó para la empresa Uber por un año, fue entrevistado para un artículo del periódico británico *The Guardian*. Su relato muestra la total imposibilidad de negociar los honorarios que solía recibir por su trabajo. Las cuotas por distancia y por tiempo del recorrido fueron disminuidas y, por ello, el trabajador tuvo que trabajar más horas para mantener sus ganancias, lo que comprometió incluso su seguridad y la de sus clientes:

“It was good for about six months, but then I went on holiday and by the time I came back it had dropped the fees from £1.30 a mile and 15p a minute to £1 a mile and 10p a minute [with a minimum fare of £2.50]. There were more drivers, too. Once you minus your expenses, it worked out at about 30p a mile. Originally I was earning up to £600 a week but when they dropped the prices it almost halved – you had to do 80 hours, for the same amount of money. It compromises passenger safety. It says you are partners, but it dictates to you like you are an employee – you don’t control your own working conditions. [Uber disputes this, pointing out that drivers can decide when, where and how long to drive for. They can also drive with other operators.]” Khaleeli, H., *The truth about working for Deliveroo, Uber and the on-demand economy*, *The Guardian*, 15/06/2016. Disponible en: <https://www.theguardian.com/money/2016/jun/15/he-truth-about-working-for-deliveroo-uber-and-the-on-demand-economy/>. Acceso en 04/12/2018.

remuneración considerablemente afectada. En este contexto, hay una dificultad adicional para que los trabajadores entiendan la designación de tareas, porque son decididas por medio de algoritmos²². El hecho de que los códigos de los algoritmos son ininteligibles para los trabajadores hace aún más difícil su discusión.

También las ganancias de los trabajadores quedan afectadas por la evaluación constantemente realizada sobre sus servicios. Las evaluaciones son realizadas por los clientes destinatarios del servicio, pero su proceso es elaborado, controlado y sus informaciones son utilizadas por las empresas. La nota que se extrae de las evaluaciones es utilizada para informar a los propios clientes acerca de la calidad de los servicios anteriormente prestados por cada prestador de servicio. Además, la nota es parte importante de la decisión de las empresas sobre la asignación de tareas para los trabajadores, pues es una de las principales informaciones utilizadas por los algoritmos para atribuir una tarea a un trabajador.

Los productos y servicios de la economía digital tienen sus estándares de calidad determinados por las empresas. Con base en esta estandarización, las empresas se reservan el derecho de aceptar o no el resultado del trabajo. En el supuesto de no aceptación no se remunera la fuerza de trabajo, aunque esta haya sido puesta al servicio de lo que ha determinado la empresa. En algunas empresas esto es llevado al extremo de que el cliente tiene el derecho de negarse a pagar por el servicio y aun así utilizar su producto²³.

Naturalmente, hay personas que prestan servicios por medio de plataformas digitales que no están sometidos a las decisiones unilaterales de las empresas que las han creado. Estos trabajadores incluso pueden no experimentar precariedad en el trabajo, tener un razonable poder de negociación ante las plataformas, y no prestar servicios bajo control de las mismas. En estos casos, se puede defender la clasificación de los trabajadores como autónomos. Es decir, el hecho de que se preste un servicio por medio de plataforma no puede ser decisivo, ni positiva ni negativamente, para la clasificación de trabajadores como por cuenta ajena.

Asimismo, está claro que los hechos aquí descritos no suceden todos a la vez en todas las empresas de la economía digital. Pero, de manera general, cuando se está ante la concurrencia de algunos de ellos, se puede concluir que hay un gran desequilibrio de poder entre las dos partes de la relación de prestación de

²² Ravenelle, A., “Sharing economy workers: selling, not sharing”, *CAMBRIDGE JOURNAL OF REGIONS, ECONOMY AND SOCIETY*, 2/2017, p. 288.

²³ Risak, M., Warter, J., *Decent crowdwork: legal strategies towards fair employment conditions in the virtual sweatshop*, Regulating for decent work conference, Ginebra, 2015.

En este artículo, los autores citan el ejemplo de la empresa Amazon Mechanical Turk, empresa que consiste en una plataforma de micro-tareas en la que los clientes tienen el derecho de rechazar la tarea y no pagarla. Sin embargo, aunque hayan decidido no pagar por el trabajo realizado, pueden utilizarlo.

servicios en estos tipos de empresa. En este escenario, la clasificación de trabajadores de la economía digital como autónomos facilita el incumplimiento de los derechos más básicos de la parte menos favorecida de la relación²⁴.

4. EL TAYLORISMO DIGITAL Y LA POLARIZACIÓN DEL MERCADO LABORAL EN LA NUEVA ECONOMÍA

Con la finalidad de reducir las ineficiencias y aumentar la productividad en los procesos industriales, el *taylorismo* intenta separar de manera muy clara planeamiento, control y ejecución del trabajo²⁵. Esto posibilita la división clara entre gerencia y trabajador. La primera se encarga de concebir, planear, fiscalizar y evaluar el trabajo, el último se encarga de ejecutarlo según lo que le determinan²⁶.

Los avances tecnológicos han hecho más baratos y más accesibles los ordenadores y la tecnología de la información en general. Esto ha permitido un recrudecimiento de este proceso de separación entre gerencia y ejecución del trabajo, pues posibilita la informatización cada vez mayor de procesos de organización. Es decir, los puestos de trabajo intermediarios pueden verse cada vez más sustituidos por una máquina. Este fenómeno fue descrito por Wilensky, en 1960. En su texto, se afirma que la línea entre quien decide lo que debe ser hecho y quien lo hace se desplazaría hacia arriba y los puestos de los gerentes que aplicaban el *taylorismo* un día serían también *taylorizados*²⁷.

²⁴ En este contexto, los trabajadores de la economía digital, a causa del gran desequilibrio de poder ante su prestatario de servicios y sin protección legal, pueden volverse aún más subordinados que los típicos subordinados, tal cual ocurre con los trabajadores parasubordinados. Estos trabajadores teóricamente se hallarían en una condición de subordinación intermedia entre los subordinados y los autónomos y, por ello, el grado de protección que la legislación les garantiza es considerablemente menor de que el de los empleados típicos. Márcio Túlio Viana, al comentar sobre la condición de estos trabajadores, defiende que la diferencia de poder entre estos y sus prestatarios de servicios es tan grande como entre los empleados y los empleadores. Por consiguiente, su menor grado de protección, paradójicamente, les deja en una condición de aún más subordinados, pues, al no tener protección adecuada, se ven obligados a hacerse más dóciles, sumisos y obedientes.

Viana, M. T., “Trabalhadores parassubordinados: deslizando para fora do Direito”, En AA. VV., *Parassubordinação: em homenagem ao professor Márcio Túlio Viana* (Linhares Renault, L. O., Coord.), LTr, São Paulo, 2011, p. 29.

²⁵ En su libro “The principles of scientific management”, cuya primera edición fue publicada en 1911, Frederic Taylor expone su teoría de gestión científica que tiene como una de las ideas centrales la división del trabajo en tareas lo más elementales posible. Taylor, F., *Management científico*, Oikos-tau, Barcelona, 1970. Traducción Alicia Arrufat. p. 54.

²⁶ *Ibidem*, p. 40.

²⁷ Wilensky, H. L., “Work, careers, and social integration”, INTERNATIONAL SOCIAL SCIENCE JOURNAL, 4/1960, p. 557.

La utilización de la tecnología de información permite el recrudescimiento de este proceso por la gran reducción de puestos de trabajo intermediarios. A este recrudescimiento, por estar basado en las posibilidades ofrecidas por la tecnología de la información, se le denomina *taylorismo* digital²⁸. Además, el *taylorismo* digital también se caracteriza por una menor necesidad de concentración física de los trabajadores, una vez que la comunicación se ha hecho más barata y más eficiente. Esto tiene dos efectos muy claros: primero, los controles se hacen menos visibles y segundo, hay un número mucho mayor de trabajadores disponibles para la contratación.

De ahí que la economía digital es un terreno fértil para la concentración de renta, una vez que se organiza con menos trabajadores intermediarios, generando una gran polarización en el mercado de trabajo. De esta manera, de un lado están las pocas personas altamente técnicas que conciben el trabajo y los programas informáticos que se van a utilizar para controlarlo. De otro lado, hay un ejército de trabajadores a la espera de una pequeña tarea que les sea asignada a cambio de la pequeña e inestable remuneración que les corresponde.

Los primeros suelen tener excelentes sueldos y pocos problemas para recolocarse en el mercado laboral, en caso de que lo necesiten. Los segundos se someten a cualquier exigencia que les sea impuesta, una vez que no tienen una calificación bien valorada por el mercado laboral y pueden ser sustituidos fácilmente por otra persona sin ningún problema para la productividad de la empresa. Se puede notar que este problema es aún mayor cuando se tiene en cuenta que estos trabajadores no especializados son los que se clasifican como autónomos, de acuerdo con lo que ha sido discutido en el apartado 2 *supra*. Es decir, la concepción restrictiva de la ajenidad produce que la economía digital polarice el mercado de trabajo, y que se creen puestos de trabajo desprovistos de protección de la legislación laboral precisamente para los que más la necesitan.

5. LA HUIDA DEL DERECHO LABORAL

Otra característica que tampoco es exclusiva de la economía digital es la tentativa de librarse de los costes de la mano de obra contratada por cuenta ajena. La contratación de un empleado es considerablemente más cara que la de un trabajador autónomo. Por eso, las empresas intentan huir de las responsabilidades y de los costes que les impone el Derecho Laboral. Por consiguiente, las controversias

²⁸ Brown, P., Lauder, H., Ashton, D., *The global auction: the broken promises of education, jobs and incomes*, Oxford University Press, New York, 2011, p. 72.

para delimitar las fronteras entre empleados y trabajadores autónomos son tan antiguas como el propio surgimiento del Derecho del trabajo²⁹.

Por ejemplo, el sistema de *putting-out*, característico de la economía europea del comienzo de la producción capitalista, tenía mucho en común con la organización productiva que actualmente se utiliza en las empresas de la economía digital. Aquel sistema se servía de subcontrataciones, de contratos de trabajo flexibles y de la distribución de tareas elementales por los comerciantes entre los trabajadores. Los trabajadores solían trabajar en sus casas, poseer equipos de poco valor económico implicados en el trabajo y los frutos de su trabajo eran propiedad de los comerciantes. Además, no había ninguna garantía de estabilidad en la contratación. Con excepción de la masiva utilización de la tecnología de comunicación, permitida por la evolución tecnológica, el sistema de *putting-out* era igual que el de las actuales empresas de la economía digital³⁰.

El director ejecutivo de CrowdFlower, una empresa de la economía digital, afirmó en 2010, en un discurso para un grupo de empresarios, que la tecnología digital es lo que permite la contratación de alguien para prestar servicios por diez minutos y después despedirlo, sin ninguna garantía de continuidad del vínculo de trabajo³¹. Lo que se puede añadir a esta afirmación es que además de la evolución tecnológica, lo que permite esta contratación precaria es el tratamiento que el Derecho ha dado a estas relaciones de producción. En otras palabras, las empresas están actuando así porque la tecnología lo hace posible y segundo porque la interpretación que se ha dado a estas relaciones de producción les permite que clasifiquen a los trabajadores como autónomos.

La clasificación de estos trabajadores como empleados obligaría a las empresas a garantizarles una serie de derechos mínimos. Esto reduciría el desequilibrio en las relaciones de la economía digital de manera que permitiría alguna estabilidad al trabajador en su puesto de trabajo. El análisis de esta afirmación nos permite también concluir que el efecto de la tecnología en la organización productiva no ha sido el de revolucionar completamente las relaciones. Al fin y al cabo, lo que ocurre es que alguien contrata a un prestador de servicio, le ordena lo que tiene que hacer, se apropia del resultado del trabajo y paga por la mano de obra. Lo que sí hace la moderna tecnología es posibilitar la contratación

²⁹ Bales, K., Bogg, A., Novitz, T., “‘Voice’...”, op. cit., ILJ 1/2018, p. 58.

³⁰ Stanford, J., “The resurgence of gig work: historical and theoretical perspectives”, THE ECONOMIC AND LABOUR RELATIONS REVIEW, 3/2017, p. 385.

³¹ *How crowdworkers became the ghosts in the digital machine*. Moshe Z. Marvit, Disponible en: <https://www.thenation.com/article/how-crowdworkers-became-ghosts-digital-machine/> Acceso en 17/12/2018.

y el control del trabajo a distancia de manera fácil, barata y, por la condición de autónomos de los trabajadores, precaria.

Por eso, en mi opinión, la revolución generada en el escenario de la economía digital es mucho más de forma que de contenido, porque se manifiesta en la manera por la cual se ejerce el control sobre la fuerza de trabajo y no en la esencia de las relaciones laborales, como normalmente se quiere hacer creer. Para las empresas, como ya se ha afirmado, es conveniente la clasificación de trabajadores como autónomos, por la reducción de costes que esto representa. Sostener esta clasificación bajo el argumento de que los trabajadores son emprendedores y que, por utilizar tecnología digital en la prestación de servicios, tienen libertad de organizar su propio trabajo, es un argumento para huir de las obligaciones del Derecho Laboral.

Contra la acentuada deslaboralización que se produce en la economía digital por el reconocimiento de los trabajadores como autónomos, se hace necesario plantear dos argumentos, uno de orden fáctico y otro de orden constitucional. El de orden fáctico consiste en que la clasificación de trabajadores vulnerables como autónomos genera trabajo de baja calidad, lo que va en un sentido contrario al que se espera del trabajo, que es la posibilidad de mejorar la condición social de las personas. O sea, estos trabajadores tienen gran posibilidad de no obstante trabajar, hallarse en una condición de pobreza. El de orden constitucional postula que el reconocimiento del trabajo como un valor de orden constitucional impone límites a la deslaboralización, sea a nivel jurisprudencial o legal³².

6. CONCLUSIÓN

De todo lo que se ha expuesto, a guisa de conclusión se puede decir que la economía digital efectivamente representa una revolución en las relaciones no solo laborales sino también comerciales. En este sentido, es un mercado que tiene gran potencial para ser puerta de acceso al trabajo para diversas personas, pues posibilita que la prestación de algunos tipos de servicio se dé en ubicaciones remotas. Esto puede abrir diversas oportunidades para trabajadores que las tendrían de manera más difícil en el mercado tradicional. Por ejemplo, puede facilitar la conciliación de la vida laboral con la vida familiar o incluso hacer más productivo el trabajo de una persona que tiene una gran dificultad de locomoción.

Sin embargo, la revolución característica de la economía digital no tiene efectos tanto en la esencia de las relaciones de producción, sino en su forma.

³² Baylos Grau, A., “La ‘huida’ del Derecho del Trabajo: tendencias y límites de deslaboralización”, en AA. VV., *El trabajo ante el cambio del siglo: un tratamiento multidisciplinar* (Alarcón, M. R., Del Mar Mirón, M., Coord.), Marcial Pons, Madrid, 2000, p. 47.

La organización productiva de la economía digital se apropia de las evoluciones tecnológicas y las utiliza de una manera importante en su funcionamiento. Pero, en esencia, lo que ocurre es la contratación de la mano de obra de personas para producir lo que se desea. La utilización de tecnología digital en el control del proceso productivo no puede ser motivo para la exclusión de la ajenidad y la dependencia. Así que, es necesario analizar si estos requisitos están presentes en la contratación de cada trabajador, para clasificarlo como empleado, si es el caso.

Una vez expuesto el poco poder de negociación que los trabajadores tienen frente a las empresas de la economía digital, se comprende que su clasificación como autónomos les deja en una condición de vulnerabilidad que amenaza el cumplimiento de sus derechos fundamentales en el desarrollo de la relación productiva. Por esto, la economía digital, en lugar de un campo de oportunidades, puede convertirse en una zona de producción de explotación de trabajadores y de puestos de trabajo precarios, que ofrecen beneficios solo en una dirección. En este contexto, la búsqueda de la promoción del trabajo decente exige la correcta clasificación de los trabajadores.

AUTOMATIZACIÓN FRENTE A AUTONOMÍA: ¿FUENTE DE AUTOEMPLEO O DE PRECARIZACIÓN?*

ROSA RODRÍGUEZ MARTÍN-RETORTILLO

Profesora Ayudante Doctora

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: automatización – cuenta propia – nueva economía

La revolución tecnológica y los efectos de la descentralización productiva han tenido incidencia directa en la forma de prestar servicios concebida hasta fechas recientes. La automatización ha sido sin duda una de las principales manifestaciones de la Cuarta Revolución Industrial, y con ella la transformación de las relaciones laborales ha sido imparable. En este contexto, el trabajo autónomo se enfrenta a grandes retos, para adaptarse a las nuevas formas de prestar servicios y ser realmente competitivo en el mercado. No obstante, este mercado es flexible y puede dar lugar a situaciones de discriminación que hay que erradicar.

ABSTRACT

KEY WORDS: automation – self-employment - new economy

Technological revolution and the effects of productive decentralization have had a direct impact on the labor market. Automation has undoubtedly been one of the main manifestations of the Fourth Industrial Revolution, and the transformation of labor relations has been unstoppable. In this context, self-employment faces great challenges, to adapt to new ways of providing services and being truly competitive in the market. However, this market is flexible and can lead to situations of discrimination that must be eradicated.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades

ÍNDICE

1. LA AUTOMATIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO.
2. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL MARCO DE LA DESMATERIALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA. ALTERNATIVAS FRENTE A LA PRECARIZACIÓN.
3. RETOS Y RIESGOS DE LA AUTOMATIZACIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN
4. CONCLUSIONES

1. LA AUTOMATIZACIÓN EN EL CONTEXTO DEL TRABAJO AUTÓNOMO

El impacto de las nuevas tecnologías en el mundo del trabajo es un fenómeno imparables que plantea muchos interrogantes, especialmente en relación con la protección de los derechos de los trabajadores. El panorama de la nueva economía presenta múltiples desafíos antes los que se debe reaccionar, lo que se presume complicado en un escenario necesitado de regulación. Pero los desafíos no se agotan únicamente en el marco del trabajo dependiente, dado que también los trabajadores autónomos se enfrentan a la desmaterialización de la economía en el contexto de la industria 4.0, por lo que es necesario reflexionar sobre cómo su actividad puede colisionar con el fenómeno de la automatización. Por otro lado, la irrupción de la automatización encuentra un buen acomodo en el marco de la descentralización productiva, dado que desdibuja en mayor medida los contornos de los procesos productivos y polariza el mercado de trabajo.

Según el diccionario de la Real Academia Española, automatizar significa «convertir ciertos movimientos en movimientos automáticos o indeliberados». En esta definición, se pueden contemplar innumerables escenarios, que suponen la paulatina implantación de la inteligencia artificial en el ámbito del trabajo, la cual comienza a ser un instrumento fundamental de la producción.

Para entender qué es la inteligencia artificial y su fuerte impacto en el mundo del trabajo, es preciso delimitar el concepto. Se han dado diferentes definiciones, pero me interesa traer a colación la proporcionada por Stuart Russell y Peter Norvig¹, que destaca que «la inteligencia artificial abarca en la actualidad una gran variedad de subcampos»², ya que «sintetiza y automatiza tareas intelectuales y es, por lo tanto, potencialmente relevante para cualquier ámbito de la actividad intelectual humana, [por lo que] en este sentido, es un campo genuinamente universal»³. Dicho esto, señalan cuatro tipos de inteligencia artificial, según giren en torno al

¹ S. Russell y P. Norvig, *Inteligencia artificial. Un enfoque moderno*, Pearson Prentice Hall (2008).

² Pág. 1.

³ *Ibidem*.

elemento humano o a la racionalidad, al precisar que «el enfoque centrado en el comportamiento humano debe ser una ciencia empírica, que incluya hipótesis y confirmaciones mediante experimentos, [mientras que] el enfoque racional implica una combinación de matemáticas e ingeniería»⁴. Así, distingue entre «sistemas que piensan como humanos»⁵, «sistemas que actúan como humanos»⁶, «sistemas que piensan racionalmente»⁷ y «sistemas que actúan racionalmente»⁸.

Pues bien, en este contexto, el trabajador autónomo, entendido desde el enfoque más simple como aquel se autoemplea, presenta una especial vulnerabilidad ante el avance de la nueva economía. Debe tenerse en cuenta que cuando se habla de automatización, la inteligencia artificial va prácticamente de la mano. Y ello comprende múltiples escenarios. Un fenómeno creciente en el campo de la denominada sociedad 4.0 es el uso de los algoritmos para automatizar determinadas tareas. La rápida resolución de problemas unida al objetivo de maximizar beneficios al mínimo coste, se traduce en diversas tendencias que conviene destacar. La velocidad con la que estas herramientas evolucionan es mayor que nunca. Los avances científicos hacen posible que las máquinas almacenen cada vez más cantidad de información y que esta circule más rápido, y el coste de esa difusión es muy bajo. El perfeccionamiento constante de estas tecnologías hace que el papel del ser humano quede en muchas ocasiones relegado a un segundo plano.

Desde la perspectiva empresarial, la inversión en tecnología e innovación se convierte en un elemento esencial de su planteamiento empresarial, dado que será lo que la mantenga en una posición competitiva y a la vanguardia de las últimas novedades. No obstante, si bien ese aspecto constituye una ventaja, el trabajo puede tender a individualizarse y aislarse, porque el acceso a las herramientas informáticas está, en mayor o menor medida, al alcance de cualquier profesional.

Como ha señalado la doctrina, «las organizaciones productivas, cada vez más complejas, viene optando por fórmulas de *downsizing*, esto es, de reducción del núcleo estable de trabajadores (...) y acudiendo a técnicas de *outsourcing*, es decir, de recurso al trabajo autónomo, a la intermediación de las ETTS o a la subcontratación»⁹. Es en este panorama donde el trabajador autónomo entra en escena, dado que la opción del autoempleo no siempre es una alternativa libremente elegida, sino que en ocasiones es fruto de una necesidad de encontrar una

⁴ *Ibidem*.

⁵ *Ibidem*.

⁶ *Ibidem*.

⁷ *Ibidem*.

⁸ *Ibidem*.

⁹ C. Grau Pineda, «La economía digital o de plataformas (“platform economy”) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?», *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 213 (2018), pág. 4.

salida laboral¹⁰. De ahí que se hable del conocido como «"efecto refugio" o el "autónomo por necesidad", esto es, el planteamiento según el cual el emprendimiento se presenta como alternativa al desempleo involuntario»¹¹.

Eso sucedió con la crisis económica. En los años en los que la tasa de desempleo aumentó vertiginosamente, llegando en su pico más alto al 26,94% en el primer trimestre de 2013¹², el autoempleo se perfiló como una alternativa de obtención de ingresos ante la precariedad del mercado laboral. No obstante, no fue la única salida frente a la pérdida de trabajo, ya que igualmente se incrementó el empleo por cuenta ajena pero, si cabe, aún más precarizado. Así, fruto de esa expulsión del mercado de trabajo, los trabajadores que optaron por el autoempleo tuvieron que reinventarse y orientar su actividad profesional hacia un nuevo rumbo. Según datos de la Federación Nacional de Trabajadores Autónomos, en su informe de autónomos de la última década (2009-2019)¹³, señala que «a pesar del crecimiento de (...) autónomos que ha registrado el RETA en los últimos diez años, los sectores tradicionales no logran remontar [construcción, industria, agricultura] y han perdido un importante número de cotizantes por cuenta propia»¹⁴. Por otro lado, «el resto de sectores [actividades profesionales, actividades sanitarias, educación], aunque no han sido los tradicionales dentro del colectivo autónomo, han registrado un importante aumento en cuanto al número de autónomos en la última década»¹⁵.

Pues bien, en atención a lo que se decía sobre la automatización y el trabajo autónomo, esta puede tender a empujar al individuo al trabajo independiente, aunque no por voluntad. Esto es, la incorporación elementos técnicos a determinadas fases del proceso productivo -especialmente en empresas muy tecnológicas-, puede generar un doble efecto. Por un lado, la reducción del trabajo por cuenta ajena -sustitución de la técnica por el elemento humano-. Por otro, la tendencia a cubrir determinadas tareas con trabajo autónomo. De esta manera, el trabajo autónomo se convierte para la empresa en la alternativa de trabajo a bajo coste. Todo ello contribuye, sin lugar a dudas, a una mayor precarización del mercado de trabajo.

Así las cosas, hoy en día es innegable que el trabajo autónomo debe tener presente, en mayor o menor medida, el impacto de las tecnologías y la inteligencia artificial. Estas se pueden convertir en un aliado para la prestación de su

¹⁰ *Ibidem*, pág. 6.

¹¹ *Ibidem*.

¹² https://www.ine.es/prensa/epa_tabla.htm

¹³ <https://ata.es/wp-content/uploads/2019/12/np-Informe-Autonomos-DECADA.pdf>

¹⁴ *Ibidem*.

¹⁵ *Ibidem*.

actividad o, por el contrario, en su principal enemigo, según el grado de encaje que tengan estos elementos tecnológicos en las tareas a llevar a cabo.

En el estudio *Una Agenda única para la economía colaborativa*, del año 2016¹⁶, la Comisión Europea planteó una serie de interrogantes y reflexiones acerca de este fenómeno, y entre otras cuestiones destacó que la frontera entre trabajo dependiente y por cuenta propia es cada vez más indeterminada. La nueva forma de plantear el trabajo, basado en un modelo flexible, hace que la tendencia sea a realizar trabajos más delimitados en el tiempo, para los que el modelo tradicional no encaja adecuadamente. De ahí el recurso al trabajo autónomo como respuesta a necesidades concretas que, por otra parte, precarizan las condiciones de prestación del servicio y los condenan a una mayor vulnerabilidad.

Asimismo, en la Agenda Digital para Europa del año 2010¹⁷, la Comisión Europea pretendía marcar una serie de pautas para ir dando pasos en la vía del mercado único digital y acceder de esta manera a las ventajas que ofrece. Esta Agenda forma parte de las iniciativas de la estrategia Europa 2020. Entre los objetivos que se marcó, se encontraba potenciar el comercio electrónico para las empresas¹⁸, lo que implica que el apoyo a estas iniciativas también debe venir de los poderes públicos, como se verá más adelante.

2. LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS EN EL MARCO DE LA DESMATERIALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA. ALTERNATIVAS FRENTE A LA PRECARIZACIÓN

El trabajador autónomo, ante esta nueva realidad, tiene dos alternativas: no reaccionar ante la irrupción de la tecnología o adoptar un enfoque proactivo y tratar de ver en la automatización nuevas posibilidades de desarrollar su actividad. Pero en este debate la clave gira en torno a un concepto, el de tarea. No se trata tanto de analizar el servicio que debe prestar a sus clientes ese trabajador autónomo, sino de las tareas a ejecutar.

El riesgo que corre el trabajador por cuenta propia que no se adapta a este cambio es la obsolescencia. Si bien hay actividades cuya digitalización es más reducida, otras presentan un fuerte componente tecnológico. El trabajo manual puede ser suplido por las nuevas tecnologías en la medida en que el elemento humano ya no sea esencial para ejecutar una tarea. Pero en aquellos casos en que la actividad vaya más allá del componente físico, cuando se trata de interactuar

¹⁶ <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX:52016DC0356>

¹⁷ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:ES:PDF>

¹⁸ <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2010:0245:FIN:ES:PDF>

con terceros y el margen de lo cuantificable sea menor, ahí la irrupción de la tecnología será limitada.

En este sentido es importante reflexionar sobre dos factores fundamentales. Por un lado, las posibilidades que tenga el trabajador autónomo de incorporar la tecnología a su actividad desde la óptica de los recursos materiales o económicos. Y por otro, las posibilidades de adquirir conocimientos en materia de TICs para mejorar su presencia en el mercado y atraer nuevos clientes.

En cuanto a los recursos materiales, el problema es complejo. En función de la actividad a desempeñar, el autónomo necesitará de mayor o menor inversión en nuevas tecnologías para resultar competitivo y atraer nuevos clientes. Teniendo en cuenta que la cuota de autónomos es significativa en nuestro país –la cuota mínima, dejando a un lado el caso de la tarifa plana, es de 286,15 € mensuales para el año 2020¹⁹–, y que los ingresos medios de estos trabajadores no son excesivamente elevados, esa actualización e innovación implica en muchas ocasiones un sobrecoste en su presupuesto.

En cuanto a las posibilidades de adquirir conocimientos en materia de TICs para mejorar su presencia en el mercado y atraer nuevos clientes, es interesante tener en cuenta lo señalado por la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE, en lo sucesivo), que ha destacado que «los países se enfrentan a grandes retos en materia de capacitación; las políticas de capacitación tendrán que facilitar la transición de los trabajadores cuyos puestos tienen gran riesgo de automatización a nuevos empleos de mejor calidad; [por ello] con la evolución de los mercados laborales como respuesta a la digitalización, los gobiernos deben encontrar el punto medio entre las medidas que promuevan la flexibilidad y la movilidad laboral y las que garanticen la estabilidad de los empleos»²⁰.

Por este motivo, es interesante plantearse el apoyo que desde las instituciones o las asociaciones de trabajadores autónomos podría darse a este colectivo a efectos de su capacitación. Es innegable que una mayor y mejor formación redundaría en posibilidades crecientes de (auto)empleabilidad. En este sentido, son interesantes los «“programas para el crecimiento digital” o la “innovación digital”»²¹ que se ponen en marcha en países como el Reino Unido con apoyo de los poderes públicos, o el fomento que se hace del trabajo en equipo entre autónomos

¹⁹ <https://www.autonomosyempreendedor.es/articulo/actualidad/cuota-minima-autonomos-sube-284-euros-nuevo-tipo-cotizacion/20200115185523021440.html>

²⁰ En “Perspectivas de habilidades en la OCDE 2019. Prosperar en un mundo digital” (*OECD Skills Outlook 2019. Thriving in a Digital World*). Localizado en <https://www.oecd-ilibrary.org/sites/d2a805cf-es/index.html?itemId=/content/component/d2a805cf-es>

²¹ <http://crse.co.uk/sites/default/files/The%20impact%20of%20artificial%20intelligence%20on%20self-employment.pdf>

y empresas, dado que para los trabajadores por cuenta propia es una forma de contar con el apoyo de sus iguales en el ámbito de la digitalización²².

Pero, ¿es importante la inversión en inteligencia artificial en la agenda política? Pues bien, según se ha indicado, a partir de datos del Instituto de Desarrollo Comunitario (IDC)²³, «la inversión en Inteligencia Artificial en Europa va a crecer de manera muy significativa entre 2019 y 2023; así, de los más de 7.000 millones de dólares que se gastarán en la zona en IA este año se pasará, según IDC, a los casi 21.000 millones de dólares en 2023, lo que supone una tasa de crecimiento anual en el periodo del 32%»²⁴. Se añade que «por regiones, más de la mitad de la inversión en Inteligencia Artificial para 2023 lo acapararán Reino Unido, Alemania y Francia; mientras, el resto de países de Europa Occidental concentrará un tercio de la inversión; los que más invertirán de ellos serán Austria, Bélgica, Dinamarca, Finlandia, Grecia, Irlanda, Holanda, Noruega, Portugal, Suecia y Suiza, [en cambio] Italia y España sólo realizarán una pequeña parte de esa inversión»²⁵.

3. RETOS Y RIESGOS DE LA AUTOMATIZACIÓN. ESPECIAL ATENCIÓN A LA IGUALDAD Y NO DISCRIMINACIÓN

Ante la permeabilidad de la nueva economía, más cambiante y flexible que nunca, la falta de regulación es un gran foco de inseguridad jurídica, que plantea una serie de desafíos e interrogantes que es preciso abordar. Un problema que surge con el fenómeno de la automatización y la digitalización es la desprotección a la que pueden verse sometidos los trabajadores, también los autónomos. En este sentido se puede hablar de discriminación en el ámbito del (auto)empleo en sus diferentes vertientes: género, edad, discapacidad, etc.

De esta manera, a la hora de desarrollar su actividad, los autónomos son un colectivo vulnerable, dado que, entre otras circunstancias, pueden verse inmersos en situaciones de acoso o violencia en el mundo del trabajo, en su interacción con terceros. En este sentido es importante destacar que la reciente aprobación del Convenio nº 190 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT)²⁶ abre un panorama esperanzador en cuanto a la protección de las personas en el mundo del trabajo. Este Convenio, adoptado el 21 de junio de 2019, se refiere en su artículo 2 al ámbito subjetivo, donde se encuentra su especial trascendencia: «el presente

²² *Ibidem*.

²³ <http://www.idcnacional.org/europa-en-un-click/>

²⁴ <https://www.muycomputerpro.com/2019/09/03/inversion-inteligencia-artificial-europa-2023>

²⁵ *Ibidem*.

²⁶ Localizable en https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:C190

Convenio protege a los trabajadores y a otras personas en el mundo del trabajo, con inclusión de los trabajadores asalariados según se definen en la legislación y la práctica nacionales, así como a las personas que trabajan, cualquiera que sea su situación contractual, las personas en formación, incluidos los pasantes y los aprendices, los trabajadores despedidos, los voluntarios, las personas en busca de empleo y los postulantes a un empleo, y los individuos que ejercen la autoridad, las funciones o las responsabilidades de un empleador»²⁷. Además, precisa que «se aplica a todos los sectores, público o privado, de la economía tanto formal como informal, en zonas urbanas o rurales»²⁸. Si bien no ha sido ratificado todavía por España, el nuevo Gobierno ha mostrado su interés en ratificarlo próximamente. Por otro lado, esta norma internacional es complementada por la Recomendación nº 209 de la OIT²⁹, que aunque no es vinculante establece una serie de pautas y directrices para orientar la actuación de trabajadores y empresas en estas situaciones.

En atención a las posibles situaciones frente a las que lucha el Convenio, destaca la definición que incorpora en su artículo 1, al señalar que la expresión «"violencia y acoso" en el mundo del trabajo designa un conjunto de comportamientos y prácticas inaceptables, o de amenazas de tales comportamientos y prácticas, ya sea que se manifiesten una sola vez o de manera repetida, que tengan por objeto, que causen o sean susceptibles de causar, un daño físico, psicológico, sexual o económico, e incluye la violencia y el acoso por razón de género»³⁰. Por ello, debido a la incorporación de las herramientas digitales en su actividad, los autónomos pueden verse expuestos a ciberacoso, como consecuencia de una errónea y malintencionada utilización de estos nuevos elementos por parte de los sujetos con los que se relacionan en la prestación de su servicio. De ahí que la posible cobertura del Convenio a perfiles como los trabajadores por cuenta propia, les dote de mayores garantías.

Por lo que respecta a los posibles efectos de la automatización en relación con la igualdad y no discriminación, conviene reflexionar, en primer lugar, en la cuestión de la brecha de género. Aquí deben considerarse dos escenarios. Por un lado, el espectro de empleos que tienden a desaparecer o, si se prefiere, a reducirse, tras la irrupción de la digitalización, y quiénes se verán más afectados por ello. Por otro lado, en relación con el colectivo que potencialmente puede tener

²⁷ Apartado 1.

²⁸ Apartado 2.

²⁹ https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=NORMLEXPUB:12100:0::NO::P12100_ILO_CODE:R206

³⁰ Párrafo primero.

mayores competencias en materia de nuevas tecnologías y por tanto, mayores expectativas de progreso, ¿será la mujer o el hombre?

Desde el primer enfoque, si se tienen en cuenta los argumentos que se han aportado, los trabajos con mayor riesgo de desaparecer son los que actualmente vienen siendo desempeñados mayoritariamente por hombres (como la industria o la agricultura). Trabajos manuales en los que la incorporación de las nuevas tecnologías dinamiza el proceso productivo y ahorra costes. En tales casos, es complejo reubicar a estos trabajadores, que por su perfil son mayoritariamente hombres y en una franja de edad de difícil recolocación en el mercado de trabajo. Así, en 2019, la OCDE ha señalado su informe anual sobre el mercado laboral que «uno de cada cinco empleos en España podría desaparecer por la automatización»³¹. Y aporta datos como que, en esta materia, «España se sitúa por encima de la media de los países de la OCDE, fijada en el 14%, y únicamente por detrás de Eslovaquia (33,6%), Eslovenia y Grecia»³²; o que «otro 30,2% de los empleos en España tiene un elevado riesgo de reestructuración (entre el 50% y el 70%) como consecuencia de estos procesos de automatización, ligeramente por debajo de la media del 31,6% del conjunto del ‘club de países desarrollados’»³³.

Por otra parte, en cuanto al segundo enfoque, se plantea un problema importante desde el punto de vista de la cualificación profesional de los futuros trabajadores autónomos del mundo digital. Está claro que cuanto más elevados sean sus conocimientos en materia de inteligencia artificial, el riesgo de quedar al margen del sistema será menor.

Si se observan las estadísticas, los perfiles de los estudiantes de carreras técnicas o propias del ámbito científico son mayoritariamente masculinos, por lo que sería conveniente determinar las razones por las que la presencia de mujeres en esas titulaciones es tan escasa. En el estudio “Situación de las Mujeres en la Ingeniería Universitaria”, realizado por la Universidad de Alicante y financiado por Instituto de la Mujer, con cofinanciación del Fondo Social Europeo³⁴, se indica que «la representación de alumnas en las carreras de Ingenierías, Ciencias Experimentales y Arquitectura es de un 30 %, en Informática la cifra cae por debajo del 15 % [y que] estos porcentajes permanecen estancados desde los años 90; [además] en el conjunto de la población estudiantil de la Universidad de Alicante [que es la que participa en el estudio], las mujeres constituyen el 54 %, mientras que en las ramas de Ciencias de la Salud, ascienden al 70 %»³⁵. Por otro lado,

³¹ <https://www.expansion.com/economia/2019/04/25/5cc16c04468aeb38428b4580.html>

³² *Ibidem*.

³³ *Ibidem*.

³⁴ <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/noticias/2019/ingenieraunivers.htm> y <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1763.pdf>

³⁵ <http://www.inmujer.gob.es/actualidad/noticias/2019/ingenieraunivers.htm>

se pone de manifiesto que «más del 50 % de las matriculadas en estas ramas no terminan la carrera; y de los que finalizan los estudios de ingeniería, solo el 28% son mujeres, pero solo el 16 % de estas trabaja como tal; [y] entre las razones de esta baja representación y su estancamiento, el estudio señala causas estructurales, relacionadas con la percepción y la asociación histórica de las ingenierías con roles masculinos, así como por la escasez de referentes de ingenieras»³⁶. Por ello, a la luz de esos datos, señala que «si las mujeres no se forman en estas disciplinas, un futuro laboral con grandes posibilidades quedará vetado para ellas.; y perderán, de este modo, la oportunidad de participar en avances relevantes para la sociedad, y la ocasión de liderar y decidir en que se investiga y que se financia; y con ello, irremediablemente, la brecha salarial seguirá reinando»³⁷.

Otra de las posibles discriminaciones que pueden sufrir los trabajadores autónomos como consecuencia de la automatización es en relación con la edad. La incorporación de las nuevas tecnologías ha dejado fuera del mercado a trabajadores de franjas de edad con difíciles posibilidades de recolocación, y si bien el trabajo autónomo puede suponer una alternativa para ellos, la falta de formación o capacitación en herramientas digitales juega en su contra, pudiendo conducirles a un desempleo de larga duración.

Por último, no se puede pasar por alto la discriminación que pueden sufrir las personas con discapacidad. Aquí es donde quizá la formación juega un papel fundamental. Y me refiero a la formación desde los primeros niveles educativos, haciendo accesibles los conocimientos técnicos a todos los colectivos y facilitándoles una autonomía futura. En el ámbito de las personas con discapacidad se menciona mucho el término accesibilidad, como la ausencia de barreras u obstáculos para desarrollar plenamente su vida en todas sus dimensiones. Y en ese contexto también entra la accesibilidad digital, y que las TIC, en sus diferentes dimensiones, estén al alcance de todos sin salvedades.

4. CONCLUSIONES

La revolución tecnológica y los efectos de la descentralización productiva han tenido incidencia directa en la forma de prestar servicios concebida hasta fechas recientes. La automatización ha sido sin duda una de las principales manifestaciones de la Cuarta Revolución Industrial, y con ella la transformación de las relaciones laborales ha sido imparable. En este contexto, el trabajo autónomo se

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ <http://www.inmujer.gob.es/publicacioneselectronicas/documentacion/Documentos/DE1763.pdf>, pág. 391.

enfrenta a grandes retos, para adaptarse a las nuevas formas de prestar servicios y ser realmente competitivo en el mercado.

Los retos son variados, dado que la adaptación a la nueva realidad económica y productiva pasa por la capacitación, el apoyo de los poderes públicos y la protección y soporte a colectivos vulnerables. Debido a que se trata de un mercado flexible y falto de una regulación adecuada, abre la puerta a zonas grises que pueden dar lugar a situaciones de discriminación que hay que erradicar, como son la discriminación por razón de sexo, por edad o por discapacidad.

Si las instituciones apoyan la inversión en I+D+I e inteligencia artificial, los efectos serán beneficiosos para nuestro país, dado que también la formación digital adquirirá un papel preponderante e implicará retener el talento.

LA BRECHA DIGITAL GENERACIONAL

ANA MARÍA MARTÍN ROMERO

*Contratada Pre-doctoral en el Área de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social**

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: edad; brecha digital; desigualdad; nuevas tecnologías.

El objeto de este trabajo es analizar el efecto que ha producido en la sociedad la implantación y el uso de las nuevas tecnologías, especialmente para los trabajadores maduros entre los que se revela una brecha digital generacional. En este sentido, se define el concepto, las causas que lo producen y las nuevas desigualdades sociales que ha originado la nueva sociedad en red. Por último, se hace una breve síntesis de las políticas públicas puestas en marcha por la Unión Europea para que el desarrollo de la sociedad de la información haya sido posible.

ABSTRACT

KEY WORDS: age; digital divide; inequality; new technologies.

The purpose of this work is to analyze the effect that the implementation and use of new technologies has produced in society, especially for mature workers, among whom a generational digital divide is revealed. In this sense, the concept is defined, the causes that produce it and the new social inequalities that the new networked society has created. Finally, a brief synthesis of the public policies implemented by the European

* Programa de Formación del Profesorado Universitario, FPU 2015, del MECED.

ÍNDICE

1. LA NUEVA SOCIEDAD RED
2. LA BRECHA DIGITAL GENERACIONAL
3. COMPETENCIAS DIGITALES Y DESIGUALDAD DIGITAL: UN PROBLEMA SOCIAL
4. POLÍTICAS EUROPEAS PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN
5. LA SOCIEDAD RED Y EL EMPLEO
6. REFLEXIÓN FINAL

1. LA NUEVA SOCIEDAD RED

El cambio tecnológico y social en el que estamos inmersos es tan profundo que es necesario reflexionar sobre cómo están asimilando los ciudadanos, en general, y los trabajadores, en particular, las nuevas tecnologías.

Los ordenadores personales hicieron su aparición en algo menos de cincuenta años y, poco a poco, se fueron introduciendo en los hogares, convirtiéndose en uno de los medios materiales que más ha impulsado el uso y conocimiento de la informática por el gran público. Precisamente, en el momento en el que se acercaban a la sociedad, en el ámbito de la seguridad militar de los EEUU, se estaba desarrollando una nueva tecnología de comunicaciones, un sistema de transmisiones radio. Este sistema fue la base a partir de la cual se comienza a desarrollar la telefonía móvil y la red de internet, en las últimas décadas del pasado siglo.

Superada la era industrial, la sociedad ha entrado en el período postindustrial, fruto de la transición entre una economía basada en la industria a otra basada en los servicios, la información y el conocimiento. Esto ha dado lugar a una sociedad renovada, en la que unas nuevas herramientas, las tecnologías de la información y la comunicación, las TIC, permiten al ciudadano el acceso a la información, o la emisión de la misma, a través de un nuevo canal como es la red de internet, la red de redes -*world wide web*, *www*-. Las nuevas tecnologías son el fundamento de la revolución tecnológica, que nació a finales del siglo XX en EEUU¹ y en la que estamos inmersos, a la vez que se han convertido en la columna vertebral de la profunda transformación de la estructura social, que afecta, de lleno, a las relaciones de trabajo y al empleo.

Un nuevo modelo social se abre paso, que resulta, además de la propia evolución de la sociedad, del uso de las herramientas digitales que facilitan la creación, distribución y manipulación de la información. Un escenario que, lejos de desarrollarse de forma igualitaria, trae consigo nuevas diferencias entre los

¹ Se han cumplido 50 años de aquél 29 de octubre de 1969, día en el que se validó la primera comunicación a través de internet. <https://elderecho.com/se-cumplen-50-anos-la-primera-conexion-ordenadores-arpnet>.

ciudadanos, ya que las TIC, en lugar de acortar las diferencias sociales existentes, van a aumentarlas. Así, entran en juego dos nuevos conceptos, la brecha digital y la desigualdad digital que la acompaña, que se van a convertir en las nuevas disfunciones sociales que merecen la atención oportuna. Ambos conceptos están relacionados con diversos factores, como pueden ser la localización geográfica, el género, el nivel de estudios o la edad. Pero, también, influyen otras variables más específicas como son las habilidades digitales, la actitud ante la utilidad de las nuevas tecnologías o el contexto de uso de las mismas².

Todas las revoluciones -la industrial, la electrónica, etc.- tienen una duración aproximada de cincuenta años, y la revolución tecnológica supera ya sus primeros veinticinco. Los que la están viviendo ya formados y en el desarrollo del ejercicio profesional, en general, la están aprovechando de forma limitada. Sin embargo, los que están obteniendo el verdadero beneficio de ella son aquellos que nacieron en su primera mitad, en las dos últimas décadas del siglo XX, y que están empezando a desarrollar su vida profesional en estos segundos veinticinco años, que viven el mundo digital como algo natural, y no como algo sobrevenido a lo que hay que hacer frente e incorporarse: son los nativos digitales. Ellos están siendo los verdaderos protagonistas de esta revolución: sus mentes, de “nativos digitales”, imaginan y desarrollan herramientas digitales –como pueden ser, por ejemplo, aplicaciones- que dan solución a ciertos problemas que a los analógicos o “inmigrantes digitales” jamás se les habría ocurrido, abriendo, además, un amplio abanico de recursos. Es la brecha digital generacional.

2. LA BRECHA DIGITAL GENERACIONAL

Las TIC se han convertido en el elemento dinamizador de la nueva sociedad en red, en la que el *hardware*, el *software*, y la capacidad para manejarlos se revelan como los instrumentos imprescindibles para el disfrute de la misma. Sin embargo, son numerosos los ciudadanos que, aún, no disfrutan de sus beneficios, bien, porque no tienen acceso a las TIC o, bien, porque, aun teniendo acceso, no las utilizan debidamente.

El concepto “brecha digital” – *digital divide*- nació en Francia, al final de la década de los setenta y principios de los ochenta, a raíz de un proyecto de una operadora de telefonía francesa, el proyecto Minitel, que pretendía digitalizar las guías telefónicas sustituyendo el papel por un terminal con una base de datos integrada para buscar los números de teléfono de los usuarios. La operadora se planteó si los terminales debían proporcionarse gratuitamente a los usuarios de la

² Robles, J. M., “¿Por qué la brecha digital es un problema social?”, *Panorama Social*, núm. 25, 2017, pp. 9-16.

red telefónica o, por el contrario, si tendrían que abonarlos. En este último caso, se generaría una distancia entre los que podían comprar el terminal y aquellos otros que no podrían hacerse con él, dado su menor poder adquisitivo, ya que no podrían acceder a la información digital allí contenida. A esta distancia que los separaba se la denominó: la brecha digital.

En los años noventa, tras el impacto de las TIC en la sociedad americana, la Administración Clinton recupera el término para hacer referencia a las diferencias que se producen entre los ciudadanos en el acceso de las nuevas tecnologías, dividiéndolos entre “conectados” y “no conectados”, así como al esfuerzo que debía de hacer la Administración Estatal para realizar las inversiones necesarias y, así, favorecer el acceso a las nuevas tecnologías³.

La definición de brecha digital que da la Oficina para la Cooperación y Desarrollo Económico –OCDE- se refiere “al desfase o división entre individuos, hogares, áreas económicas y geográficas con diferentes niveles socioeconómicos con relación tanto a sus oportunidades de acceso a las tecnologías de la información y la comunicación, como al uso de Internet para una amplia variedad de actividades”⁴. Dicho de otra forma, la brecha digital es la distancia que hay entre los grupos sociales que disponen de acceso a la red de internet y los que no lo tienen debido a las diferencias socioeconómicas. No obstante, el concepto tiene un alcance más amplio. En efecto, la brecha digital no solo se refiere al acceso a la red de internet, sino también a la disponibilidad de las herramientas relacionadas con las TIC, el *hardware*, y al uso que se hace de las mismas a través del *software*.

La brecha digital tiene su origen en diferentes causas, aunque, sin lugar a dudas, no deja de ser la prolongación de otras brechas sociales preexistentes. Entre las variables que la determinan, en primer lugar, hay que referirse al factor económico. Si bien es cierto que, en un principio, el coste de los equipos informáticos y de la conexión a internet supuso una barrera para el acceso a las TIC, de un tiempo a esta parte, se puede decir que esa barrera se ha ido difuminando, hasta convertirse en casi en inexistente. Hoy en día, casi cualquier persona puede tener, por muy poco dinero, un dispositivo móvil con el que poder conectarse a internet. No hay más que adentrarse en el transporte urbano o darse una vuelta por un parque, rara es la persona que no dispone de un dispositivo móvil.

Un segundo factor es el nivel de formación de los ciudadanos. Así, cuanta menor sea la formación, el riesgo de brecha digital es mayor y, al contrario,

³ Maya Álvarez, P., “La brecha digital, brecha social. Los recursos humanos en el desarrollo y la capacitación a través del aprendizaje digital”, *Gaceta de Antropología*, N° 24/2, 2008. <http://www.gazeta-antropologia.es/?p=2274>, consultado el 12 de noviembre de 2019.

⁴ *Understanding the digital divide*, OCDE, Paris, 2001, https://www.oecd-ilibrary.org/science-and-technology/understanding-the-digital-divide_236405667766

cuanta mayor sea la formación, menor riesgo de que se produzca. En este sentido, hay que destacar que en la Sociedad Red cobra mucha importancia la capacidad intelectual del usuario para seleccionar información y obtener utilidades de la misma⁵.

La localización geográfica, la brecha territorial, es otra variable a tener en cuenta, ya que se dan diferencias importantes en el acceso a internet entre las zonas urbanas y las zonas rurales, entre habitantes del centro y de la periferia de las ciudades, o entre los distintos países, en este caso, atendiendo a su nivel de desarrollo y de infraestructuras.

La lengua y el conocimiento de idiomas también influyen en la brecha digital. El inglés es el idioma que domina la red, por lo que su conocimiento facilita el uso beneficioso de la misma.

El sexo se revela como otro factor segregante, que desencadena la brecha digital de género, reconocida de manera formal por nuestro ordenamiento jurídico. Así, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, que, en el art. 81 regula el derecho de acceso universal a Internet, afirma que “todos tienen derecho a acceder a Internet independientemente de su condición personal, social, económica o geográfica”. Asimismo, continua, “se garantizará un acceso universal, asequible, de calidad y no discriminatorio para toda la población. El acceso a Internet de hombres y mujeres procurará la superación de la brecha de género tanto en el ámbito personal como laboral”. En este sentido, hay que destacar la baja participación de las amas de casa en la sociedad de la información.

Por último, el factor edad. La edad de los usuarios de internet origina la brecha digital generacional, esto es, la distancia que separa a los nativos digitales de los inmigrantes digitales por lo que a la utilización de las nuevas tecnologías se refiere.

Los múltiples usos de la red de internet dan lugar a que la brecha digital se manifieste en diferentes planos o dimensiones: en el acceso a la sociedad de la información, si se considera la red como una macro biblioteca virtual en la que se encuentra todo tipo de información; en el acceso al comercio electrónico, el *e-commerce*; en el acceso a la formación, el *e-learning*; en el acceso a la administración electrónica, la *e-administration*. Este último uso de la red adquiere una relevancia superior ya que ofrece al ciudadano prestaciones y servicios, en ocasiones, imprescindibles para ejercitar derechos y deberes ciudadanos. Todas estas dimensiones convierten a la red de internet en un bien social imprescindible

⁵Olarte Encabo, S., “Brecha digital, pobreza y exclusión social”, *Temas Laborales*, núm. 136, 2017, p. 293.

para vivir, plenamente, en la nueva Sociedad Red, en la que la interacción entre sujetos, empresas y Estado es esencial para la realización de todo tipo de actividades, tanto sociales como culturales y económicas e, incluso, como ya se ha dicho, para el ejercicio de derechos⁶.

Según datos de la Organización Mundial de la Salud –OMS–, unos 900 millones de personas en el mundo, que representan más del diez por ciento de la población mundial, superan la edad de 60 años. Aunque es un colectivo altamente heterogéneo y en los últimos años el uso de internet entre ellas ha ido en aumento, un porcentaje muy alto, todavía, no utiliza las nuevas tecnologías, y si lo hace es de forma casual, lo que provoca cierta forma de marginación al quedar excluidos de la sociedad de la información. Por otro lado, al examinar las habilidades digitales entre la población española, la edad es una de las variables que origina mayores diferencias. Entre los más jóvenes, el 61,4% de aquellos que tienen entre 16 y 24 años poseen habilidades digitales superiores a las básicas, mientras que el 59,3% de las personas de 65 a 74 años no tienen ninguna competencia digital⁷.

Como ya se avanzó, alrededor de la edad surgen dos nuevos conceptos: por un lado, el de nativos digitales, denominándose así a las personas que nacieron entre 1980 y 1990, en un entorno tecnológico y familiarizados con la TIC, y, por otro, el de inmigrantes digitales, los nacidos entre 1940 y 1980, personas que se han ido incorporado a las nuevas tecnologías, con mayor o menor celeridad. Entre estos dos grupos de edad, se produce una fractura en el uso de las tecnologías, por la falta de competencias y/o habilidades digitales, que aumenta a partir de los 55 años. Esta brecha digital generacional puede estar motivada, entre otras causas, por la falta de necesidad de uso de las TIC, por el miedo a lo desconocido o, simplemente, por la carencia de interés por algo que no les resulta familiar. A todas ellas, se unen la inseguridad que produce la exposición de la privacidad en la red, ya sea a través de datos personales, datos bancarios, etc., y, finalmente, la carencia de habilidades básicas, entre la población madura, por falta de formación.

Todos estos factores hacen mella en el colectivo de edad madura, por lo que es necesario plantearse si, al considerarlos incapaces de adaptarse a las nuevas tecnologías, se está produciendo una nueva forma de marginación. En este sentido, la brecha generacional tiene efectos perturbadores en lo que al empleo se refiere, ya que internet se ha convertido en un motor de búsqueda de empleo muy potente. Por ello, el factor tecnológico vinculado a la edad puede resultar una

⁶ Castells Oliván, M, *La era de la información: la sociedad red*, Alianza Editorial, Madrid, 1997. <https://revolucioncantonal.net/files.wordpress.com/2018/02/volumen-1-la-sociedad-red.pdf>

⁷<https://www.ontsi.red.es/ontsi/sites/ontsi/files/Perfil%20sociodemográfico%20de%20los%20internautas%202017.pdf>, consultado, por última vez, el 25/09/2019.

desventaja social y laboral, incluso una vía discriminatoria, si estos individuos ven perjudicados sus derechos o/y oportunidades⁸.

Todas las personas a lo largo de la vida aprenden, y así se corrobora en cualquier entorno relacional o situación vivida que proporciona experiencia y, por tanto, aprendizaje⁹. La edad de las personas no determina su capacidad de aprendizaje, aunque esta capacidad puede estar supeditada a las condiciones de trabajo en las que los trabajadores han desarrollado su vida profesional. Así, los trabajadores que desarrollan su labor en determinados sectores profesionales que requieren de una capacitación superior suelen estar más involucrados en procesos de reciclaje, por lo que gozan de una capacidad de aprendizaje que se mantiene casi intacta a lo largo de su vida. Asimismo, la edad tampoco tiene por qué afectar al rendimiento, sino que una eventual disminución del mismo puede venir provocado por una suerte de desgastes que pueden afectar a cualquier edad.

El uso de las nuevas herramientas tecnológicas forma parte del día a día de muchos trabajadores, lo que sin duda ha propiciado que éstos las utilicen en su ámbito personal, más allá de la vida laboral, lo que, por otra parte, contribuye a su integración social. Por ello, la brecha digital generacional es más acusada en las mujeres de edad avanzada, debido al papel que tradicionalmente han desarrollado tanto en la sociedad como en el trabajo, realizando tareas de baja cualificación que no requieren del uso de nuevas tecnologías.

Hoy en día, hasta cuatro generaciones de trabajadores conviven en oficinas y fábricas debido al aumento de la vida laboral activa. Aunque cada una tiene sus propias características, además de trabajar en equipo, todas ellas comparten intereses comunes, lo que hace imprescindible la interacción entre nativos e inmigrantes digitales¹⁰.

Con el objetivo básico de favorecer la calidad de vida, la alfabetización digital exige el dominio de habilidades y destrezas esenciales para el desarrollo de la vida diaria, así como una cierta actitud que posibilite la participación plena

⁸ Olarte Encabo, S., “Brecha digital, pobreza...”, *op. cit.*, p. 293.

⁹ Gómez Torres, M.J., *La atención a las personas mayores desde una experiencia multidisciplinar*, ed. Horsori, Barcelona, 2013, p. 34.

¹⁰ Con base en 5000 encuestas a empleados de 24 países de la zona EMEA, la empresa japonesa *Ricoh* ha detectado cuáles son las diferencias y semejanzas entre las distintas generaciones que conviven en su empresa. https://cincodias.elpais.com/cincodias/2019/07/19/fortunas/1563550555_033546.html, consultado el 7 de enero de 2020.

y responsable en la sociedad, que pueda evitar la brecha digital generacional en la que caen una parte muy amplia de las personas maduras de nuestro país¹¹.

3. DIGITALES Y DESIGUALDAD DIGITAL: UN PROBLEMA SOCIAL

La Sociedad Red ha traído consigo desigualdades digitales que constituyen un nuevo problema social debido a los desequilibrios que origina. Aunque el nivel de imbricación de internet en la sociedad es alto, todavía existe un porcentaje de población que, o bien, no es usuario de las nuevas tecnologías, o bien, no se beneficia de las ventajas que ofrece.

Tras el impacto inicial, se ha sustituido de la definición de brecha digital, el término “acceso a internet” por el de “uso de internet”. De este modo, se diferencian dos fases de la brecha digital. La primera, que ya se ha referido, es la producida por las dificultades en el acceso a la red de internet. No obstante, una vez que se ha impulsado la accesibilidad a las TIC, aparece otra casuística distinta que afecta a las competencias digitales de los usuarios: es la segunda fase de la brecha digital derivada de la forma en que se utilizan. En efecto, todavía, un importante número de ciudadanos que disponen de acceso a la red y a las nuevas tecnologías no hacen uso de ellas, o el uso que hacen no es productivo, por lo que no disfrutan de sus virtudes, lo que provoca la desigualdad digital¹². El motivo de esta infrautilización es, principalmente, porque carecen de las competencias o habilidades digitales suficientes, carencia que está relacionada con los recursos individuales de cada persona, como puede ser el nivel económico, el nivel de estudios o el sexo, revelándose la edad de los usuarios como uno de los factores clave de la desigualdad digital¹³. El reto que enfrentan la generación de los trabajadores maduros es la alfabetización digital, que va más allá de saber manejar un ordenador personal.

Los múltiples usos que se pueden hacer de la red de internet pertenecen a diferentes ámbitos sociales, entre los que sobresalen: el ámbito del consumo, al utilizar el comercio electrónico; el ámbito del gobierno y la democracia, cuando se utiliza la administración electrónica; o el ámbito político cuando las redes sociales se convierten en el altavoz de partidos. Es evidente que el uso de los servicios de la administración digital implica un ahorro de tiempo y, en determinados servicios, también de dinero para el ciudadano. De forma similar, el usuario

¹¹ Gómez-Torres, M. J., “Inclusión social y personas de edad avanzada”, en (Dir.: Calvo Gallego, J. y Fernández López, M.F.), *Personas de edad avanzada y mercado de trabajo*, ed. Tirant Humanidades, Valencia, 2016, p. 279.

¹² Olarte Encabo, S., “Brecha digital, pobreza...”, *op. cit.*, p. 294.

¹³ Torres Albero, C., “Sociedad de la información y brecha digital en España”, *Panorama Social*, núm. 25, 2017, pp. 17-33.

de comercio electrónico tiene a su disposición una oferta amplísima de productos, disfrutando de unos precios mucho más competitivos. Asimismo, el uso de las plataformas de *e-learning*, que ofrecen todo tipo de estudios sin salir de casa, sin olvidar el uso de las redes sociales como fuente de información instantánea y, en ocasiones, trampolín de notoriedad social, con todo lo que conlleva. En efecto, para obtener las ventajas particulares que ofrecen las TIC es necesario hacer un uso eficiente de ellas, lo que, a su vez, posiciona a los ciudadanos cultural, social o económicamente. *Sensu contrario*, el no-uso o el uso inadecuado de la red les afecta de forma negativa y los convierte, de alguna manera, en ciudadanos parciales, consumidores limitados, en definitiva, ciudadanos de segunda¹⁴.

El mercado laboral exige manejar tres tipos de competencias de formación: en primer lugar, el dominio de competencias básicas que constituyen la formación general; en segundo lugar, la formación en competencias específicas del campo de trabajo del que se trate; por último, una formación ocupacional general, competencias transversales, que dote de habilidades, de actitudes y de aptitudes. El uso normalizado de las nuevas tecnologías es imprescindible para mejorar la posición de los ciudadanos en el mercado de trabajo, dado que se han convertido en el instrumento imprescindible en casi todos los ámbitos laborales, por lo que resulta obligada la alfabetización digital. En este sentido, los inmigrantes digitales pueden ser, en ocasiones, minusvalorados por sus carencias tecnológicas, provocando una suerte de discriminación.

“El trabajador cuando se acerca a la edad de 50 años o, bien, es despedido o, bien, es de los que despiden”¹⁵. Esta frase evidencia una realidad que, por desgracia, viene sucediendo en los últimos tiempos. En efecto, los trabajadores de más de 50 años se han convertido en el objetivo predilecto de las empresas que necesitan aligerar sus plantillas. Trabajadores maduros que, aunque, ciertamente, pueden resultar más productivos por la experiencia acumulada a lo largo de años, en ocasiones, esa misma experiencia puede convertirse en un hándicap, al cambiar el modo de trabajo debido a la incorporación de las nuevas tecnologías. Por ello, tienen que anticiparse a ello y adaptarse al cambio mediante la formación y el reciclaje y, así, romper con el estereotipo de que a edades maduras es más difícil la adaptación, porque no tiene por qué ser verdad. A pesar de la edad, estos trabajadores son perfectamente capaces de reciclarse, de aprender cosas nuevas, adaptándose a los cambios que se producen en su entorno.

¹⁴ Robles, J.M., ¿Por qué la brecha digital es un problema social?, *Panorama Social*, núm. 25, 2017, p. 9-16.

¹⁵ https://www.abc.es/economia/abci-digitalizacion-cerca-seis-millones-trabajadores-mayores-50-anos-201909152039_noticia.html, consultado por última vez el 5 de febrero de 2020.

4. POLÍTICAS EUROPEAS PARA EL DESARROLLO DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN

“En nuestras economías de mercado operan mecanismos potentes que conducen a la concentración. Por esta razón, son necesarias políticas fuertes y coherentes en favor de la distribución justa y la cohesión social con el fin de equilibrar progreso económico y justicia social. Los cambios fundamentales como la revolución de la información hacen que estas políticas sean mucho más necesarias, pero también ofrecen muchas nuevas oportunidades de utilizar las TIC para crear una sociedad inclusiva y productiva”¹⁶. En este sentido, a lo largo de estos cincuenta años de presencia de internet, la Unión Europea y sus Estados miembros han contribuido a fomentar la Sociedad de la Información – en adelante, SI- a través de políticas públicas y agendas de trabajo que han propiciado la popularización de las tecnologías. Asimismo, no hay que olvidar a la sociedad civil que, a través de centros de investigación y empresas, ha generado el entramado industrial necesario para modificar la forma en que se desarrollan las relaciones empresariales.

La Comisión Europea puso en marcha, en el año 1999, el primer plan de fomento de la SI, el plan e-Europa, destinado a difundir las tecnologías de la información para obtener el máximo rendimiento de los cambios tecnológicos que se estaban produciendo en la sociedad. Los objetivos principales del plan fueron tres. En primer lugar, llevar la era digital y la comunicación en línea a cada ciudadano, hogar, escuela, empresa y administración. En segundo término, crear una Europa que dominara el ámbito digital. Por último, velar por que el proceso fuera integrador y que reforzara la cohesión social¹⁷.

El Consejo Europeo, que tuvo lugar en Lisboa en el año 2000, creó la Estrategia de Lisboa, donde se sitúa el origen de las políticas de desarrollo de la SI. El objetivo primordial, hasta el año 2010, era “convertirse en la economía basada en el conocimiento más competitiva y dinámica del mundo, capaz de crecer económicamente de manera sostenible con más y mayores empleos y más cohesión social”¹⁸.

La primera concreción de la Estrategia de Lisboa fue el plan e-Europa 2002¹⁹, cuyo objetivo principal fue “aumentar el número de conexiones a Internet

¹⁶ Comisión Europea, *Libro Verde. Vivir y trabajar en la sociedad de la información. Prioridad para las personas*. 22 de julio 1996, p. 24.

<https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:1996:0389:FIN:ES:PDF>

¹⁷ Muñoz López, L., Pérez Martínez, J., “Políticas públicas de fomento de la sociedad de la información en Europa y en España. 2000-2017”, *Panorama Social*, núm. 25, 2017, p. 36.

¹⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁹ Comunicación de la Comisión, de 13 de marzo de 2001: -e-Europa 2002- impacto y prioridades. Comunicación preparada para el Consejo Europeo de Estocolmo de 23 y 24 de marzo de 2001.

en Europa, abrir el conjunto de las redes de comunicación a la competencia y estimular el uso de Internet, haciendo hincapié en la formación y la protección de los consumidores”. Las acciones claves a alcanzar, al finalizar el 2002, eran, en primer término, disponer de una internet más rápida, barata y segura, en segundo lugar, invertir en la formación de personas; por último, estimular el uso de internet. Al término del Plan y tras su evaluación se pudo observar que, en términos generales, este había funcionado. Además de la creación del marco jurídico adecuado para el desarrollo de la economía, como la legislación que regula el comercio electrónico, se había conseguido una conexión a Internet más que aceptable de la población en general y de las empresas, así como la prestación de algunos servicios administrativos en línea²⁰.

El Consejo Europeo celebrado en Sevilla en el año 2002 aprobó el Plan e-Europa 2005²¹ enfocado, principalmente, hacia la extensión de la conectividad a Internet en Europa, lo que se traduciría en un aumento de la productividad económica. Asimismo, pretendía el desarrollo de servicios y un objetivo transversal de acceso para todos. En este sentido, entre los principales objetivos que hay que destacar son, por un lado, la consecución de una administración en línea –*e-government*–, el fomento de servicios de aprendizaje electrónico –*e-learning*– y de servicios electrónicos de salud –*e-health*–, así como, la creación de un marco para los negocios electrónicos –*e-bussines*–; por otro, dotar de seguridad a la infraestructura de la información, así como de disponibilidad de banda ancha a precios competitivos. La evaluación final del plan arrojó muy buenos resultados, en concreto, en lo que se refiere a la conexión a la banda ancha por los ciudadanos y a los servicios públicos básicos ofrecidos por la administración electrónica²².

Tras la revisión de la Estrategia de Lisboa en el año 2005, la Comisión Europea propuso una nueva política integrada, como marco estratégico para fomentar el conocimiento y la innovación, con la ambiciosa finalidad de crear empleo y de promover el crecimiento, el Plan i2010. Tres eran los retos prioritarios para alcanzar antes de 2010. El primero de ellos, la consecución de un Espacio Único Europeo de información para lograr un mercado interior abierto y competitivo. En segundo lugar, promover la inversión en investigación de las TIC para situar a Europa en los niveles más altos y reducir, así, las distancias con sus competidores, EE.UU., Japón, etc. Finalmente, reforzar la cohesión económica,

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=LEGISSUM%3A124226a>

²⁰ Muñoz López, L., Pérez Martínez, J., “Políticas públicas de...”, *op. cit.*, p. 37.

²¹ Comunicación de la Comisión, de 28 de mayo de 2002, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada –Plan de acción eEuropa2005: una sociedad de la información para todos.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX:52002DC0263>, consultada el 7 de noviembre de 2019.

²² Muñoz López, L., Pérez Martínez, J., “Políticas públicas de...”, *op. cit.*, p.38.

territorial y social con el fin de conseguir una sociedad europea de la información inclusiva²³. Tras el balance efectuado a los cuatro años de la puesta en marcha del Plan²⁴, los resultados fueron espectaculares, dando lugar a una Europa mucho más moderna, desde un punto de vista económico y social, líder mundial en internet de banda ancha y telefonía móvil, en la que sus ciudadanos estaban “en línea”. Con todo, llegado el año 2010, la UE aún presentaba un considerable retraso en el ámbito de la investigación y el desarrollo de las TIC, en comparación con otros países punteros, revelándose la necesidad de una nueva agenda digital para mantener la competitividad²⁵.

La Estrategia 2011-2015²⁶ fue elaborada, en noviembre de 2009, para reemplazar el marco de referencia del plan anterior, mientras se producían algunos cambios en las Instituciones de la UE. Su base es la misma base que la del Plan i2010, no obstante, se centró en el impacto y el uso de las tecnologías en la economía.

En mayo de 2010, como respuesta a la crisis financiera de 2008, la Comisión propuso la Estrategia Europa 2020²⁷, con cinco importantes retos de crecimiento, para alcanzar en 2020, en materia de empleo, innovación, educación, integración social y clima/energía, fijando cada Estado miembro sus propios objetivos. Uno de los pilares de la Estrategia fue la Agenda Digital para Europa²⁸ que pretendía

²³ Comunicación de la Comisión, de 1 de junio de 2005, al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones titulada “i2010-Una sociedad de la información europea para el crecimiento y el empleo”, <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2005:0229:FIN:en:PDF>, consultada el 6 de noviembre de 2019.

²⁴ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Informe sobre la competitividad digital de Europa: principales logros de la estrategia i2010 entre 2005 y 2009. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=CELEX%3A52009DC0390>, consultado el 7 de noviembre, de 2019.

²⁵ Comunicación de la Comisión, de 12 de agosto de 2009, al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Evaluación final del plan de acción e-Europa 2005 y del programa plurianual (2003-2006) para el seguimiento del plan de acción e-Europa 2005, la difusión de las buenas prácticas y la mejora de la seguridad de las redes y la información. <https://eur-lex.europa.eu/LexUriServ/LexUriServ.do?uri=COM:2009:0432:FIN:ES:PDF>, consultado el 7 de noviembre de 2019.

²⁶ *Benchmarking digital Europe 2011-2015. A conceptual framework*. <https://joinup.ec.europa.eu/sites/default/files/document/2014-12/Benchmarking%20Digital%20Europe%202011-2015%20-%20A%20conceptual%20framework.pdf>, consultado el 7 de noviembre de 2019.

²⁷ EUROPA 2020, Una estrategia para un crecimiento inteligente, sostenible e integrador. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=celex%3A52010DC2020>, consultado el 7 de noviembre de 2019.

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones. Una agenda digital para Europa.

desarrollar un mercado único digital para impulsar en Europa un crecimiento inteligente, sostenible e integrador, a través de una mejor explotación de las TIC.

Para alcanzar el Mercado Único Digital, la Comisión crea una nueva estrategia, que ve la luz el 6 de mayo de 2015, con el objetivo de una libre circulación de bienes y servicios sin obstáculos y con una alta protección del consumidor, ya sea que se materialice en la forma clásica, *off-line*, o en el mundo virtual, *on-line*²⁹.

La Comisión Europea publicó, en junio de 2019, los últimos resultados del índice de Economía y Sociedad Digital DESI³⁰, que muestra el grado de competitividad de los Estados miembros en relación a la economía y Sociedad Digital, en la que España se sitúa en el puesto undécimo de la UE. En este sentido, por tanto, se puede decir que para alcanzar este puesto y fomentar la Sociedad de la Información, España ha cumplido con la Estrategia de Lisboa. Su labor se concentró en dos estrategias, el Plan Avanza³¹ y el Plan Avanza 2³². El primero de ellos, aprobado por el Gobierno en noviembre de 2005, estaba dirigido a conseguir una adecuada utilización de las TIC para contribuir al crecimiento económico con base en el incremento de la competitividad y la productividad, así como en la promoción de la igualdad social y regional y la mejora de la calidad de vida de los ciudadanos.

El segundo, el Plan Avanza 2, aprobado por el Consejo de Ministros en enero de 2009, fue una continuación del anterior. Si el primero perseguía recuperar el retraso de España respecto a la UE, la estrategia de este segundo fue situar a España en una posición de liderazgo en el desarrollo de las TIC, a través de diez objetivos concretos.

Los resultados de ambos planes han sido reconocidos por la OCDE en su informe titulado “Buena Gobernanza en las Políticas Digitales: Cómo maximizar el Potencial de las TIC. El Caso del Plan Avanza”³³, donde señala que el Plan Avanza es la política más completa llevada a cabo en España para el desarrollo de

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/es/ALL/?uri=CELEX:52010DC0245>, consultado el 7 de noviembre de 2019.

²⁹ Muñoz López, L., Pérez Martínez, J., “Políticas públicas de...”, *op. cit.* p.40.

³⁰ https://www.onsi.red.es/sites/onsi/files/2019-07/Indicadores%20DESI_2019.pdf, consultado el 7 de noviembre de 2019.

³¹ https://www.plantl.gob.es/agenda-digital/planes-antteriores/DescargasPlan%20Avanza/Avanza,%20detalle%20del%20Plan/plan_avanza_documento_completo.pdf, consultado el 5 de noviembre de 2019.

³² <https://www.plantl.gob.es/agenda-digital/planes-antteriores/DescargasPlan%20Avanza2/Detalle%20del%20Plan/PlanAvanza2.pdf>, consultado el 8 de noviembre de 2019.

³³ <https://www.onsi.red.es/es/estudios-e-informes/buena-gobernanza-en-las-politicas-digitales-como-maximizar-el-potencial-de-las>, consultado el 8 de noviembre de 2019.

la Sociedad del Conocimiento a la vez que permitió alcanzar importantes logros en el campo de las TIC.

Así, los resultados de España del informe DESI³⁴ respecto de uso de servicios de Internet, el 83% de los individuos usaron regularmente Internet en 2018, el mismo valor de la media de la UE. Baja la proporción los ciudadanos que nunca han usado Internet -13%-, si bien sigue en valores superiores a la media de los países europeos -11%-. El mejor resultado se produce en el indicador sobre individuos que usan Internet para hacer cursos online. Los peores resultados para España están en el ámbito del capital humano, en la que su posición se ve lastrada fundamentalmente por dos indicadores: el porcentaje de especialistas TIC, y el porcentaje de mujeres especialistas TIC. Respecto a las habilidades digitales de los ciudadanos, el 55% tenían habilidades al menos básicas, porcentaje por debajo de la media europea que se sitúa en el 57%. En el caso de las habilidades digitales superiores, España supera a la media de la UE: el 32% de los españoles tenían habilidades digitales por encima de las básicas, frente al 31% de los europeos.

5. LA SOCIEDAD RED Y EL EMPLEO

La transformación que la economía mundial y el mercado de trabajo están experimentando a causa de la digitalización y de la automatización empresarial es denominada como la cuarta revolución industrial. Esta tiene su base en otras dos revoluciones, en la revolución tecnológica, que ha transformado el mundo de las comunicaciones, y en la revolución provocada por la interconexión de los datos existentes en la Red. Innovación técnica, social y digital se relacionan, más aún, son interdependientes³⁵. Según la OCDE, el fenómeno habrá destruido alrededor de tres millones de empleos en 2030, que pasaran a engrosar una nueva lista de “parados tecnológicos”, un nuevo colectivo de desempleados estructurales.

Los inicios de todas las revoluciones, en los que se produce el tránsito de una etapa a otra, siempre inciden de forma negativa en el empleo y en los derechos de los trabajadores³⁶. Las empresas, cada día más competitivas, necesitan menos trabajadores para conseguir los mismos, o mejores, objetivos. Asimismo, tienden a externalizar todos aquellos trabajos que se pueden realizar *on line*, lo

³⁴ Índice de Economía y Sociedad Digital (DESI, por sus siglas en inglés), que compara anualmente la evolución digital de los 28 países que conforman la Unión Europea. En esta edición, España mantiene la posición 11 del ranking, aunque con un incremento de la puntuación y de la ventaja con respecto a la media comunitaria. Nuestro país ocupa un lugar destacado entre el grupo de principales economías europeas, superada por el Reino Unido y por encima de Alemania, Francia e Italia. <file:///C:/Users/Ana/Dropbox/Comunicaciones/DESI2019LANGSpain.pdf>

³⁵ Aguilar del Castillo, M.C., “La formación y el emprendimiento respuesta a las nuevas realidades económicas y sociales”, *Labor and law issues*, vol. 2, núm. 2, 2016, pp. 81-82.

³⁶ *Ibidem*.

que provoca la fragmentación de proceso productivo y afecta directamente al empleo subordinado, ya que, en esta nueva forma de organización del trabajo, el trabajo autónomo prima sobre el trabajo asalariado³⁷.

Con todo, surge un nuevo gran mercado laboral en el que se desarrollan nuevos sectores de producción en multitud de campos como la educación, la cultura, la economía colaborativa, la salud, etc., en definitiva, nuevos nichos de empleo que exigen la adaptación y la capacitación de los trabajadores. Aquellos trabajadores y desempleados con deficiencia formativa tecnológica deberán adquirir las competencias necesarias que exige la era digital, puesto que, si no el mercado de trabajo no les va a permitir reinsertarse en el mismo.

Son necesarias acciones para que el desempleo y la desigualdad no sigan acumulándose, nuevas políticas de empleo para los nuevos cambios sociales como la única forma de garantizar el derecho al empleo del art. 35 CE, lo que obliga a los poderes públicos a promover su realización efectiva. Para favorecer un empleo de calidad es necesario la reestructuración del tejido productivo, la cualificación del trabajador, así como la actualización de sus capacidades, y el pilar básico es la formación profesional que permita adquirir las competencias necesarias, tanto de contenido sectorial como transversal, que demanda el nuevo mercado laboral³⁸.

6. REFLEXIÓN FINAL

El gran cambio que está experimentando la sociedad, sin que hasta la fecha se haya conocido otro fenómeno similar, afecta a todos los niveles, produciéndose una brecha entre el superdesarrollo tecnológico y el subdesarrollo social³⁹.

La brecha digital, lejos de desaparecer de inmediato, sigue creciendo y origina desigualdades en las que una parte de la humanidad, afortunada y conectada, dispone de más información de la que nunca tuvo generación alguna, al tiempo que otro gran sector de la población sufre la marginación informática. Las desigualdades sociales y económicas continúan en aumento, incluso, aún, cuando la brecha de la conectividad digital se está cerrando. En este sentido, es encomiable la labor realizada por la UE y sus Estados miembros con el establecimiento de políticas públicas que han facilitado que una parte muy amplia de la población pueda estar conectada. Asimismo, han fomentado la formación en

³⁷ *Ibidem*.

³⁸ Aguilar del Castillo, M. C., “La visibilidad de la experiencia laboral”, en MORALES ORTEGA, J.M., *El tratamiento del empleo de los trabajadores maduros por parte de los poderes públicos y de las políticas empresariales de recursos humanos*, ed. Laborum, 2016, pp. 171-215.

³⁹ Castells Oliván, M., *La era de la información... op. cit.* <https://revolucioncantonal.net/files.wordpress.com/2018/02/volumen-1-la-sociedad-red.pdf>

competencias digitales, lo que ha derivado en la inclusión digital y la intensidad de uso de las TIC, así como han contribuido a la efectiva modernización de la Administración y de los servicios públicos, lo que, sin duda, ha aumentado la calidad de vida y bienestar de los ciudadanos.

Gracias a las TIC, la información y el conocimiento se diseminan, pero generan, a la vez que profundas transformaciones sociales, nuevos problemas a los que hay que hacer frente. En este sentido, en el punto de mira del legislador se encuentra la protección de los derechos de las personas: garantizar la libertad de acceso a la información, frente a la vigilancia indeseable, así como la protección de la privacidad individual son objetivos prioritarios, para lo que es necesario, conjuntamente, el uso de la ley conjuntamente y de las tecnologías disponibles en el mercado⁴⁰.

La era digital ha traído consigo la disrupción digital, la transformación causada por las tecnologías digitales con nuevos modelos de negocio, lo que implica para los trabajadores un reciclaje continuo. Y, esto no es una opción. Es, o debe de ser, una actitud en la que la persona decide cuándo empieza su proceso de transformación, sin solución de continuidad, para adaptarse y digerir el cambio permanente a velocidades inauditas. El conocimiento y manejo de las herramientas digitales es esencial para que el trabajador sea competitivo y por tanto un activo valorado.

La edad de las personas no determina su capacidad de aprendizaje, aunque esta puede estar supeditada a las condiciones de trabajo en las que los trabajadores han desarrollado su vida profesional. De hecho, los trabajadores de determinados sectores profesionales, que requieren de una capacitación superior, suelen estar más involucrados en procesos de reciclaje, por lo que gozan de una capacidad de aprendizaje mayor, que se mantiene casi intacta a lo largo de su vida.

El reto al que se enfrentan muchos de los trabajadores que superan los 55 años es el manejo, adecuado y productivo, de las nuevas tecnologías, que, por otra parte, se van complicando cada día que pasa. Asimismo, necesitan, además de una cierta actitud, dominar algunas destrezas esenciales que les posibilite la participación plena y responsable en la sociedad, y así evitar la brecha generacional en la que caen un gran número de personas maduras, con el objetivo básico de favorecer su propia calidad de vida⁴¹.

⁴⁰ Mansell, R., “Disrupción digital y reajuste: imaginar nuevas vías”, en *La Era de la Perplejidad. Repensar el mundo que conocíamos*, Madrid, 2017. <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2018/01/BBVA-OpenMind-La-era-de-la-perplejidad-repensar-el-mundo-que-conocimos.pdf>, consultado el 10 de febrero de 2020.

⁴¹ Gómez-Torres, M. J., “Inclusión social y personas...”, *op. cit.*, p. 279.

LA CARTA DE DERECHOS FUNDAMENTALES DE LA UE Y LOS DERECHOS PROFESIONALES DE LOS TRABAJADORES AUTÓNOMOS

NORA MARÍA MARTÍNEZ YÁÑEZ

*Prof. Contratada Doctora (acreditada a TU) de Derecho del
Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: Derechos fundamentales; Derecho de la Unión Europea; trabajo autónomo; vulnerabilidad; economía digital

La expansión del trabajo autónomo vulnerable en sustitución del trabajo asalariado pone de relieve la profunda desprotección social y profesional que sufren algunos trabajadores por cuenta propia y la necesidad de construir un nuevo estatus de derechos profesionales que garantice el trabajo digno. Las precarias condiciones en las que muchos de ellos prestan servicios, así como la ausencia de mecanismos para articular una acción colectiva, exigen como primer paso el reconocimiento de la titularidad de los derechos sociales fundamentales. Sin embargo, no es esta una cuestión sencilla, porque históricamente estos derechos han estado vinculados al trabajo asalariado. El presente trabajo aborda esta cuestión desde el punto de vista del Derecho de la Unión Europea a fin de verificar si la Carta de Derechos Fundamentales aporta alguna solución aplicable a todos los Estados miembros.

ABSTRACT

KEY WORDS: Fundamental rights; European Union Law; self-employment; vulnerability; digital economy

The expansion of vulnerable autonomous work in substitution of salaried work highlights the profound social and professional vulnerability suffered by some self-employed workers and the need to build a new professional rights status that guarantees decent work. The precarious conditions in which many of them provide services, as well as the absence of mechanisms to articulate a collective action, demand as a first step the recognition of their fundamental social rights. However, this is not a simple matter, because historically these rights have been linked to wage labor. This paper addresses this issue from the point of view of European Union law in order to verify whether the Charter of Fundamental Rights provides any solution applicable to all Member States.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA DIMENSIÓN PERSONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
3. EL TRABAJO PERSONAL PRODUCTIVO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA
4. EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES
 - 4.1. La fractura entre la dimensión personal de los derechos en la carta y el ámbito subjetivo de aplicación del derecho social europeo
 - 4.2. El ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sociales y el concepto supranacional de trabajador
5. EL RETO DE REDIMENSIONAR LA POLÍTICA SOCIAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

1. INTRODUCCIÓN¹

Hoy ya no es posible lograr una adecuada comprensión del mercado de trabajo sin tener en cuenta las prestaciones de servicios de los trabajadores autónomos no societarios. El empleo autónomo unipersonal, sin un proyecto empresarial que lo respalde, que no genera trabajo asalariado y que con frecuencia se integra de forma auxiliar en estructuras organizativas descentralizadas de otras empresas ha crecido en los últimos años. Y es de esperar que siga progresando bajo el estímulo de las organizaciones cuyo negocio consiste en la gestión de plataformas digitales de oferta y demanda de bienes y servicios.

La nueva realidad que se abre camino plantea retos de mayúsculas proporciones a los ordenamientos jurídicos occidentales, articulados en torno a la distinción binaria entre trabajo autónomo y trabajo asalariado: desde la puesta a prueba de los elementos que definen el trabajo asalariado, hasta la necesidad cada vez más patente de reconocer, individualizar y proteger el trabajo autónomo vulnerable².

No deja de ser paradójico que numerosos trabajos vinculados a la economía digital y a las formas de prestar servicios con el apoyo de las nuevas tecnologías pongan en jaque derechos e instituciones firmemente asentados desde hace décadas y se retrotraigan así a los momentos previos al nacimiento del Derecho del Trabajo, marcados por un tremendo desequilibrio contractual generador de

¹ Este trabajo tiene su origen en la ponencia titulada “El trabajo por cuenta propia en la nueva economía”, presentada en el Seminario Internacional “El trabajo en la nueva economía” el 14 de noviembre de 2019, en el marco de las actividades del proyecto de investigación «Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital» (DER 2017-83488-C4-2-R), financiado por el Ministerio de Economía y Competitividad. Quisiera agradecer las interesantes observaciones que en el curso del Seminario recibí de los profesores Jesús Cruz, Marzia Barbera y José María Miranda y que he tenido presentes en la elaboración de este artículo.

² Sobre estas cuestiones véase Cruz Villalón, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista de Derecho Social*, 83 (2018) 13-44.

condiciones de trabajo abusivas. Y tampoco es casual que, en medio de estas tendencias, recientes pronunciamientos del Tribunal de Justicia de la Unión Europea hayan vuelto a situar en el frontispicio de su razonamiento uno de los principios esenciales del Derecho social, a saber, que el trabajador es la parte débil de la relación laboral y que en consecuencia es preciso impedir que el empresario pueda imponerle una restricción de sus derechos³.

Es así como el Derecho del Trabajo se encuentra otra vez en el punto de partida, ante la proliferación de situaciones de fragilidad en la prestación de servicios que escapan a su sistema de delimitación, pero que a su vez demandan mecanismos de reequilibrio de las fuerzas contractuales. Para hacer frente a esta realidad líquida, difícil de aprehender y encapsular en las categorías tradicionales del Derecho del Trabajo, se ha puesto de manifiesto la necesidad de reabrir una reflexión sobre los derechos sociales y su naturaleza de derechos humanos o derechos fundamentales, que podría hacerlos predicables de cualquier tipo de prestación personal de servicios, con independencia del vínculo contractual o administrativo que medie entre las partes⁴.

El presente trabajo se inserta en esa especulación, para la que toma como referencia los derechos sociales de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea –en adelante CDFUE-. La pregunta en torno a la que giran las siguientes páginas es si el ámbito de aplicación personal de los derechos sociales fundamentales engloba al trabajo autónomo vulnerable y si, en caso de que esto fuese posible, tales derechos podrían constituir una garantía social mínima y eficaz para el trabajo personal productivo en el marco de la Unión Europea.

2. LA DIMENSIÓN PERSONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Ni la Unión Europea es una organización de derechos humanos ni la CDFUE es un tratado internacional al uso⁵. Pero, aunque la Carta es un instrumento constitucional, que opera en exclusiva en el marco jurídico-material de la propia Unión, los vínculos que expresamente establece con diversos instrumentos

³ SSTJUE de 14 de mayo de 2019, C-55/18, CCOO, par. 44-46; de 6 de noviembre de 2018, (Gran Sala), C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, par. 41; y de 6 de noviembre de 2018, (Gran Sala), C-619/16, *Kreuziger*. Este argumento ya fue invocado en las Conclusiones del Abogado General, Sr. Evgeni Tanchev, presentadas el 8 de junio de 2017, C-214/16, *King*, par. 49 y 96.

⁴ Sciarra, S., “Diritti sociali fondamentali nazionali e europei. A proposito di diritto alle ferie retribuite”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 10 (2019) 3, 4.

⁵ Von Bogdandy, A., “The European Union as a human rights organization? Human Rights and the core of the European Union”, *Common Market Law Review*, 37 (2000) 1307–1338.

internacionales sobre derechos humanos han sido determinantes de su diseño y contenido⁶.

Es bien conocida la estructura de doble nivel de la Carta, a tenor de la cual los derechos enunciados de manera concisa en el texto articulado incorporan un ingente acervo procedente de los tratados internacionales y las Constituciones, revelado en buena medida por las Explicaciones del Praesidium⁷. Por su parte, los artículos 52.3 y 53 CDFUE establecen las oportunas conexiones con dichos órdenes normativos, y en particular con el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales, a fin de garantizar estándares de protección homogéneos y armoniosos en el nuevo escenario multinivel.

De este modo, los derechos humanos que conforman el patrimonio axiológico de los Estados miembros emergen en la Carta como derechos fundamentales, esto es, se concretan en derechos y principios llamados a jugar un papel determinante en el marco del Derecho de la Unión.

Desde una perspectiva sistemática, una señal del vanguardismo de la Carta respecto de los tradicionales instrumentos internacionales de protección de derechos humanos es que en ella se formulan, aparentemente en pie de igualdad, tanto derechos civiles y políticos como derechos sociales, la mayor parte de estos últimos integrados en el capítulo IV, bajo el rótulo “Solidaridad”⁸. Tal inclusión es coherente con la proclamación en 1989 de la Carta comunitaria de los Derechos Sociales Fundamentales de los Trabajadores, a través de la cual se pretendía poner de manifiesto la importancia de los aspectos sociales en el mercado único, aunque el texto de referencia respecto de la mayoría de los derechos incluidos en el capítulo “Solidaridad” es la Carta Social Europea⁹.

Pese a que la Carta Social Europea no se menciona expresamente en el articulado de la CDFUE, sí aparece citada en el Preámbulo y se puede entender

⁶ Rosas, A., “The Charter and Universal Human Rights Instruments”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, Peers, S., Hervey, T., Kenner, J. and Ward, A. (eds.), Hart Publishing, Oxford and Portland (2014) 1685 y ss.

⁷ Artículo 6.1 TUE. Sobre el valor de las Explicaciones véase Jacqué, J. P., “The Explanations relating to the Charter of Fundamental Rights of the European Union”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1715-1724.

⁸ La ambigua distinción entre principios y derechos formulada en el artículo 51.1 CDFUE empaña esta aparente igualdad, proyectando la sospecha de que en el capítulo “Solidaridad” se enuncian principios, y no derechos, en todo o en parte. Véase al respecto, Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter – Are they rights? Are they Fundamental?”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1703-1707.

⁹ De Schutter, O., “The CFREU and its specific role to protect fundamental social rights”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, Dorssemont, F., Lörcher, K., Clauwaert, S. y Schmitt, M. (eds.), Hart Publishing, Oxford (2019) 10-15.

comprendida en la alusión del artículo 53 al Derecho internacional¹⁰. Más explícitas son las Explicaciones, que conectan con la Carta Social Europea los artículos 14 -derecho a la formación profesional y permanente-, 15 -libertad profesional y derecho a trabajar-, 23 -igualdad entre mujeres y hombres-, 25 -derechos de las personas mayores-, 26 -integración de las personas discapacitadas-, 27 -derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa-, 28 -derecho de negociación y de acción colectiva-, 29 -derecho de acceso a los servicios de colocación-, 30 -protección en caso de despido injustificado-, 31 -condiciones de trabajo justas y equitativas-, 32 -prohibición del trabajo infantil y protección de los jóvenes en el trabajo-, 33 -vida familiar y vida profesional-, 34 -Seguridad social y ayuda social- y 35 -protección de la salud-. Todos estos derechos, junto con la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado –artículo 5-, conforman el núcleo social de la CDFUE, sin perjuicio de la trascendencia que pueden tener en el marco del trabajo productivo otros derechos inespecíficos, como la protección de datos personales –artículo 8-, la libertad de pensamiento, conciencia y religión –artículo 10-, la libertad de expresión e información –artículo 11-, la libertad de asamblea y asociación –artículo 12- o el derecho a la tutela judicial efectiva y a un juez imparcial –artículo 47-.

Una observación atenta del conjunto de derechos fundamentales que conforman el contenido social de la CDFUE permite vislumbrar los ejes sobre los que reposa la protección dispensada y el perfil subjetivo del titular de tales derechos. El respeto a la dignidad humana en condiciones de vulnerabilidad derivadas de la edad, la enfermedad, la discapacidad, la maternidad o un acusado desequilibrio contractual es el fundamento de la mayor parte de estos derechos. Pero, a su vez, la igualdad de los seres humanos como un bien jurídico distinto y más amplio que la mera igualdad ante la ley de los sujetos jurídicos inspira buena parte de los derechos contenidos tanto en el capítulo III como en el IV. Ciertamente, la dimensión de la persona como sujeto económico y titular de libertades fundamentales no está ausente de la constelación de derechos sociales fundamentales, si bien ocupa un lugar secundario respecto de los principios de dignidad humana e igualdad, resultando en la Carta mucho menos preeminente que en otros ámbitos del ordenamiento jurídico de la Unión¹¹.

En consecuencia, el perfil subjetivo que se desprende de la conjunción de estos ejes cardinales y su materialización en los derechos sociales fundamentales

¹⁰ Así lo entienden Lörcher, K., “Interpretation and minimum level of protection”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 156 y Monereo Pérez, J. L., “Artículo 53. Nivel de protección”, *La Europa de los derechos. Estudio sistemático de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea*, Monereo Atienza, C. y Monereo Pérez, J. L. (dir. y coord.), Comares, Granada (2012) 1401-1404.

¹¹ Ello no ha impedido, sin embargo, que en el plano jurisprudencial los conflictos entre los derechos sociales y las libertades fundamentales se hayan saldado decididamente a favor de estas

es el de una persona cuya situación de vulnerabilidad la hace acreedora de una especial protección. Es decir, la dimensión humana prevalece sobre un enfoque más restrictivo centrado en el trabajador o en el contrato de trabajo¹².

Esta orientación se aprecia a veces en el modo en que cada derecho define su ámbito de aplicación subjetivo. Expresiones como “nadie” o “toda persona”, usadas para referirse a la prohibición de la esclavitud y el trabajo forzado, al acceso a la formación profesional y permanente, la libertad profesional y el derecho a trabajar, la igualdad ante la ley, el acceso a los servicios de colocación, la conciliación de la vida familiar y profesional, o la protección de la salud, evidencian que la titularidad de tales derechos fundamentales recae sobre la persona humana, sin consideraciones adicionales¹³. En otras ocasiones, la necesaria conexión de los derechos con el contemporáneo desarrollo de una actividad personal productiva conduce al uso de la expresión “trabajador” para referirse a su titular¹⁴.

Aunque el término trabajador aparece con frecuencia en el Derecho primario y secundario, el legislador europeo no ha aportado una definición al respecto. Para suplir esta ausencia el Tribunal de Justicia ha elaborado una reiterada jurisprudencia sobre esta noción que, originada en el marco de la libre circulación, ha acabado extendiéndose con matices propios a la Política Social¹⁵. Pero dicha jurisprudencia tiene escaso valor interpretativo respecto de la dimensión personal de los derechos fundamentales de la Carta, y ello por varias razones. Para empezar, es preciso dejar claro que, pese a ciertos titubeos del Tribunal de Justicia, la Carta, como parte del orden constitucional de la Unión Europea, es canon hermenéutico y parámetro de ius fundamentalidad del Derecho derivado, por lo que éste debe ser interpretado a la luz de aquella, y no al revés. En otras

últimas, como evidencian, entre otras, las SSTJCE de 11 de diciembre de 2007, C-438/05, *Viking* y de 18 de diciembre de 2007, C-341/05, *Laval*, y la STJUE de 21 de diciembre de 2016, C-201/15, *AGET Iraklis*. Sobre esta cuestión, véase Deakin, S., “In search of the EU’s Social Constitution: Using the Charter to recalibrate social and economic rights”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 55-75.

¹² Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter – Are they rights? Are they Fundamental?”, cit., 1708, 1709.

¹³ Artículos 5, 14.1, 15.1, 20, 29, 33.2, 34.2 y 35 CDFUE.

¹⁴ En la versión inglesa de la Carta el uso de la palabra “worker” en lugar de “employee” propicia una interpretación extensiva de la dimensión personal de tales preceptos, comprensiva del trabajo autónomo dependiente (Unterschütz, J., “The concept of the ‘Employment Relation’”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 92, 93).

¹⁵ Sobre el concepto de trabajador en el Derecho de la Unión Europea, véase Sánchez-Urán Azaña, Y., “Concepto de trabajador”, *Condiciones de empleo y relaciones de trabajo en el Derecho de la Unión Europea. Un estudio de jurisprudencia del Tribunal de Justicia*, J. García Murcia (dir.), Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra (2017) 45-103 y Martínez Moreno, C., “El concepto de trabajador”, *Derecho social de la Unión Europea. Aplicación por el Tribunal de Justicia*, M. E. Casas Baamonde y R. Gil Alburquerque (Dirs.), Lefevre-El Derecho, Madrid (2018) 187-205.

palabras, una labor de integración del sentido y el alcance de los derechos fundamentales a la luz del Derecho derivado relacionado con ellos debe ser descartada, pues no es conforme con el valor constitucional de la Carta y con el lugar que ésta ocupa en la arquitectura constitucional de la Unión Europea¹⁶. Por otro lado, el concepto jurisprudencial de trabajador es funcional, esto es, persigue la correcta armonización de determinadas directivas sociales, y por lo tanto es fruto de un contexto y un sentido mucho más reducido que el de la garantía de los derechos fundamentales. Y, finalmente, el propio Tribunal ha declarado que no hay una única definición de trabajador en el Derecho de la Unión, pues su sentido varía en función del área en la que ha de aplicarse¹⁷.

La ausencia de pronunciamientos que interpreten específicamente el concepto de trabajador en la Carta hace difícil calibrar la dimensión personal de los derechos vinculados a esta expresión. Aunque la sentencia *Fenoll*, que aborda la prestación de servicios de una persona discapacitada en un centro especial con fines de rehabilitación y no productivos, concluye que se trata de un trabajador “en el sentido del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31, par. 2, de la Carta”, esta escueta mención conjunta no es suficiente para extraer conclusiones sólidas¹⁸.

¹⁶ López Castillo, A., “Estudio introductorio”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, López Castillo, A., (dir.), Tirant Lo Blanch, Valencia (2019) 49, 50. No obstante, este es un tema de enorme calado, pues tras la definición de las relaciones entre la Carta y el Derecho derivado siempre planea la limitación del ámbito de aplicación descrito en el artículo 51 CDFUE y el riesgo de que la Carta produzca un desbordamiento de las competencias de la Unión Europea. Un brillante análisis de esta problemática en el ámbito del principio de igualdad se encuentra en Barbera, M., “Principi contesi e contese su principi. Gli effetti del principio di eguaglianza e non discriminazione nella giurisprudenza della Corte di Giustizia”, *WP CSDLE “Massimo D’Antona”.IT*, 372 (2018) 1-26. En todo caso, las recientes sentencias del TJUE que respaldan la eficacia directa horizontal de los derechos de la Carta suficientemente claros, precisos e incondicionados, así como la operatividad de los derechos fundamentales en circunstancias excluidas expresamente del ámbito de aplicación de las directivas, abren paso decididamente hacia una independencia conceptual de los derechos fundamentales respecto de las directivas acorde con su valor constitucional y corroboran la tesis expuesta en el texto. Véanse a este respecto, entre otras, las SSTJUE de 17 de abril de 2018 (Gran Sala), C-414/16, *Egenberger*; de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*; de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*; y de 20 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*. En la doctrina deja constancia de este relanzamiento de la Carta Bronzini, G., “Il “Trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 10 (2019) 3-6.

¹⁷ STJCE de 12 de mayo de 1998, C-85/96, Martínez Sala, par. 31 y de 16 de julio de 2009, C-208/07, *von Chamier-Glisczinski*, par. 68.

¹⁸ STJUE de 26 de marzo de 2015, C-316/13, *Fenoll*, par. 41.

Así pues, mientras la jurisprudencia no confirme si el concepto de trabajador de la Carta coincide con el desarrollado por el Tribunal de Justicia en el marco de las directivas sociales o si, por el contrario, presenta connotaciones propias, los elementos interpretativos para sondear su alcance en la Carta deben ser las fuentes constitucionales e internacionales sobre derechos humanos de las que se nutre, así como la relación interna entre los distintos derechos fundamentales que reconoce.

En todo caso, con independencia del anterior debate, la amplitud de la dimensión personal de algunos derechos del capítulo “Solidaridad” se hace patente en la expresión “todo trabajador”, usada respecto del derecho a protección en caso de despido injustificado –artículo 30-, y del derecho a trabajar en condiciones que respeten su salud, su seguridad y su dignidad, así como a la limitación de la duración máxima del trabajo, a períodos de descanso diarios y semanales, y a un período de vacaciones anuales retribuidas –artículo 31-. El adjetivo “todo” aporta un carácter omnicompreensivo al ámbito de aplicación de estos derechos, que quedan así referidos a cualquier persona que trabaja para vivir, con independencia de cuál sea el negocio jurídico que regula su actividad. Por tanto, trabajadores típicos o atípicos, trabajadores de la economía digital o que ocupan nuevas formas de empleo entran en el ámbito subjetivo de aplicación de estos preceptos, que igualmente comprenden a los trabajadores autónomos vulnerables.

Es difícil llegar a otra conclusión si se hace una interpretación sistemática de ambos preceptos a la vista de sus enlaces con otros derechos fundamentales de la Carta. Al referirse a la seguridad y salud en el trabajo y a la limitación de la jornada, el artículo 31 está especificando en el marco concreto de las relaciones de trabajo los derechos universales a la vida –artículo 2.1-, a la integridad física y psíquica –artículo 3.1-, a la salud –artículo 35- y a la prohibición de la esclavitud y servidumbre –artículo 5-, que se predicen de “toda persona”. El propio llamamiento del párrafo primero del artículo 31 a la dignidad humana, que es el primero de los derechos fundamentales de la Carta, así lo confirma¹⁹. Bajo este enfoque no cabe entender que la dimensión personal del derecho fundamental a unas condiciones de trabajo justas y equitativas se supedita a la calificación jurídica del contrato que regula la prestación de servicios²⁰.

Algo similar puede decirse respecto del derecho fundamental de protección en caso de despido injustificado. Aunque el término despido evoca la relación de trabajo asalariado, la referencia al carácter injustificado de la extinción unilateral de la relación de trabajo apunta a una situación abusiva, inequitativa y/o irrazonable

¹⁹ En este sentido, Kressal, B., “Article 1 –Human Dignity”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 195.

²⁰ En la misma línea, Lörcher, K., “Article 31 – Fair and Just Working Conditions”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 547-549.

que pone en tela de juicio los ejes de la protección de los derechos fundamentales en la Carta, que son la dignidad humana en condiciones de vulnerabilidad, la igualdad y la posibilidad de ejercitar libremente actividades económicas. Una vez más, no parece factible sujetar la dimensión personal de este derecho al trabajo asalariado, dejando desprotegido al trabajador autónomo vulnerable en virtud de su débil posición en el mercado y su escasa fuerza negociadora²¹. De hecho, el artículo 18 de la reciente Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²², que regula la protección contra el despido y la carga de la prueba, desencadenando la aplicación de los artículos 30 y 47 CDFUE, se refiere tanto al despido como a “medidas equivalentes”, que, según el preámbulo, pueden consistir en el cese de la asignación de tareas. Este concepto abierto obliga a los Estados a extender la protección a las nuevas formas de empleo, e incluso a determinados tipos de trabajo vulnerable que se sitúan en una zona de continuidad entre el empleo autónomo y el asalariado, teniendo en cuenta lo dispuesto en el artículo 1.2 de la Directiva.

Por último, el artículo 28 CDFUE parece atender de forma más precisa al marco del trabajo asalariado, al atribuir el derecho de negociación y de acción colectiva a “los trabajadores” –obsérvese la omisión del adjetivo “todos”- y a “los empresarios” o “sus organizaciones respectivas”, reflejando en el plano colectivo la clara bilateralidad existente en la relación de trabajo asalariada. También el artículo 27 se refiere a “los trabajadores” o “sus representantes” como titulares del derecho a la información y consulta en la empresa.

Tal acotación es conforme con la tradición de estos derechos fundamentales en los Estados miembros, donde constituyen el centro neurálgico de los sistemas democráticos de relaciones industriales, basados en la autotutela de los intereses colectivos. Pero, si bien estos derechos son atribuidos de modo incontrovertido a los trabajadores asalariados, la mayoría de los ordenamientos nacionales no reconoce derechos colectivos a los trabajadores autónomos²³.

A pesar de todo, la conexión que establecen las Explicaciones entre los artículos 27 y 28 CDFUE y la Carta Social Europea permite una lectura más amplia de la dimensión personal de ambos derechos. En un reciente análisis del ámbito subjetivo del derecho a la negociación colectiva del artículo 6.2 de la Carta Social Europea, el Comité Europeo de Derechos Sociales ha manifestado que el

²¹ También a favor de una interpretación amplia del precepto, Schmitt, M., “Article 30 – Protection in the event of unjustified dismissal”, *The Charter of Fundamental Rights of the European Union and the Employment Relation*, cit., 520, 521.

²² Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019.

²³ Véase un panorama general sobre esta cuestión en varios Estados miembros en el número monográfico *Testing the ‘Personal Work’ Relation: New Trade Union Strategies for New Forms of Employment*, *European Labour Law Journal*, 10-3 (2019).

criterio de inclusión determinante no es el tipo de contrato –laboral o mercantil– que regula la prestación de servicios, sino la concurrencia o no de un desequilibrio de poder entre los proveedores de trabajo y los empleadores. Por tanto, si los proveedores de trabajo no pueden influir en el contenido de los términos contractuales, deben tener la oportunidad de combatir tal desequilibrio a través de la negociación colectiva. Este razonamiento permite atribuir la titularidad del derecho fundamental a la negociación colectiva a aquellas categorías de trabajadores autónomos que se distinguen por su posición de especial vulnerabilidad²⁴. Y además este resultado es coherente con el ámbito de aplicación subjetivo de los Convenios de la OIT sobre libertad sindical y negociación colectiva²⁵ -principal fuente de referencia de la Carta Social Europea-, que incluyen a trabajadores autónomos sin asalariados a su servicio²⁶.

La interpretación de la CDFUE de conformidad con los instrumentos del Consejo de Europa, a la que conducen tanto las Explicaciones como el artículo 53, debería impulsar la apertura de los derechos colectivos, y en especial del derecho a la negociación colectiva, hacia el trabajo de los autónomos vulnerables²⁷. No hay que olvidar que los derechos fundamentales son ante todo principios generales del Derecho de la Unión que se han ido incorporando al Derecho originario primero a través de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y después a través de su formulación positiva en la Carta. Pero esta incorporación a un instrumento de Derecho originario escrito no implica que hayan quedado petrificados; por el contrario, el Tribunal de Justicia conserva la capacidad para extender los actuales

²⁴ En el caso examinado por el Comité se trataba de trabajadores autónomos sin asalariados a su servicio, principalmente, actores de doblaje, periodistas y músicos. Es interesante destacar que, para llegar a la conclusión, el Comité tuvo en cuenta los cambios actuales en el mundo del trabajo, que conducen a la proliferación de trabajadores formalmente autónomos pero dependientes “de facto” que sufren condiciones de trabajo precarias (European Committee of Social Rights, *Decision on the Merits: Irish Congress of Trade Unions (ICTU) v. Ireland*, Complaint n.123/2016, 12 september 2018, par. 36-40).

²⁵ Convenio OIT n. 87 sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación, 1948 y Convenio OIT n. 154 sobre la negociación colectiva, 1981.

²⁶ Véase ILO, *Giving globalization a human face* (2012) par. 209 y Conferencia Internacional Del Trabajo, 105ª reunión CIT (2016), Caso individual (CAS) - Discusión: 2016, Publicación: Convenio sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva, 1949 (n. 98) - Irlanda (Ratificación: 1955).

²⁷ A favor de esta conclusión, Lianos, I., Countouris, N. y De Stefano, V., “Re-thinking the competition law/labour law interaction: Promoting a fairer labourmarket”, *European Labour Law Journal*, 10-3 (2019) 308, 322-324.

derechos a sujetos o materias que no estaban previstos en el momento de entrada en vigor de la Carta, como ha hecho ya en alguna ocasión²⁸.

El conjunto de derechos sociales fundamentales de la CDFUE conforma un núcleo muy completo de derechos capaz de garantizar unas relaciones de trabajo basadas en la justicia social. Basta con observar su práctica equivalencia con la Garantía Laboral Universal propuesta por la Comisión Mundial de la OIT sobre el Futuro del Trabajo, que comprende los derechos fundamentales a la libertad sindical y a la negociación colectiva, a no ser sometido a trabajo forzoso, infantil o discriminatorio, a la seguridad y salud en el trabajo, la limitación de las horas de trabajo y un salario vital adecuado²⁹. Aunque la CDFUE no incorpora ninguna referencia a la retribución, se ha defendido que el derecho a una remuneración digna forma parte del derecho fundamental a unas condiciones de trabajo justas y equitativas, máxime si se tiene en cuenta el reconocimiento de este derecho en el artículo 7.a) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, suscrito por todos los Estados miembros y que por lo tanto, integra el nivel de protección al que se refiere el artículo 53³⁰.

Ese núcleo de derechos fundamentales debería desarrollar un papel muy relevante para enfrentar el desafío que plantea la proliferación de nuevas formas de trabajo al margen de las relaciones laborales convencionales. Como se ha expuesto, la dimensión personal de los derechos sociales enunciados en la Carta no solo permite una lectura integradora del trabajo autónomo vulnerable, sino que en la mayoría de los casos *exige* claramente dicha lectura, excluyendo interpretaciones más restrictivas.

Ahora bien, para examinar hasta qué punto los derechos sociales fundamentales pueden desplegar su eficacia sobre el trabajo autónomo vulnerable es preciso hacer unas breves consideraciones en torno al tratamiento que el trabajo por cuenta propia ha tenido en el Derecho de la Unión Europea.

²⁸ Sarmiento, D., *El Derecho de la Unión Europea*, segunda edición, Marcial Pons, Madrid (2018) 224.

²⁹ Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo, *Trabajar para un futuro más prometedor* (2019) 39-41.

³⁰ Lörcher, K., “Article 31 – Fair and Just Working Conditions”, cit., 554, 555 y García Pechuán, M., “Artículo 31. Condiciones de trabajo justas y equitativas”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, cit., 965, 966.

3. EL TRABAJO PERSONAL PRODUCTIVO EN EL DERECHO DE LA UNIÓN EUROPEA

La estricta división entre trabajo asalariado y trabajo autónomo que vertebró los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros se manifiesta también de raíz en el Derecho de la Unión Europea. En la arquitectura del mercado interior, ordenado a mediados del siglo pasado en torno a las libertades fundamentales, las actividades productivas por cuenta propia y por cuenta ajena ocupan lugares diferentes: las primeras forman parte de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios³¹, mientras que las segundas se enmarcan en la libre circulación de trabajadores³².

La atribución de bases jurídicas distintas para la intervención de la Unión Europea en ambos tipos de trabajo personal no solo ha propiciado su regulación en instrumentos jurídicos diferentes, sino también su ordenación comandada por principios y objetivos diversos.

En términos generales, el trabajador autónomo interesa en su faceta de operador económico independiente, que actúa bajo su propia cuenta y riesgo, contribuyendo a la dinamización del mercado interior y a la creación de riqueza³³. En coherencia con este enfoque, la legislación secundaria que deriva de las libertades de establecimiento y prestación de servicios pretende evitar obstáculos para favorecer el ejercicio de tal actividad. Y aunque en ese propósito queda comprendida la atención a las consecuencias humanas y sociales de la libre circulación, que exige evitar la desprotección social o la discriminación basada en la nacionalidad o en otras causas, en términos generales no se ha planteado la protección del autónomo no societario como sujeto vulnerable en su actividad profesional, pues se le presume un estatus en el mercado equivalente al del resto de los operadores económicos³⁴.

A pesar de todo, con el paso del tiempo la regulación del trabajo por cuenta propia y por cuenta ajena ha ido convergiendo en ciertas materias relacionadas con la libre circulación. Así sucedió respecto de la conservación de derechos de Seguridad Social derivados del ejercicio de una actividad productiva³⁵ y de la

³¹ Artículos 49 TFUE y 56 TFUE.

³² Artículo 45 TFUE.

³³ STJCE de 30 de noviembre de 1995, C-55/94, *Gebhard*, par. 25.

³⁴ Véase al respecto la STJCE de 20 de noviembre de 2001, C-268/99, *Jany* y otras. La única excepción a este juicio la constituye la Directiva 86/653/CEE del Consejo de 18 de diciembre de 1986 relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, en la que además de garantizar la seguridad de las operaciones comerciales en el mercado interior, se regulan aspectos típicamente “sociales”, como la remuneración del agente, el preaviso y la indemnización por fin de contrato.

³⁵ Reglamento (CEE) 1390/81 del Consejo, de 12 de mayo de 1981, por el que se amplía a

libre circulación de personas y libertad de residencia en el territorio de la Unión, donde el concepto de ciudadanía ha servido para aglutinar bajo la misma lente jurídica cualquier tipo de actividad productiva que confiera el derecho a entrar y permanecer en otro Estado miembro³⁶.

También bajo las exigencias de la libre circulación en el mercado interior, las normas que persiguen la igualdad de trato entre hombres y mujeres se dirigieron muy pronto tanto al trabajo por cuenta ajena como al trabajo por cuenta propia³⁷. Y aunque el reconocimiento por parte del Tribunal de Justicia de la igualdad como un principio general del Derecho de la Unión y un derecho fundamental ha conducido a lo largo de los años a un enfoque autónomo, que sobrepasa las estrictas coordenadas del mercado interior, el trabajo por cuenta propia no ha dejado de formar parte del ámbito de aplicación de la normativa antidiscriminatoria, ni siquiera cuando, con base en un nuevo título competencial, esta se amplió para abordar más causas de discriminación³⁸.

La atención marginal que ha recibido el trabajo autónomo en el Derecho de la Unión Europea contrasta con la prestada al trabajo asalariado, sobre el que existe una amplia legislación derivada que no solo se funda en la libre circulación, sino también en el título de Política Social incorporado de forma definitiva al Derecho primario mediante el Tratado de Ámsterdam. Aunque las normas

los trabajadores no asalariados y a los miembros de su familia el Reglamento (CEE) 1408/71. En la actualidad, el Reglamento (CE) 883/2004, de 29 de abril, de coordinación de los sistemas de Seguridad Social comprende dentro de su ámbito de aplicación tanto el trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena. Asimismo, hay que tener en cuenta la Directiva 1998/49/CE, de 29 de junio, de protección de los derechos de pensión complementaria de los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia que se desplazan dentro de la Comunidad.

³⁶ Directiva 2004/38/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 29 de abril de 2004, relativa al derecho de los ciudadanos de la Unión y de los miembros de sus familias a circular y residir libremente en el territorio de los Estados miembros.

³⁷ Directiva 1976/207/CEE, de 9 de febrero, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 1986/378/CEE, de 24 de julio, sobre aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en los regímenes profesionales de seguridad social y Directiva 1979/7/CEE, de 19 de diciembre, sobre aplicación progresiva del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en materia de seguridad social. Las dos primeras han quedado actualmente refundidas en la Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio. En todo caso, también se elaboró una directiva para garantizar la igualdad por razón de sexo dentro de las actividades por cuenta propia. Se trata de la Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

³⁸ Directiva 2000/43/CE, de 29 de junio, de aplicación del principio de igualdad de trato de las personas independientemente de su origen racial o étnico y Directiva 2000/78/CE, de 27 de noviembre, de establecimiento de un marco general para la igualdad de trato en el empleo y la ocupación, dictadas al amparo del artículo 19 TFUE.

dictadas en el contexto de la libre circulación de trabajadores responden a la lógica integracionista y ultraliberal del mercado interior, sirviendo incluso a los objetivos de la libertad de establecimiento y la libre prestación de servicios, el deseo de aplacar las críticas al extremo economicismo de la Comunidad Europea mediante la instauración del “modelo social europeo”, basado en un alto nivel de calidad en las condiciones de trabajo y de protección social, fue la semilla, durante los años noventa, de una legislación protectora de determinados aspectos del trabajo asalariado³⁹.

Buena parte de la normativa de política social, constituida por directivas de mínimos que persiguen la armonización de la legislación laboral de los Estados miembros en torno a un suelo mínimo de derechos, ha sido adoptada con base en el artículo 153 TFUE. Hay varias razones que inducen a pensar que las competencias atribuidas por este precepto a la Unión Europea se refieren fundamentalmente al trabajo asalariado, como la mención del artículo 151 TFUE a la Carta Social Europea y a la Carta comunitaria de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores, el tenor literal de algunos apartados del artículo 153.1, o la historia relativa a su génesis⁴⁰.

Pero hay también argumentos para afirmar lo contrario. Por ejemplo, los apartados c), h), i), j) y k), referidos a seguridad y protección social, integración de personas excluidas del mercado laboral, igualdad de trato y de oportunidades entre hombres y mujeres en el mercado laboral y en el trabajo, lucha contra la exclusión social y modernización de los sistemas de protección social, se refieren a materias que sobrepasan los márgenes del trabajo asalariado. Además, hay al menos dos directivas aplicables a trabajadores autónomos que han sido adoptadas con base en el título competencial del artículo 153 TFUE. Se trata de la Directiva que recoge el acuerdo de los interlocutores sociales relativo a la aplicación del Convenio de la OIT sobre el trabajo en la pesca, que hace uso del procedimiento regulado en el artículo 155.2 TFUE⁴¹, y de la Directiva de ordenación del

³⁹ Comunicación de la Comisión al Consejo, al Parlamento Europeo, al Comité Económico y Social y al Comité de las Regiones, *Políticas sociales y de empleo - Un marco para invertir en la calidad*, Bruselas, 20.6.2001, COM(2001) 313 final. También el principio 5.c) del *Pilar Europeo de Derechos Sociales* reitera el compromiso por la calidad de las condiciones de trabajo. Sobre el largo proceso evolutivo que culmina con la introducción del título de política social en el Tratado de Ámsterdam, véase Barnard, C., *EU Employment Law*, fourth edition, Oxford University Press (2012) 8-35 y Schmitt, M., “La recomposition du droit du travail de l’Union européenne”, *Droit Social*, 9 (2016) 704-707.

⁴⁰ Barnard, C., “EU ‘Social’ Policy: from employment law to labour market reform”, *The evolution of EU Law*, Craig, P. y De Búrca, G. (eds.), second edition, Oxford University Press (2011) 642-658.

⁴¹ Siguiendo el ejemplo del Convenio 188 OIT, el trabajo autónomo se integra junto con el asalariado en el ámbito de aplicación la Directiva (UE) 2017/159 del Consejo, de 19 de diciembre de 2016, por la que se aplica el Acuerdo relativo a la aplicación del Convenio sobre el trabajo

tiempo de trabajo de los servicios prestados en el sector de los transportes, cuyas bases jurídicas son tanto el artículo 153 como el artículo 91 TFUE⁴². Precisamente, el Reino de España y la República de Finlandia impugnaron esta última norma alegando que los artículos mencionados no conferían competencias a la Comunidad Europea para legislar en materia de trabajo autónomo. El Tribunal de Justicia rechazó esta impugnación apoyándose en el artículo 91 TFUE, y por ello no consideró necesario pronunciarse sobre si el artículo 153.2 TFUE proporcionaba también un fundamento jurídico adecuado para la regulación de una actividad por cuenta propia⁴³. Así pues, tal posibilidad no ha sido confirmada expresamente, pero tampoco ha quedado descartada⁴⁴.

Por último, hay que añadir que las directivas más recientes de igualdad de trato entre hombres y mujeres, referidas tanto al trabajo por cuenta propia como por cuenta ajena, se han adoptado sobre la base jurídica proporcionada por el artículo 157.3 TFUE, también ubicado en el título de Política Social⁴⁵.

Con todo, no cabe duda de que la mayor parte de las directivas de armonización en materia social se dirigen al trabajo asalariado. Por consiguiente, el acervo

en la pesca de 2007 de la Organización Internacional del Trabajo. También es de aplicación a los trabajadores autónomos la Directiva 93/103/CE del Consejo, de 23 de noviembre de 1993, relativa a las disposiciones mínimas de seguridad y de salud en el trabajo a bordo de los buques de pesca, si bien su base legal es el artículo 118 A TCE, anterior a la incorporación del Título de Política Social.

⁴² Aunque la Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo, de ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera se aplica inicialmente solo a los trabajadores asalariados, su artículo 2 ya preveía su extensión a los conductores autónomos a partir del 23 de marzo de 2009. Si bien de forma más ambigua, la Directiva 1999/63/CE, de 21 de junio, que contiene el Acuerdo de 30 septiembre 1998 sobre la ordenación del tiempo de trabajo de la gente de mar suscrito por la Asociación de Armadores de la Comunidad Europea (ECSA) y la Federación de Sindicatos del Transporte de la Unión Europea (FST), también parece recoger en su ámbito de aplicación el empleo autónomo.

⁴³ STJCE de 9 de septiembre de 2004, C-184/02 y C-223/02, Reino de España y República de Finlandia c. Parlamento Europeo y Consejo de la Unión Europea, par. 24-44.

⁴⁴ Con anterioridad a ambas normas, ya la Directiva 86/653/CEE del Consejo, de 18 de diciembre de 1986, relativa a la coordinación de los derechos de los Estados Miembros en lo referente a los agentes comerciales independientes, dictada con base en los artículos del Tratado de Roma sobre libertad de establecimiento y aproximación de las legislaciones –artículo 57 y 100-, declaraba no obstante “inspirarse” en los principios del artículo 117 del Tratado –precedente del actual artículo 151 TFUE-.

⁴⁵ Directiva 2002/73/CE, de 23 de septiembre, que modifica la Directiva 76/207/CEE, de 9 febrero de 1976, relativa a la aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres en lo que se refiere al acceso al empleo, a la formación y a la promoción profesionales, y a las condiciones de trabajo; Directiva 2006/54/CE, de 5 de julio, de aplicación del principio de igualdad de oportunidades e igualdad de trato entre hombres y mujeres en asuntos de empleo y ocupación (refundición) y Directiva 2010/41/UE, de 7 de julio, de aplicación del principio de igualdad de trato entre hombres y mujeres que ejercen una actividad autónoma, y que deroga la Directiva 86/613/CEE del Consejo.

normativo más representativo del título de Política Social permanece confinado en dicho contexto, sin que en esta materia se haya dado una convergencia hacia el trabajo autónomo similar a la observada en la libre circulación de personas.

Sin embargo, hay una preocupación evidente en la Unión Europea por el trabajo vulnerable, así como la conciencia de que en muchas ocasiones los trabajadores autónomos se encuentran en una situación de debilidad comparable con la de los trabajadores asalariados. Así lo manifiesta, por ejemplo, la reciente Recomendación del Consejo, de 8 de noviembre de 2019, relativa al acceso a la protección social para los trabajadores por cuenta ajena y los trabajadores por cuenta propia, aprobada precisamente en uso de las competencias conferidas a la Unión Europea por los artículos 153.2 y 153.1.c) TFUE para apoyar y complementar las actividades de los Estados miembros en el ámbito de la seguridad social y la protección social de los trabajadores⁴⁶.

Asimismo, son reveladores de la citada preocupación algunos pronunciamientos del Tribunal de Justicia sobre libre circulación de personas semi-activas. En particular, la reciente sentencia *Daknevičiute* indica que una mujer que deja de ejercer una actividad por cuenta propia debido a las limitaciones físicas relacionadas con el embarazo y el parto no pierde su condición de trabajadora autónoma, siempre que reanude su actividad o encuentre un empleo asalariado dentro de un periodo razonable tras el nacimiento del hijo⁴⁷. De esta manera, el TJUE extrapola al empleo autónomo la conclusión alcanzada años atrás respecto del trabajo asalariado en la sentencia *Saint-Prix*⁴⁸, afirmando que los artículos 45 y 49 TFUE proporcionan la misma protección jurídica y que, por lo tanto, la calificación del modo de ejercer la actividad económica es irrelevante. Es más, el Tribunal recupera un argumento utilizado en la sentencia *Gusa*, a tenor del cual las personas que ejercen una actividad por cuenta ajena y las que ejercen una actividad por cuenta propia se encuentran en una situación de vulnerabilidad comparable cuando se ven obligadas a dejar su actividad, de modo que no pueden recibir un trato diferente en lo relativo al mantenimiento de su derecho de residencia en el Estado miembro de acogida⁴⁹.

Es curioso que la equiparación de derechos entre trabajadores asalariados y autónomos vulnerables –una esteticista y un escayolista en las sentencias

⁴⁶ 2019/C 387/01. La recomendación se alinea con el punto 12 del Pilar Europeo de Derechos Sociales, a tenor del cual “con independencia del tipo y la duración de su relación laboral, los trabajadores por cuenta ajena y, en condiciones comparables, los trabajadores por cuenta propia, tienen derecho a una protección social adecuada”.

⁴⁷ STJUE de 19 de septiembre de 2019, C-544/18, *Daknevičiute*, par. 31-41.

⁴⁸ STJUE de 19 de junio de 2014, C-507/12, *Saint Prix*.

⁴⁹ En la sentencia *Gusa* se equiparaba la situación de vulnerabilidad de un autónomo que se ve obligado a dejar su actividad con la de un trabajador por cuenta ajena despedido, indicando que

citadas- se esté produciendo en el marco de la libre circulación, vinculado tradicionalmente a tendencias liberalizadoras, y no en el de la política social, gracias al impulso del concepto de ciudadanía europea. Aunque las sentencias *Daknevičiute* y *Gusa* no invocan los derechos fundamentales de la Carta, no cabe duda de que el enfoque implícito en todo el razonamiento es que los migrantes no son solo factores de producción que contribuyen al desarrollo de la economía del Estado de acogida y a los objetivos del mercado único, sino que son también personas portadoras de derechos humanos y fundamentales⁵⁰. Y tales derechos –en este caso igualdad de trato y no discriminación por razón de sexo y nacionalidad, y libre circulación y residencia- deben operar de la misma forma frente a todo tipo de trabajo personal vulnerable, sin que las diferencias en el contrato o en el modo de ejecutar la actividad productiva justifiquen su falta de aplicación.

El interrogante que se abre es si este enfoque que está presente, como se ha visto, en algunos ámbitos de la libre circulación, la protección social, la pesca o los transportes podría permear otras materias de la política social, y en especial aquellas relacionadas con los derechos sociales fundamentales.

4. EFICACIA JURÍDICA DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

4.1. La fractura entre la dimensión personal de los derechos en la Carta y el ámbito de aplicación del Derecho social europeo

Una de las sustanciales diferencias entre la CDFUE y otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos reside en el ámbito material en el que opera. Mientras los convenios internacionales obligan al Estado que los suscribe a respetar los derechos humanos en la totalidad de sus actuaciones, la operatividad de la Carta se ciñe a la aplicación del Derecho de la Unión, sin alcanzar aquellos ámbitos en los que los Estados miembros conservan su soberanía. A este respecto, el artículo 51.2 insiste rotundamente en que la Carta no amplía el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión más allá de las competencias reconocidas

“en tales circunstancias, no estaría justificado que dicha persona no goce, por lo que respecta al mantenimiento de su derecho de residencia, de la misma protección que aquella de la que disfruta quien ha dejado de ejercer una actividad por cuenta ajena” (STJUE de 20 de diciembre de 2017, C-442/16, *Gusa*, par. 43).

⁵⁰ Barnard, C. y Peers, S., *European Union Law*, second edition, Oxford University Press (2017) 371.

en los Tratados, ni crea o modifica el cuadro de competencias establecido en el Derecho originario.

Como era de esperar, esta configuración es la fuente de una aguda e irresoluble tensión entre la aspiración de universalidad inherente a la naturaleza de los derechos fundamentales y el principio de atribución de competencias que estructura el orden jurídico de la Unión Europea⁵¹.

Para comprender el especial diseño de la eficacia jurídica de la Carta hay que recordar que la progresiva absorción de los derechos fundamentales en el ordenamiento de la Unión Europea –primero a través de su reconocimiento jurisprudencial como principios generales y más tarde con su incorporación a un texto articulado– obedeció a la necesidad de reafirmar la supremacía del Derecho comunitario frente a la desconfianza manifestada por algunos tribunales constitucionales, que percibieron en él una amenaza para sus derechos fundamentales⁵². Puesto que la Unión Europea carece de competencias en materia de derechos fundamentales, la elaboración de la Carta recayó en una Convención constituida con esta finalidad, cuya labor consistió en reunir en un único texto los derechos fundamentales resultantes de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros y de los principales tratados internacionales suscritos por éstos. De este modo, los derechos recogidos en la Carta se erigieron como un escudo para limitar los poderes de las instituciones europeas⁵³.

La solución de compromiso plasmada en el artículo 51 pretende superar la tensión creada entre la primacía del Derecho comunitario, descartando que éste sea una amenaza para los derechos fundamentales, y el principio de atribución que vertebra el reparto competencial entre los Estados miembros y la Unión⁵⁴, pues una hipotética exigencia de respeto de los derechos de la Carta en todas las actuaciones en las que éstos puedan verse involucrados supondría una

⁵¹ Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, *Maastricht Faculty of Law Working Paper*, 5 (2012) 17 y Nascimbene, B., “Il principio di attribuzione e l’applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l’orientamento della giurisprudenza”, *Rivista di diritto internazionale*, 98, 1 (2015) 58.

⁵² Smismans, S., “The European Union’s Fundamental Rights Myth”, *Journal of Common Markets Studies*, 48, 1 (2010) 57 y Huber, P. M. “Estatalidad abierta: un análisis comparado”, en Von Bogdandy, A., Cruz Villalón, P. y Huber, P. M., *El Derecho Constitucional en el espacio jurídico europeo*, Tirant Lo Blanch, Valencia (2013) 108-111.

⁵³ De Schutter, O., “The CFREU and its specific role to protect fundamental social rights”, cit., 37.

⁵⁴ Conclusiones de la Abogada General E. Sharpston, 30 de septiembre de 2010, C-34/09, Ruiz Zambrano, par. 162.

intromisión de la Unión Europea en las áreas sobre las que los Estados conservan plena soberanía⁵⁵.

El particular carácter de la Carta se aprecia igualmente en el extraordinario lugar que ocupa dentro de la arquitectura constitucional de la UE. Aunque el artículo 6.1 TUE le atribuye el mismo valor jurídico que los Tratados, no está claro si existe una relación de jerarquía o precedencia entre estos y la Carta, pareciendo más bien que se trata de una norma “supra-primaria” con una lógica interna propia que, sin embargo, garantiza la coherencia con los Tratados y con la legislación derivada⁵⁶.

Todo ello explica ciertas asimetrías, como la que existe entre el repertorio de derechos fundamentales y su extensión en la Carta, por un lado, y las competencias atribuidas a la Unión Europea en el TFUE, por otro. La proclamación de los derechos fundamentales de la Carta no estuvo condicionada por las competencias de la Unión Europea, puesto que su pretensión era, como ya se ha dicho, recoger el patrimonio axiológico común de los Estados miembros. Por esta razón la Carta incluso reconoce derechos fundamentales sobre materias en las cuales la Unión Europea no tiene competencias o las tiene compartidas⁵⁷. Ahora bien, aunque la formulación de los derechos fundamentales en la Carta sea muy amplia, es posible que su efectividad se vea recortada al tener que encauzarse necesariamente a través del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, por lo general más reducido.

La falta de una competencia de la Unión Europea en materia de derechos fundamentales y la consiguiente necesidad de que estos se apliquen de manera transversal a través de las competencias ya existentes impide un desarrollo completo y armónico de los derechos fundamentales a nivel europeo, abocándolos

⁵⁵ Con el riesgo de sustituir el pluralismo constitucional que caracteriza al marco constitucional europeo, en el que se insertan las Constituciones de los veintisiete Estados miembros más el Derecho originario de la Unión, por un activismo judicial que podría acabar sofocando las tradiciones constitucionales nacionales (Cartabia, M., “Europe and Rights: Taking Dialogue Seriously”, *European Constitutional Law Review*, 5, 1 (2009) 17-24).

⁵⁶ Rossi, L. S., “¿Same legal value as the Treaties?” Rank, Primacy, and Direct Effects of the EU Charter of Fundamental Rights”, *German Law Journal*, 18-4 (2017) 772 y Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter- Are they Rights? Are they Fundamental?”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1713.

⁵⁷ Por ejemplo, aunque la Unión Europea no tiene competencias para regular el derecho de asociación y sindicación, ni medidas de conflicto colectivo, como el cierre patronal y la huelga, estos derechos están reconocidos en los artículos 12 y 28 CDFUE.

a una fragmentación especialmente acusada en aquellas áreas con competencias compartidas, como la Política social⁵⁸.

En efecto, aunque la mayor parte de los derechos del capítulo “Solidaridad” conectan con las competencias enumeradas en el artículo 153 TFUE, no todas ellas han sido objeto de desarrollo legislativo, debido en parte al alto nivel de exigencia del procedimiento legislativo especial sobre el que pesa la regla de unanimidad. Esta circunstancia bloquea la eficacia práctica de tales derechos, pues el Tribunal de Justicia ha dejado claro que el mero título competencial no es suficiente por sí mismo para desencadenar la aplicabilidad de los derechos de la Carta⁵⁹. Además, en una muy reciente sentencia recaída en el marco de la política social, el Tribunal de Justicia aclara que cuando una directiva de mínimos reconoce la facultad de los Estados miembros de establecer disposiciones nacionales más favorables, estas se dictan en el ejercicio de la competencia que conservan los Estados, sin quedar incluidas en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión. Por consiguiente, los derechos fundamentales de la Carta no operan respecto de tales disposiciones⁶⁰.

Finalmente, por lo que respecta a la dimensión personal de los derechos fundamentales, el hecho de que la práctica totalidad de la legislación derivada de la Política Social se refiera al trabajo asalariado impide la operatividad de los derechos sociales fundamentales para los trabajadores autónomos vulnerables, aunque parezca claro que su formulación en la Carta comprende todo tipo de trabajo personal productivo. Ahora bien, ello no comporta de forma definitiva la exclusión del empleo autónomo vulnerable del ámbito de aplicación de los derechos fundamentales, sino que es preciso detenerse en el examen del ámbito subjetivo de aplicación de las Directivas sociales.

4.2. El ámbito subjetivo de aplicación de las directivas sociales y el concepto supranacional de trabajador

El ámbito de aplicación personal de las directivas sociales que tienen conexiones con algún derecho fundamental de la Carta no se define siempre de la misma manera. Mientras la mayor parte de ellas se remite a las definiciones

⁵⁸ Spaventa, E., “Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system”, *Common Market Law Review*, 55 (2018) 997, 998.

⁵⁹ STJUE de 10 de julio de 2014, C-198/13, Hernández, par. 36 y 46.

⁶⁰ STJUE de 19 de noviembre de 2019 (Gran Sala), C-609/17 y C-610/17, *TSN* y *AKT*, par. 46-55.

de trabajador, contrato de trabajo o relación laboral vigentes en cada Estado miembro⁶¹, solo unas pocas no contienen ninguna alusión al respecto⁶².

Ahora bien, que el ámbito de aplicación de las directivas sea el trabajo por cuenta ajena es especialmente problemático para la evaluación de su correcta trasposición en un momento como el actual, de enormes incertidumbres respecto de las fronteras entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia. Aunque el concepto de trabajador es similar en los Estados miembros, asentándose sobre una interpretación semejante de las notas de dependencia y ajenidad, sus contornos no siempre coinciden, como muestran sin ir más lejos las distintas respuestas judiciales que está recibiendo en cada Estado la calificación de los servicios prestados en plataformas digitales⁶³.

A esto hay que añadir que, para hacer frente a los desafíos de las nuevas formas de organización productiva, aceleradas por la economía digital, varios

⁶¹ Artículos 2.1.d) y 2.2 de la Directiva 2001/23/CE del Consejo, de 12 de marzo de 2001, sobre la aproximación de las legislaciones de los Estados miembros relativas al mantenimiento de los derechos de los trabajadores en caso de traspasos de empresas, de centros de actividad o de partes de empresas o de centros de actividad; artículo 2.2 de la Directiva 2008/94/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de octubre de 2008, relativa a la protección de los trabajadores asalariados en caso de insolvencia del empresario; cláusula 2.1 de la Directiva 97/81/CE del Consejo, de 15 de diciembre de 1997, relativa al Acuerdo marco sobre el trabajo a tiempo parcial concluido por la UNICE, el CEEP y la CES; cláusula 2.1 de la Directiva 1999/70/CE del Consejo, de 28 de junio de 1999, relativa al Acuerdo marco de la CES, la UNICE y el CEEP sobre el trabajo de duración determinada; artículo 3.1 de la Directiva 2008/104/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 19 de noviembre de 2008, relativa al trabajo a través de empresas de trabajo temporal; artículo 1.1 de la Directiva 91/533/CEE del Consejo, de 14 de octubre de 1991, relativa a la obligación del empresario de informar al trabajador acerca de las condiciones aplicables al contrato de trabajo o a la relación laboral; artículo 2.d) de la Directiva 2002/14/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, por la que por la que se establece un marco general relativo a la información y a la consulta de los trabajadores en la Comunidad Europea.

⁶² Directiva 98/59/CE del Consejo, de 20 de julio de 1998, sobre aproximación de las legislaciones de los Estados miembros que se refieren a los despidos colectivos; Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, sobre determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo; y Directiva 92/85/CEE del Consejo, de 19 de octubre de 1992, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud en el trabajo de la trabajadora embarazada, que haya dado a luz o en período de lactancia. Excepcionalmente, el artículo 3 de la Directiva 89/391/CEE del Consejo, de 12 de junio de 1989, relativa a la aplicación de medidas para promover la mejora de la seguridad y de la salud de los trabajadores en el trabajo, incorpora un concepto de trabajador muy poco perfilado.

⁶³ Una visión exhaustiva y actualizada de los principales pronunciamientos judiciales en el ámbito internacional puede encontrarse en Beltrán de Heredia Ruiz, I., “Employment status of platform workers (national courts decisions overview – Argentina, Australia, Belgium, Brazil, Chile, France, Italy, Nederland, Panama, Spain, Switzerland, United Kingdom, United States & Uruguay)”, <https://ignasibeltran.com/2018/12/09/employment-status-of-platform-workers-national-courts-decisions-overview-australia-brazil-chile-france-italy-united-kingdom-united-states-spain/> (último acceso 2-12-2019).

Estados han introducido en sus ordenamientos categorías a medio camino entre el trabajo autónomo y el asalariado –*worker*, TRADE, *collaboratore eterorganizzato*, *Arbeitnehmerähnliche Person*– que, si bien no rompen el modelo binario desde un punto de vista formal, pues estos trabajadores suelen clasificarse como autónomos, sí lo hacen desde un punto de vista material, ya que son titulares de una serie de derechos similares a los que disfrutaban los trabajadores asalariados⁶⁴. Todo ello plantea el interrogante de si estas categorías mixtas deben entrar en el ámbito de aplicación de las Directivas sociales o no y, por lo tanto, si quedan bajo la cobertura de los derechos sociales fundamentales.

El riesgo de una armonización asimétrica debida a las diferencias nacionales en el manejo de conceptos jurídicos clave es frecuente en las directivas que promueven una armonización de mínimos⁶⁵. Para combatir dicho riesgo y garantizar una integración nivelada, reduciendo el margen de apreciación de las autoridades estatales, el Tribunal de Justicia suele recurrir al uso de conceptos autónomos del Derecho de la Unión. A través de esta técnica, el Tribunal determina el alcance de ciertas nociones estratégicas para la correcta armonización de las legislaciones, imponiendo a los Estados miembros dicha interpretación a los solos efectos de la trasposición y aplicación de la directiva⁶⁶. Precisamente, esta ha sido la estrategia adoptada para garantizar una trasposición uniforme de las directivas sociales en torno a un concepto supranacional de trabajador que delimita su ámbito de aplicación personal por encima de las diferencias nacionales.

Aunque el concepto autónomo de trabajador no difiere demasiado de los que operan en los Estados miembros, al basarse igualmente en la dependencia y en la ausencia de riesgos, sus contornos son algo más amplios, pues en diversas ocasiones ha permitido incluir en el ámbito de aplicación de las directivas sociales y del derecho a la libre circulación de trabajadores a personas que no tenían la condición de trabajador en el Estado en el que prestaban servicios. Así ha sucedido con los funcionarios públicos⁶⁷, con miembros de consejos de

⁶⁴ Risak, M. y Dullinger, T., “The concept of «worker» in EU law. *Status quo* and potential for change”, *European Trade Union Institute Report*, 140 (2018) 14-16. En relación con el *collaboratore eterorganizzato* en las plataformas digitales, véase Novella, M., “Il rider non è lavoratore subordinato, ma è tutelato come se lo fosse”, *Labour & Law Issues*, 5, 1 (2019) 96-101.

⁶⁵ Sobre este problema en el ámbito de las directivas antidiscriminatorias véase Spaventa, E., “Should we “harmonize” fundamental rights in the EU? Some reflections about minimum standards and fundamental rights protection in the EU composite constitutional system”, cit., 1011.

⁶⁶ Mancano, L., “Judicial Harmonisation through Autonomous Concepts of European Union Law. The Example of the European Arrest Warrant Framework Decision”, *European Law Review*, n. 1 (2018) 69-77.

⁶⁷ Por ejemplo, Auto TJUE de 7 de abril de 2011, C-519/09, *Dieter May*, par. 25-26.

administración⁶⁸, altos cargos⁶⁹, miembros de una fundación cedidos sin contrato de trabajo⁷⁰, voluntarios⁷¹, personal en prácticas no remuneradas⁷² y trabajadores autónomos vulnerables⁷³.

Pero, si bien este concepto puede aplicarse sin cortapisas a las pocas directivas que no definen su ámbito de aplicación personal, el Tribunal ha debido ser muy prudente cuando la norma europea se remite expresamente al alcance de la noción de trabajador en los ordenamientos internos⁷⁴. En estos supuestos, para evitar ser acusado de impulsar una armonización judicial encubierta de un aspecto reservado a la soberanía de los Estados miembros, el Tribunal de Justicia ha debido invocar, entre otros argumentos, el efecto útil de la directiva, que se vería menoscabado si los Estados pudiesen limitar de manera excesiva e injustificada el ámbito de aplicación personal de las normas de trasposición⁷⁵. En todo caso, las sentencias del Tribunal de Justicia que analizan la operatividad del concepto autónomo de trabajador en este grupo de directivas muestran una línea quebradiza, en la que pronunciamientos más atrevidos en la imposición del concepto supranacional se alternan con otros en los que nuevamente vuelve a ser preponderante el alcance de esta noción en la legislación interna⁷⁶.

Esa tensión entre la delimitación del ámbito subjetivo del Derecho social europeo y el Derecho social de los Estados miembros toma cuerpo de una manera novedosa en las dos directivas aprobadas en junio de 2019, sobre condiciones de trabajo transparentes y previsibles y conciliación de la vida laboral y familiar. Con un tenor literal prácticamente idéntico, ambas normas se manifiestan aplicables a todos los trabajadores de la Unión que tengan un contrato de trabajo o una relación laboral conforme a la legislación, los convenios colectivos o la práctica de cada Estado miembro, tomando en consideración la jurisprudencia del Tribunal de Justicia⁷⁷. La apostilla final, en clara referencia al concepto suprana-

⁶⁸ SSTJUE de 11 de noviembre de 2010, C-232/09, *Danosa*, par. 44-51; de 9 de julio de 2015, C-229/14, *Balkaya*, par. 34-43; de 10 de septiembre de 2015, C-47/14, *Holterman Ferho*, par. 47; y de 11 de abril de 2019, C-603/17, *Bosworth y Hurley*, par. 30-33

⁶⁹ STJUE de 10 de septiembre de 2014, C-270/13, *Haralambidis*, par. 26-41.

⁷⁰ STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Ruhrlandklinik*, par. 34-37.

⁷¹ STJUE de 21 de febrero de 2018, C-518/15, *Matzak*, par. 28-31.

⁷² STJUE de 9 de julio de 2015, C-229/14, *Balkaya*, par. 49-52.

⁷³ STJCE de 13 de enero de 2004, C-256/01, *Allonby*, par. 71; STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, par. 38; y de 29 de noviembre de 2017, C-214/16, *King*.

⁷⁴ *In extenso*, Martínez Yáñez, N. M., “Abordando el autoempleo precario desde la Unión Europea: sinergias entre el concepto de trabajador y la eficacia horizontal de los derechos fundamentales”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social. CEF*, 440 (2019) 29-32.

⁷⁵ STJUE de 17 de noviembre de 2016, C-216/15, *Ruhrlandklinik*, par. 34-37.

⁷⁶ Confróntese la sentencia *Ruhrlandklinik* con la reciente sentencia de 13 de junio de 2019, C-317/18, *Correia Moreira*.

⁷⁷ Artículo 1.2 de la Directiva (UE) 2019/1152, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20

cional de trabajador acuñado por el Tribunal de Justicia, surge como una solución de compromiso, al fracasar el intento de plasmar en el texto legal el concepto de trabajador definido en la sentencia *Lawrie-Blum*, que actúa como *leading case* en esta materia. Sin embargo, la fórmula es más incisiva de lo que parece, pues en virtud del principio de primacía, el concepto supranacional prevalecerá sobre el interno si ambos colisionan, a efectos de determinar el ámbito de aplicación de las directivas. Es decir, los Estados no deberían pasar por alto al llevar a cabo la trasposición que si el concepto interno de trabajador es más restrictivo, la directiva obliga a extender su protección más allá de los límites de la relación laboral, para alcanzar a todos los que se consideren trabajadores de acuerdo con la jurisprudencia del Tribunal de Justicia, como viene sucediendo con las directivas que no han acotado expresamente su ámbito subjetivo de aplicación⁷⁸.

5. EL RETO DE REDIMENSIONAR LA POLÍTICA SOCIAL A LA LUZ DE LOS DERECHOS SOCIALES FUNDAMENTALES

Ya se ha indicado que la CDFUE se limita a reconocer que los derechos fundamentales son parte esencial del patrimonio del individuo en sus relaciones con la Unión⁷⁹. Por eso, su función inicial consistió en garantizar la compatibilidad de la legislación de la UE con los derechos fundamentales, a fin de que pudiesen ser declarados inválidos los actos disconformes⁸⁰. Sin embargo, esa función de los derechos fundamentales como un filtro negativo de legalidad no es suficiente en el orden instaurado por el Tratado de Lisboa, que impone a las instituciones de la Unión Europea un papel proactivo en la defensa de los valores relacionados con los derechos fundamentales⁸¹.

Es preciso recordar aquí que el artículo 2 TUE proclama como fundamentos de la Unión Europea la dignidad humana, la libertad, la democracia, la igualdad, el Estado de Derecho y el respeto de los derechos humanos. De conformidad con ello, el artículo 3.3 TUE indica que la Unión favorecerá una economía social de

de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea y artículo 2 de la Directiva (UE) 2019/1158, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a la conciliación de la vida familiar y la vida profesional de los progenitores y los cuidadores, y por la que se deroga la Directiva 2010/18/UE del Consejo.

⁷⁸ Véase el apartado III de la Comunicación interpretativa sobre la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo (2017/C 165/01).

⁷⁹ Sarmiento, D., *El Derecho de la Unión Europea*, cit., 182.

⁸⁰ Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 10.

⁸¹ De Búrca, G., “The evolution of EU human rights law”, *The evolution of EU Law*, Craig, P. y De Búrca, G. (eds.), cit., 495. En la doctrina interna, recientemente, López Castillo, A., “Estudio introductorio”, cit., 58.

mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social, combatirá la exclusión social y la discriminación y fomentará la justicia y la protección sociales, la igualdad entre mujeres y hombres, así como la solidaridad entre las generaciones. Y, por su parte, los artículos 8, 9 y 10 TFUE encomiendan a las instituciones de la Unión tener en cuenta como principios transversales de todas sus actuaciones, incluidas la definición y ejecución de sus políticas y acciones, la igualdad y no discriminación por razón de sexo, la promoción de un nivel de empleo elevado con la garantía de una protección social adecuada, la lucha contra la exclusión social y contra diversas formas de discriminación, entre otros.

Este bloque de valores y derechos fundamentales, que conforman el núcleo del marco constitucional de la Unión Europea, unido a la atribución de valor jurídico vinculante a la Carta –artículo 6.1 TUE-, consolidan un rol más preeminente de los derechos fundamentales en el orden jurídico de la Unión y encomiendan a las instituciones europeas, y entre ellas al Tribunal de Justicia, una función activa como garantes de tales derechos⁸².

Muestra de esta nueva actitud ante los derechos fundamentales son los pronunciamientos mediante los que el Tribunal de Justicia complementa aspectos no desarrollados o no aclarados por el legislador europeo para garantizar su conformidad con los derechos fundamentales, llevando a cabo una labor interpretativa constructiva⁸³. Por ejemplo, en la sentencia *Chatzi*, en la que se debate si los progenitores de gemelos tienen derecho al mismo permiso parental que los progenitores de un solo hijo, el Tribunal de Justicia concluye que la cláusula 2.1 del Acuerdo marco, interpretada a la luz del derecho fundamental a la igualdad de trato del artículo 20 CDFUE, obliga al legislador nacional a establecer un régimen de permiso parental que tenga debidamente en cuenta las necesidades específicas de los progenitores de gemelos, aunque el Acuerdo no lo contemple expresamente⁸⁴. En la misma línea, la sentencia *Max-Planck-Gesellschaft*, sobre el derecho de vacaciones anuales retribuidas, extrae del artículo 7 de la Directiva 2003/88 y del artículo 31.2 CDFUE, una obligación de información del empresario a los trabajadores sobre los días de vacaciones devengados y su derecho a una compensación económica por las vacaciones no disfrutadas si se extingue

⁸² Aunque evidentemente, el peso central de la protección de los derechos fundamentales debe recaer en los órganos legislativos y políticos. Véase MUIR, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 9, 10 y Dawson, M., *The governance of EU fundamental rights*, Cambridge University Press (2017) 47.

⁸³ En el fondo, hay que ser conscientes de que la posición del TJUE hacia los derechos fundamentales siempre fue muy proactiva, pues fue el propio Tribunal el que, a través de su jurisprudencia, los incluyó en el orden jurídico de la UE como principios generales del Derecho de la Unión (Lenaerts, K. y Gutiérrez-Fons, J. A., “The place of the Charter in the EU Constitutional Edifice”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1559, 1560).

⁸⁴ STJUE de 16 de septiembre de 2010, C-149/10, *Chatzi*, par. 63 a 75.

la relación laboral⁸⁵. En ambos casos, a fin de garantizar el necesario respeto a un derecho fundamental, el TJUE extiende el alcance del Derecho secundario enunciando nuevas reglas vinculantes para los Estados miembros⁸⁶.

Además, muy recientemente el Tribunal de Justicia ha llevado a cabo una interpretación constructiva del artículo 51.1 CDFUE para permitir que los derechos de la Carta que tengan carácter incondicionado e imperativo, como el derecho de vacaciones anuales retribuidas, puedan desplegar eficacia directa horizontal entre particulares en caso de que se den las condiciones para ello, pese a que la Carta solo menciona como sus destinatarios a las instituciones y órganos de la Unión y a los Estados miembros, omitiendo cualquier referencia a los particulares⁸⁷. El TJUE vuelve a dar muestra de su capacidad para transformar el orden normativo de la Unión Europea, en este caso el propio alcance de la CDFUE, confiriendo a los individuos el poder de hacer efectivos algunos de sus derechos fundamentales cuando no estén suficientemente garantizados por la normativa europea o interna, y también, a su vez, imponiendo a los particulares que operan en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión el respeto de tales derechos.

Elementos como estos confirman que, a medida que la Unión avanza hacia una organización políticamente más integrada, el papel de los derechos fundamentales y la relevancia del individuo se van incrementando y ello produce una lenta pero firme transformación en la conformación y los equilibrios internos del Derecho de la Unión Europea⁸⁸.

En semejante contexto, la Política Social debe redimensionarse, atendiendo al objetivo prioritario de proteger la dignidad de la persona y los derechos fundamentales vinculados a ella, para dar paso a una lectura renovada de los estándares de protección del acervo social tradicional que incluya la verificación de que el ámbito de aplicación personal de las directivas es conforme con los derechos fundamentales⁸⁹.

⁸⁵ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-684/16, *Max-Planck-Gesellschaft*, par. 45, 46, 61. Al respecto, Bronzini, G., “Il “Trittico” della Corte di giustizia sul diritto alle ferie nel rilancio della Carta di Nizza”, cit., 11, 12.

⁸⁶ Sobre la capacidad del TJUE de transformar la legislación europea a través del recurso a los derechos fundamentales, véase Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 12.

⁸⁷ STJUE de 6 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-569/16 y C-570/16, *Bauer y Broßonn*. Sobre la jurisprudencia del Tribunal de Justicia a este respecto, véase Rossi, L. S., “La relazione fra Carta dei Diritti Fondamentali dell’Unione Europea e direttive nelle controversie orizzontali”, *Federalismi.it. Rivista di Diritto Pubblico italiano, comparato, europeo*, 10 (2019) 2-12.

⁸⁸ Sarmiento, D., “El efecto horizontal de las libertades de circulación de la Unión Europea”, *Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid*, 21 (2017) 147.

⁸⁹ Muir, E., “Drawing Positive Lessons from the Presence of ‘The Social’ Outside of EU Social Policy *Stricto Sensu*”, *European Constitutional Law Review*, 14, 1 (2018) 87.

Sin duda, el necesario respeto del contenido esencial de los derechos sociales fundamentales debe traducirse en una intensificación del control de las exclusiones personales y materiales previstas en el Derecho derivado⁹⁰. Pero dicho control no solo ha de tener por finalidad la declaración de invalidez de las exclusiones legales que se oponen a un derecho fundamental, en la línea apuntada por la sentencia *Test-Achats*⁹¹, sino también la comprobación de que en los supuestos en que no se aplica una directiva, en virtud de una excepción personal válida, se respeta el contenido esencial de los derechos fundamentales vinculados a ella, como pone de manifiesto la sentencia *Sindicatul Familia Constanța* en relación con la directiva de ordenación del tiempo de trabajo y los derechos fundamentales a la limitación de la jornada y a vacaciones anuales retribuidas del artículo 31.2 CDFUE⁹².

Otro elemento clave es el concepto autónomo de trabajador que delimita el ámbito de aplicación personal de las directivas sociales. Como pieza fundante del orden constitucional europeo, la Carta obliga a orientar la interpretación jurídica del Derecho de la Unión hacia un resultado lo más armónico posible con el respeto y la promoción de los derechos fundamentales⁹³. La inclusión de una categoría de personas que prestan servicios en el concepto autónomo de trabajador resulta de enorme trascendencia para la efectividad de los derechos sociales fundamentales, pues de ella depende que la relación se sitúe en el ámbito de aplicación del Derecho de la Unión, requisito exigido por el artículo 51 CDFUE para desencadenar la operatividad de los derechos sociales de la Carta. Por consiguiente, a la hora de interpretar el concepto de trabajador en relación con cada supuesto planteado, el Tribunal de Justicia debe tener en cuenta el mandato constitucional que le obliga

⁹⁰ Robin-Olivier, S., “The Scope of the Directives on Atypical Employment: Perspectives and Challenges”, *Annual Conference of the European Centre of Expertise (ECE) in the field of labour law, employment and labour market policies: The Personal Scope of Labour Law in Times of Atypical Employment and Digitalisation* (2017) 9. Sobre el necesario respeto del contenido esencial de los derechos fundamentales, véase Lenaerts, K., “Limits on Limitations: The Essence of Fundamental Rights in the EU”, *German Law Journal*, 20, 6 (2019) 779–793

⁹¹ STJUE de 1 de marzo de 2011, C-236/09, *Test-Achats*.

⁹² STJUE de 20 de noviembre de 2018 (Gran Sala), C-147/17, *Sindicatul Familia Constanța*, par. 83 a 86. En este caso, la noción amplia de trabajador adoptada por el TJUE en contra del criterio del Abogado General sitúa a los padres de acogida dentro del alcance de la legislación secundaria y, aunque ésta no sea de aplicación en virtud de una excepción, ello es suficiente para considerar que la situación cae dentro del ámbito de aplicación del Derecho de la Unión y entre en juego la protección dispensada por el artículo 31 CDFUE. Véase al respecto, Kenner, J., “Recent Court of Justice judgments on working time”, *ERA Forum*, 20 (2019) 263.

⁹³ Jääskinen, N., “Fundamental Social Rights in the Charter- Are they Rights? Are they Fundamental?”, *The EU Charter of Fundamental Rights. A Commentary*, cit., 1710, 1711 y Ruggieri, A., “La Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea e le tecniche decisorie idonee ad assicurarne la efficacia ed effettività”, *Rivista ordine internazionale e diritti umani*, 1 (2018) 21, 22.

a proteger los derechos fundamentales, así como la dimensión personal que estos tienen en la Carta, a fin de optar por la solución interpretativa que promueva en mayor medida el derecho afectado, siempre dentro del respeto de las reglas jurídicas en juego, en especial del tenor literal de la directiva en cuestión y de la propia jurisprudencia sobre el concepto de trabajador. Probablemente esto es lo que el Tribunal de Justicia ha venido haciendo ya en sentencias como *Sindicatul Familia Constanța*, *Allonby*, *Danosa*, o *King*.

La protección del empleo vulnerable por cuenta propia y la capacidad de que los derechos sociales fundamentales que la Carta atribuye a “todas las personas” o a “todos los trabajadores” puedan hacerse efectivos en tal contexto depende en buena medida de la amplitud conferida al concepto de trabajador en las directivas vinculadas con los derechos sociales fundamentales. Las directivas de junio de 2019 sobre conciliación de la vida familiar y la vida profesional, y condiciones laborales transparentes y previsibles, son especialmente interesantes porque invocan en sus preámbulos los derechos fundamentales a la igualdad entre hombres y mujeres –artículo 23 CDFUE-, a la conciliación de la vida laboral y familiar –artículo 33.2-, y a unas condiciones de trabajo justas y equitativas –artículo 31 CDFUE-, respectivamente. Tales invocaciones no son meramente ornamentales, sino que, por el contrario, refuerzan la exigencia de que el Tribunal de Justicia interprete la norma a la luz de los derechos fundamentales explícitamente mencionados en ella⁹⁴.

Pero la conjunción de la amplia dimensión personal de los derechos fundamentales de la Carta y la obligación del Tribunal de Justicia de orientar su labor interpretativa hacia su promoción se enfrenta con la opción del legislador de excluir el trabajo autónomo del ámbito de aplicación de las citadas directivas sociales. Y esta confrontación saca a la luz los dilemas que surgen en la articulación de la actuación de los poderes legislativo y judicial europeos en la promoción de los derechos fundamentales⁹⁵. Sin embargo, la referencia expresa a la jurisprudencia del Tribunal de Justicia sobre el concepto de trabajador en los artículos que definen el ámbito de aplicación personal de las Directivas 2019/1152 y 2019/1158 abre la puerta a la consideración como trabajador a efectos del Derecho de la Unión de personas que desempeñan trabajos atípicos y que carecen de esta consideración en el Derecho interno, como ya se ha hecho notar.

En el devenir de estas cuestiones, cada vez más acuciantes en un mercado de trabajo donde la distinción del empleo por cuenta propia y por cuenta ajena se torna fluida, no cabe excluir que la igualdad de trato, como derecho fundamental

⁹⁴ Así lo ha hecho ya el Tribunal de Justicia en otras ocasiones. Véase al respecto Muir, E., “The Court of Justice in the novel system for the protection of fundamental rights in the EU”, cit., 11-13.

⁹⁵ Dawson, M., *The governance of EU fundamental rights*, cit., 77-83.

y principio general del Derecho de la Unión, pase a desempeñar un papel determinante. Así, si se considera que el trabajador asalariado y el trabajador autónomo vulnerable están en una situación profesional comparable, la consecuencia es que no podrían ser objeto de un trato diferente. A este respecto, cabe traer de nuevo a colación los pronunciamientos *Gusa y Dakneciviute*, que parten de la verificación de una situación de vulnerabilidad comparable para extender a los trabajadores autónomos las reglas aplicables a los trabajadores asalariados en el marco de la libre circulación de personas. Igualmente, en la sentencia *FNV Kunsten* la comparación entre el modo en que prestan servicios los trabajadores asalariados de una orquesta y los músicos sustitutos se erige como criterio para determinar si estos pueden ser considerados trabajadores y no empresas a efectos del Derecho de la Unión⁹⁶.

Como ha puesto de manifiesto la OIT en su centenario, el futuro del trabajo se presenta incierto y cargado de importantes desafíos, también para el Derecho de la Unión Europea. Es probable que el camino hacia una economía social de mercado altamente competitiva, tendente al pleno empleo y al progreso social pase por una redefinición del ámbito de aplicación del acervo social y un uso más intenso de los derechos sociales fundamentales. Sin olvidar que ello también es necesario para combatir el *dumping social* al que conduce la huida del Derecho del Trabajo en los Estados miembros, comprometiendo el buen funcionamiento del mercado interior⁹⁷.

Ante tales retos, la naturaleza de derechos fundamentales de una serie de derechos laborales protegidos a nivel regional e internacional debería actuar como un catalizador para la expansión del ámbito de aplicación personal de áreas importantes del Derecho social europeo más allá del empleo asalariado⁹⁸. En ese proceso la CDFUE está llamada a desempeñar un rol más relevante y dinámico, no solo como un escudo sino como una espada capaz de empoderar a los más vulnerables⁹⁹.

⁹⁶ STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13, *FNV Kunsten*, par. 31 y 42.

⁹⁷ García Pechuán, M., “Artículo 28. Derecho de negociación colectiva y de acción colectiva”, *La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea. Diez años de jurisprudencia*, cit., 845, 846, Doherty, M. y Franca, V., “Solving the ‘Gig-saw’? Collective Rights and Platform Work”, *Industrial Law Journal*, en prensa y Cabeza Pereiro, J., “Negociación colectiva y derecho de la competencia: perspectiva europea”, en prensa.

⁹⁸ Kountouris, N., “The Concept of ‘Worker’ in European Labour Law: Fragmentation, Autonomy and Scope”, *Industrial Law Journal*, 47-2 (2018) 218.

⁹⁹ De Schutter, O., “The CFREU and its specific role to protect fundamental social rights”, cit., 37 y Dawson, M., *The governance of EU fundamental rights*, cit., 221-225.

EL TRABAJO AUTÓNOMO Y LOS SISTEMAS REPUTACIONALES*

ALEXANDRE PAZOS PÉREZ

*Profesor Contratado Doctor Interino de Derecho
del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: Reputación digital, trabajadores autónomos, derechos fundamentales, protección de datos.

Las plataformas digitales utilizan sistemas reputacionales para abaratar costes pero también para controlar a los trabajadores, delegando en los clientes de la supervisión y el control de los trabajadores mediante constantes evaluaciones que dan lugar a la reputación *online* o digital. Además las evaluaciones pueden dar lugar a discriminaciones que vulneren derechos fundamentales. Es necesario garantizar los derechos colectivos, el derecho a la desconexión digital, a la conciliación familiar y laboral, la protección de datos y la privacidad en el mercado digital.

ABSTRACT

KEYWORDS: Digital reputation, self-employed, fundamental rights, data protection.

Digital platforms use reputational systems to reduce costs but also to control workers, delegating to clients supervision and control of workers through constant evaluations that give rise to online or digital reputation. In addition, evaluations can lead to discrimination that violates fundamental rights. It is necessary to guarantee collective rights, the right to digital disconnection, work-life balance, data protection and privacy in the digital market.

* El presente estudio se ha realizado en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. LA REPUTACIÓN DIGITAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALGORITMOS
3. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL
4. LAS PLATAFORMAS DIGITALES
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

Las grandes dificultades de acceso al mercado de trabajo sumado a las nuevas formas de producción, la introducción de las nuevas tecnologías y el proceso de tercerización que está sufriendo la estructura de la economía están propiciando una fuerte revitalización del trabajo por cuenta propia¹. En este sentido, la cifra de trabajadores por cuenta propia en España continúa en alza siendo la cifra total de trabajadores autónomos dados de alta en la Seguridad Social, en diciembre de 2019, de más de tres millones de personas (3.269.089)².

Los sistemas reputacionales son utilizados por las cada vez más frecuentes plataformas digitales, definidas por la Comisión Europea como las empresas que operan en mercados dobles o múltiples y utilizan internet, en las que prestadores de servicios desarrollan actividades que las plataformas les facilitan y supervisan. Dando lugar a lo que se ha denominado economía colaborativa, *Uber economy*, consumo colaborativo, economía bajo demanda o *Gig Economy*³, basado en el uso de plataformas virtuales cuyo objetivo es el contacto entre clientes y prestadores de servicio. Las plataformas virtuales externalizan la totalidad de las prestaciones de servicios mediante microtarefas que encargan a trabajadores autónomos mediante llamamientos, convocatorias u *open calls*⁴, por lo que no disponen de trabajadores ni de la infraestructura necesaria para la prestación del servicio, sino que es descentralizada a través de trabajadores autónomos. En ese sentido, es necesario que las plataformas dispongan de un número suficiente de trabajadores autónomos para garantizar que la oferta pueda atender la demanda y además se permite la contratación de estos trabajadores autónomos en el momento exacto

¹ Valdés Alonso, A., “El trabajo autónomo en España: evolución, concepto y regulación”, REVISTA DEL MINISTERIO DE TRABAJO Y ASUNTOS SOCIALES 26, 2000, p. 13.

² http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/autonomos/economia-soc/NoticiasDoc/NoticiasPortada/Nota_Autonomos_Afiliacion_mes_de_diciembre_2019.pdf

³ Aragüez Valenzuela, L., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en el tiempo de trabajo: una especial referencia a la desconexión digital”, en AA.VV., *El derecho del trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (J.M. Miranda, Dir.), Cinca, Madrid, 2018, p. 397.

⁴ Ginès i Fabrellas, A., “Crowdsourcing sites y nuevas formas de trabajo. El caso de Amazon Mechanical Turk”, REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA 6, diciembre 2016, p. 5.

de la solicitud del servicio, por eso se denomina bajo demanda, lo que favorece a los empresarios al eliminar los periodos de inactividad. Es decir, se basa en utilizar las posibilidades tecnológicas, mediante algoritmos, para conectar digitalmente a oferentes de servicios con clientes, pero todo ello genera un trabajo irregular y fluctuante en función de las necesidades del momento. Se produce un abaratamiento de costes para la parte empresarial al no remunerar los tiempos muertos cuando no hay trabajo y una precarización de las condiciones laborales de los trabajadores que no saben cuánto trabajo le van a ofrecer y además se encuentran desamparados durante los tiempos de inactividad, por ejemplo frente a una incapacidad temporal por enfermedad común⁵. Esas características hacen que las modalidades de contratación de los trabajadores autónomos que utilizan las plataformas digitales se asemejen al ilícito contrato de cero horas.

La dispersión y la invisibilidad de su contratación, unida a la escasa dimensión económica de muchas de sus transacciones dan lugar a que la economía colaborativa tenga un alto potencial de economía sumergida⁶ y produce una huida del Derecho del Trabajo, por ello es necesaria su regulación normativa, así como garantizar su cumplimiento mediante un correcto régimen sancionador que garantice un salario mínimo, limitación de la jornada, seguridad y salud laboral, no discriminación y negociación colectiva⁷.

Este nuevo contexto de digitalización desdibuja los límites tradicionales de ajenidad y dependencia entre el trabajo por cuenta ajena y el trabajo por cuenta propia. Sin embargo, sí que existe la sujeción a un horario en función de los encargos, por lo tanto, sería necesario reformular y adaptar el trabajo autónomo a las formas más novedosas de organización empresarial, replanteándose el uso de criterios que no pongan el énfasis en la capacidad del empresario de incidir en la forma y contenido de la prestación como en la situación que respecto del mercado se colocan las partes de aquella relación de trabajo. Es decir, en la capacidad de accesibilidad/inaccesibilidad al mercado de trabajo⁸.

Los trabajadores autónomos son un colectivo extraordinariamente heterogéneo que además asume de manera directa y exclusiva el coste de la protección, que deriva en una baja cotización prácticamente generalizada porque no están vinculadas las cotizaciones a los ingresos reales. La habitualidad como requisito

⁵ Esteve-Segarra, A., “Zero hours contracts: hacia la flexibilidad absoluta del trabajo en la era digital”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL* 82, abril-junio 2018, pp. 40-43.

⁶ Rodríguez-Piñero Royo, M., “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de Seguridad Social”, *TEMAS LABORALES* 138/2017, p. 140.

⁷ Rogers, B., “The Social Costs of Uber”, *THE UNIVERSITY OF CHICAGO LAW REVIEW DIALOGUE* 82, p. 86-89.

⁸ Trillo Párraga, F., “Economía digitalizada y relaciones de trabajo”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL* 76, 2016, p. 24.

para la inclusión del trabajador en el campo de aplicación del RETA ha de ser objeto de replanteamiento, no siendo adecuada ya la fijación judicial actual del quantum retributivo⁹, permitiendo la cotización a tiempo parcial en función del volumen real de ingresos del trabajador autónomo que es más equitativa. Actualmente, se puede perjudicar al trabajador por cuenta propia de bajos ingresos o en fase inicial y beneficiar al de altos ingresos al que le resultará muy asequible cotizar por bases bajas y complementar su esquema protector con previsión privada¹⁰.

Por otro lado, se presume que el tratamiento automatizado de datos que usan las plataformas digitales para tomar decisiones es objetivo. Sin embargo, hay que tener en cuenta que la programación de los algoritmos es llevada a cabo de forma humana y subjetiva, porque dependiendo de los parámetros que se valoren, el resultado será diverso. Por ello, según quién y cómo almacene los datos condicionará de forma voluntaria o involuntaria la toma de decisiones, pudiendo incurrir en discriminaciones y vulneraciones de derechos fundamentales de los trabajadores. En este sentido, aunque se prohíba utilizar datos sobre afiliación sindical, religión, sexo, orientación sexual o discapacidad, los algoritmos pueden obtener esos datos a través de otros datos¹¹. Incluso el algoritmo puede tomar decisiones discriminatorias porque existan menos datos disponibles de un colectivo minoritario en relación por ejemplo con la raza o la religión, por lo que le puede exigir más cualidades o aptitudes a un candidato de un colectivo minoritario¹².

Por último, hay que destacar que se puede utilizar la reputación *online* en el contexto de la selección de personal, abaratando los costes de acceso y procesamiento de la información, generando decisiones automatizadas. Así como también se puede usar para supervisar la prestación de servicios, delegando en los clientes dicho control, que puede suponer la “desconexión” automática en una plataforma digital, por lo que será necesario garantizar que no se producen injerencias injustificadas o abusivas en los derechos fundamentales¹³.

⁹ STS de 20 de marzo de 2007 (núm. Rec. 5006/2005).

¹⁰ Fondos de pensiones, seguros de vida-ahorro o fondos de inversión.

¹¹ Crawford, K., y Schultz, J., “Big data and due process: towards a framework to redress predictive privacy harms”, *BOSTON COLLEGE LAW REVIEW* 55, 2014, p. 99.

¹² Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: big data, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL* 84, octubre-diciembre 2018, p. 74.

¹³ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva...”, op. cit., pp. 70-73.

2. LA REPUTACIÓN DIGITAL Y LA RESPONSABILIDAD DE LOS ALGORITMOS

Mediante los sistemas reputacionales *online* se permite que sean los clientes los que valoren el servicio, externalizando el control de la prestación de trabajo, lo que posicionará a los trabajadores en el ranking de la plataforma, que influirá para que tengan más o menos encargos¹⁴ o incluso puedan ser desactivados cuando son mal valorados, lo que demuestra el poder disciplinario de las plataformas digitales. Esa desactivación de la plataforma puede equivaler a un despido y por lo tanto, deberá ser motivado para no ser declarado improcedente.

Los sistemas reputacionales pueden generar ineficiencias, motivadas por emociones propias, venganzas o chantajes bajo la amenaza de una revisión negativa que pueden dar lugar a discriminaciones o que la evaluación no sea objetiva. También hay que tener en cuenta que las evaluaciones pueden vulnerar la privacidad o el honor de los trabajadores, por lo que sería necesario controlar ciertos comentarios o reseñas que puedan vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores. Es necesaria la transparencia algorítmica sobre el funcionamiento de la reputación digital y las empresas deberían informar sobre la forma de recopilación, procesamiento y publicación de las calificaciones¹⁵. En ocasiones hasta la propia empresa que lo utiliza desconoce su funcionamiento, por ello hay que incorporar la posibilidad de realizar una auditoría a los algoritmos en su etapa de desarrollo para permitir a terceros comprobar, supervisar, revisar y criticar su comportamiento. La falta de capacidad técnica podría suponer una barrera para verificar los algoritmos e identificar los factores que influyen en las decisiones que toman los algoritmos¹⁶. Por todo ello, la programación de los algoritmos se debería llevar a cabo siguiendo códigos éticos y de conducta que garanticen que no se producen discriminaciones.

El hecho de que la reputación *online* influya en las condiciones laborales puede llevar a trabajar en situaciones peligrosas para la seguridad y salud laboral, por ejemplo con malas condiciones atmosféricas o de cansancio, que pueden derivar en un accidente de circulación. Por ello, es fundamental dilucidar quién es el responsable frente a los daños causados en caso de accidente, que será al que le corresponda elaborar un plan de prevención de riesgos laborales, en el

¹⁴ Rodríguez Fernández, M.L., “Preámbulo”, AA.VV., *Plataformas digitales y mercado de trabajo*, (M.L. Rodríguez, Dir.), Informes y Estudios. Empleo 56. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018, p. 12.

¹⁵ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva...”, op. cit., p. 79.

¹⁶ Llana, P., “Dataísmo, transparencia y protección de datos”, en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (S. Rodríguez y A. Muñoz, Coords.), Wolters kluwer, Madrid, 2018, p. 214.

que se evalúen los riesgos y se tengan que adoptar las medidas necesarias¹⁷. Sin embargo, en el contexto digital resulta difícil extender la responsabilidad más allá del responsable del diseño del algoritmo o de su utilización para alcanzar a los operadores que se hayan beneficiado del mismo¹⁸.

Existe una subordinación digital que puede parecer más sutil bajo la apariencia de desconexión entre trabajador y empresario, pero sin embargo la dependencia es mayor, porque se produce un control permanente con el sometimiento a una evaluación constante. El automatismo que aporta el algoritmo no elimina, por sí solo la dependencia. Por el contrario, son indicios de dependencia que se realicen procesos de selección y que se controle la prestación de servicios, así como que los clientes realicen cuestionarios de satisfacción.

Con respecto a la libertad de elección horaria, las plataformas digitales se benefician del hecho de tener muchos potenciales candidatos para realizar la prestación del servicio, pero si todos se pusieran de acuerdo en no realizarlo, la situación cambiaría como por ejemplo en el supuesto de hecho en el que la plataforma digital acusa al repartidor de hacer huelga, mientras que el trabajador afirma que decidió libremente, como otros compañeros, no trabajar en ese momento¹⁹.

Llegados a este punto, también es necesario valorar el tiempo de espera o disponibilidad con algún tipo de compensación por la plataforma, porque el trabajador debe estar listo para prestar servicios en ese momento. Por ello, se debería fijar una compensación mínima por unidad de tiempo y por unidad de obra²⁰.

3. LA PROTECCIÓN DE DATOS EN LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL

El Reglamento 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE²¹, presenta un marcado carácter individualista, debido a la inexistencia de derechos de carácter colectivo. Carencia que

¹⁷ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales y de protección social de los prestadores de servicios mediante plataformas digitales”, AA.VV., *Plataformas digitales y mercado de trabajo* (M.L. Rodríguez, Dir.), Informes y Estudios. Empleo 56. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, Madrid, 2018, pp. 110-113.

¹⁸ Sobrino, M., Hinojo, P., “Retos para la competencia de las plataformas digitales de economía colaborativa”, en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (S. Rodríguez y A. Muñoz, Coords.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 132.

¹⁹ SJS núm. 33 de Madrid, de 11 de febrero de 2019.

²⁰ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales...”, op. cit., pp. 115.

²¹ DOUE de 4 de mayo de 2016.

puede producir la vulneración de derechos fundamentales de los trabajadores autónomos. En este sentido, es necesario limitar el uso de la informática para hacer posible el pleno ejercicio de sus derechos²², por eso sería conveniente que el derecho fundamental a la protección de datos fuera consensuado con los representantes de los trabajadores²³ que tienen una posición privilegiada para evitar que los algoritmos sean utilizados por los empresarios para discriminar a los trabajadores, o para introducir sesgos no deseados²⁴. Protección de datos personales, entendida como el derecho que los trabajadores poseen al control sobre la obtención, tratamiento y cesión de sus datos de carácter personal, conocida como libertad informática o habeas data. Por tanto, los trabajadores tienen derecho a solicitar que los datos personales sean suprimidos cuando ya no sean necesarios para la finalidad que fueron recogidos y cuando se retire el consentimiento para su tenencia.

Una de las materias que la Ley 20/2007, de 11 de julio del Estatuto del trabajo autónomo²⁵, incorpora al régimen de los trabajadores autónomos, es un listado de derechos básicos²⁶, con esta finalidad, el art. 4.1 de la LETA declara que “los trabajadores autónomos tienen derecho al ejercicio de los derechos fundamentales y libertades públicas reconocidos en la CE y en los Tratados y acuerdos internacionales suscritos por España en la materia”²⁷. Concretamente, con respecto a los derechos colectivos de los trabajadores autónomos. La libertad sindical de los trabajadores autónomos está sometida a grandes restricciones, con severas dificultades para encuadrarse en el sindicalismo. Las restricciones se palpan en lo referente a la prohibición de afiliación a los autónomos sin trabajadores a su servicio y excluyendo la posibilidad de fundar sindicatos con objeto de defensa de sus intereses singulares. Los derechos colectivos de los trabajadores autónomos ordinarios se reducen a los derechos de asociación profesional y de participación institucional. La falta de una contraparte en el plano colectivo es el obstáculo a la posibilidad de reconocer a los autónomos alguna modalidad para ejercer presión económica o plantear conflictos colectivos. El cierre patronal puede ser una medida de presión para el autónomo ordinario con trabajadores a su servicio, pero esta posibilidad beneficia a un pequeño porcentaje de autónomos ya que una gran mayoría no cuenta con trabajadores asalariados, perdiéndose por

²² Casas Baamonde, M.E., “Tiempo de trabajo: formas de organización flexible del trabajo y derechos de las personas trabajadoras. Control del tiempo de trabajo y tiempo de vida privada”, LEFEBVRE-EL DERECHO, CENTRO DE DOCUMENTACIÓN JUDICIAL. ACTUM FISCAL 143, 2019, p. 4.

²³ Art. 88 RGPD.

²⁴ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva...”, op. cit., p. 87.

²⁵ En adelante LETA.

²⁶ Fernández López, M. F., “Los derechos fundamentales de los trabajadores autónomos económicamente dependientes”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL 42, 2008, p. 13.

²⁷ Art. 4.1 de la LETA.

tanto la esencia del cierre patronal. La presencia de una contraparte empresarial contra la cual existe la posibilidad de ejercer presión, ofrece a los Trabajadores autónomos económicamente dependientes²⁸ el derecho a huelga. La LETA atribuye a los TRADE un régimen propio, como derecho exclusivo del cual no son titulares el resto de trabajadores autónomos, del derecho a negociar acuerdos de interés profesional de carácter colectivo. Con este carácter exclusivo, este colectivo puede establecer condiciones generales sobre el modo, tiempo y lugar de ejecución de su actividad, sin embargo la experiencia en la determinación colectiva de las condiciones de trabajo, ha desembocado en escasos acuerdos, lo que conlleva a cuestionar la eficacia del sistema.

El Reglamento Europeo, directamente aplicable en España desde el 25 de mayo de 2018, ha dado lugar a la LO 3/2018, de 5 de diciembre, sobre Protección de Datos Personales y Garantía de Derechos Digitales. Hay que destacar que el art. 91 señala que “los convenios colectivos podrán establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de los datos personales de los trabajadores y la salvaguarda de derechos digitales en el ámbito laboral”. También en la Disposición Final 13^a se introduce un art. 20 bis en el ET, bajo el título Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión, en el que se reconoce el derecho de los trabajadores “a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador, a la desconexión digital y a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización”. Asimismo, se concede un importante protagonismo a la autonomía colectiva en la determinación del contenido de estos derechos, encargada de definir garantías adicionales²⁹. También se hace referencia al derecho a la desconexión en el art. 88 dirigido a los trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, aunque se debería hacer una interpretación extensiva a los trabajadores autónomos que también tienen derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral. Asimismo, la limitación de la jornada no solo debería afectar a los trabajadores por cuenta ajena, ya que el exceso de la misma podría afectar también a la seguridad y la salud de los trabajadores por cuenta propia.

En muchos casos las plataformas digitales manifiestan que los prestadores de servicios disponen de libertad horaria, pero ello se debe a que siempre cuentan con personal predispuesto a realizar los encargos que otros rechazan. Además, existen plataformas que premian la disponibilidad y penalizan la falta de la misma.

²⁸ En adelante TRADE.

²⁹ Baylos Grau, A., “Los derechos digitales y la negociación colectiva”, LA LEY DIGITAL, versión *online* (La Ley 15588/2018), p. 1.

Por último, es necesario proteger los datos personales y garantizar que no se pidan o utilicen cuando no sean directamente relevantes para la prestación de servicios, respetando el principio de limitación de la finalidad³⁰. Asimismo, los datos han de ser recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados posteriormente de manera incompatible con dichos fines³¹. Por todo ello, es preciso el consentimiento expreso de la puesta a disposición de los datos personales del prestador de servicios.

4. LAS PLATAFORMAS DIGITALES

La economía colaborativa o a demanda, que genera un empleo desestructurado y desprotegido, ocupa el mercado principalmente en cuatro sectores que son el transporte, los servicios financieros, el alojamiento y la distribución, mediante plataformas virtuales que venden más que una simple interrelación, ya que se convierten en proveedores de los consumidores, facturando directamente³². Por ello, es frecuente que las plataformas se comporten como empresarios aunque niegan a menudo contractualmente toda relación laboral. Sin embargo, no todas las plataformas digitales son iguales, en algunas los prestadores de servicios están sujetos a las normas que fija la plataforma y otras que se limitan a poner en contacto a particulares con usuarios finales para abaratar costes y compartir gastos³³. Desde el punto de vista del derecho laboral nos interesan las primeras. Es decir, las plataformas que funcionan con algoritmos que ajustan la oferta y la demanda como soporte tecnológico que se acompaña de trabajo digital, por el que se entra en contacto con terceros para realizar una prestación de servicios mediante una remuneración. La plataforma ordena, gestiona y controla aquélla, recibiendo una comisión por cada prestación que se lleve a cabo³⁴.

La plataforma más representativa y la que ha sido objeto de mayor análisis por la doctrina y jurisprudencia ha sido Uber. Siguiendo ese análisis, se podría considerar aconsejable la necesidad de adaptarse a las nuevas exigencias de la digitalización creando una nueva relación laboral especial entre “colaboradores”

³⁰ Mercader Uguina, J.R., “Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales”, CLAVES PRÁCTICAS FRANCIS LEFEBVRE, 3ª edición, 2019, pp. 85-88.

³¹ Art. 6 del Reglamento General de Protección de datos.

³² Auvergnon, P., “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, REVISTA DERECHO SOCIAL Y EMPRESA 6, diciembre 2016, p. 27.

³³ Mercader Uguina, J. R., “El empresario algorítmico: trabajo y *platform economy*”, en AA. VV., *Descentralización productiva y transformación del Derecho del trabajo* (M. López, Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, pp. 178 y 179.

³⁴ Alameda Castillo, M. T., “Empleo autónomo en la hibridación del mercado de trabajo”. TRABAJO Y DERECHO. NUEVA REVISTA DE ACTUALIDAD Y RELACIONES LABORALES 49, 2019, p. 35.

de un negocio a gran escala con una dependencia limitada³⁵. Sin embargo, no parece la solución más acertada puesto que no existe una causa legítima que justifique dicho trato en atención al ordenamiento jurídico interno³⁶, daría lugar a la segmentación de microgrupos profesionales con un efecto bastante negativo³⁷ y además con esta solución se estaría tratando de forma diferente a empresas del mismo sector que estén organizadas de forma diferente, dando lugar a situaciones de *dumping* social³⁸ y competencia desleal, ya que seguramente muchas empresas tradicionales querrían también acogerse a este modelo de negocio para abaratar costes³⁹. Asimismo, no sería conveniente llevar a cabo la laboralización generalizada del trabajo en plataformas digitales porque existe una gran variedad de supuestos que no pueden ser tratados de la misma forma⁴⁰, principalmente porque existen plataformas que son meras intermediarias entre oferta y demanda.

Otra posibilidad podría ser redefinir la figura del TRADE para dar cobertura a los trabajadores de las plataformas digitales, con un régimen jurídico propio, intermedio entre el trabajo por cuenta ajena y por cuenta propia, que hasta el momento ha sido muy poco utilizado⁴¹, o configurar una nueva tipología de trabajo intermedia entre el trabajo autónomo y el trabajo subordinado, que se podría denominar *trabajo coordinado*⁴². En ese caso, sería necesario encajar la libertad de ofrecimiento y aceptación propia del modelo de negocio de las plataformas digitales, adaptando la legislación sobre trabajo autónomo e introduciendo medidas específicas en favor de las plataformas virtuales. Por ejemplo, creando dentro del régimen de autónomos un sistema especial de Seguridad Social para los prestadores de servicios a través de plataformas digitales⁴³. Esa línea la ha seguido el legislador francés, al indicar que cuando los trabajadores independientes alcancen un determinado volumen de negocio, la plataforma

³⁵ Todolí Signes, A., “El impacto de la UBER ECONOMY en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, IUSLABOR 3, 2015, pp. 1-26.

³⁶ Art. 2.1.1 del ET.

³⁷ Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, TEMAS LABORALES: REVISTA ANDALUZA DE TRABAJO Y BIENESTAR SOCIAL 138, 2017, p. 44.

³⁸ De Stefano, V., “La gig economy y los cambios en el empleo y la protección social”, GACETA SINDICAL: REFLEXIÓN Y DEBATE 17, 2016, pp.160-162.

³⁹ Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios a través de las plataformas digitales: ¿Nuevas cuestiones y soluciones jurídicas desde la perspectivas del trabajo?”, en AA.VV., *Descentralización productiva y transformación del derecho del trabajo* (M. López, Coord.), Tirant lo Blanch, Valencia, 2018, p. 211.

⁴⁰ Rodríguez-Piñero Royo, M., “La agenda...”, op. cit., p. 146.

⁴¹ Todolí Signes, A., “El impacto de la UBER ECONOMY...”, op. cit., p. 20.

⁴² Mercader Uguina, J. R., “El empresario algorítmico...”, op. cit., p. 180.

⁴³ Hernández Bejarano, M., “El apoyo europeo al modelo de economía colaborativa: algunas cuestiones y propuestas para afrontar una regulación laboral y de seguridad social”, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO 192/2016, pp. 15 y 16.

digital deberá asumir los costes de formación profesional y hacerse cargo de la cotización por la cobertura de riesgo de accidentes de trabajo⁴⁴.

También, una parte de la doctrina, apuesta por la propuesta de la figura de trabajador autónomo a tiempo parcial para dar respuesta a aquellos que prestan servicios de manera esporádica y complementando otros ingresos o durante sus estudios. Esta figura permitiría ajustar la presión contributiva a los niveles reales de ingresos pero conlleva el posible riesgo de falseamiento de ingresos, que se podría subsanar con la colaboración de las plataformas permitiendo un control real de dichos ingresos a la hora de dar encaje a la parcialidad⁴⁵.

Desde el punto de vista tuitivo, pensando en la protección de los trabajadores, Francia, en agosto de 2016, llevó a cabo una reforma legislativa que introdujo en el Código de Trabajo francés un nuevo capítulo titulado “responsabilidad social de las plataformas”⁴⁶, dirigida a las plataformas que determinen las características de la prestación del servicio ofrecido o del bien vendido y que fijen su precio, considerando su naturaleza de trabajo autónomo, si bien se les reconocen ciertos derechos de corte laboral mínimos. Siguiendo esta línea, la jurisprudencia francesa considera que el trabajo en plataformas digitales es de carácter mercantil⁴⁷. El código penal francés castiga con dos años de prisión y 300.000 euros de multa la organización de un sistema de conexión entre clientes y personas sin ser ni empresas de transporte por carretera ni taxis.

La creciente demanda de trabajo en plataformas digitales exige un marco regulador o una base de garantías sociales y de protección social. El concepto y regulación actual del trabajador autónomo se queda corto no solo ante la realidad del trabajo a través de plataformas digitales, sino también ante otras formas de empleo como puede ser el contrato de franquicia⁴⁸, por lo que debería de ser objeto

⁴⁴ García Rubio, M^a. A., “La prestación de servicios...”, op. cit., p. 213.

⁴⁵ Ferrer, M., “Plataformas digitales y trabajo”, en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (S. Rodríguez y A. Muñoz, Coords.), Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 196.

⁴⁶ Arts. L7342-1 a L7342-6.

⁴⁷ Sentencia 16/12875, de 9 de noviembre de 2017, sobre Deliveroo. Sentencias 17/03088, de 12 de octubre de 2017 y 17/00511, de 20 de abril de 2017, sobre Take Eat Easy. Sentencia 16/11460, de 29 de enero de 2018, sobre Uber EATS.

⁴⁸ Cada vez es más frecuente el contrato de franquicia con un franquiciado que no requiere trabajadores a su cargo para desarrollar un negocio como asesoría, limpieza de locales, lavandería,... y que sigue las instrucciones del franquiciador, convirtiéndose en un empresario que aporta su propia mano de obra. Relación en la que el franquiciador tiene prácticamente pleno control sobre el franquiciado, como si de un empleado se tratara. Por lo que es necesario determinar cuándo se trata de ocultar una verdadera relación laboral, ya que por ejemplo son indicios de laboralidad la formación a los trabajadores o la determinación del horario, que hacen que el franquiciado quede sometido al círculo rector del franquiciador. Siendo, en este sentido, determinante el nivel de control por parte del franquiciador. Todolí Signes, A., “Los falsos autónomos en el contrato de franquicia”.

de adaptación y desarrollo para dotar de garantías de empleo y seguridad social a estos trabajadores independientes. La Comisión Europea recomienda un salario mínimo, limitación de la jornada sin que las tasas de aceptación puedan ser utilizadas para desactivar o rescindir contratos, la identificación de formas mínimas de protección social y seguros de salud, la regulación del tipo y frecuencia de las formas tecnológicas de control, la utilización de los datos a efectos de garantizar la protección de la intimidad de los proveedores de servicios y garantizar que las calificaciones de reputación no produzcan discriminación por razón de género, etnia, raza y/o edad. Por ejemplo, Deliveroo protege desde el 31 de mayo de 2018 con un seguro de empresa gratuito a todos sus *riders* de los riesgos laborales que puedan sufrir mientras están trabajando en la plataforma. El tiempo de cobertura protegida empieza con el inicio de la sesión en la aplicación informática y termina hasta una hora después de la desconexión. De manera similar, Uber desde el 1 de junio de 2018 tiene un seguro de accidentes para todos los conductores de los países en los que presta servicios. E incluso tiene cobertura fuera del tiempo de trabajo para cubrir la incapacidad temporal por enfermedad si se han completado 150 viajes en las últimas ocho semanas⁴⁹.

Llegados a este punto, me gustaría puntualizar que pese a las disputas actuales entre el sector del taxi y plataformas como Uber o Cabify, en un futuro no muy lejano es posible que empecemos a ver circular por nuestras carreteras a vehículos sin conductor que puede que hagan estéril esa batalla por el tráfico de viajeros⁵⁰. Empresas como Tesla o Google están aplicando la inteligencia artificial a la industria del transporte, generando el vehículo autónomo que ya es una realidad.

De todas formas, sería conveniente elaborar a nivel global un catálogo de derechos laborales y de protección social aplicables con independencia de la calificación jurídica como trabajador dependiente o autónomo. Es decir, crear un conjunto de derechos laborales y de protección social que se aplique a todas las personas que trabajan con independencia del estatus jurídico como trabajador dependiente o autónomo, y que se hallen en una situación de desigualdad. Es necesario garantizar la protección de la salud, la prohibición de discriminación, la protección de datos, el derecho a organizarse y defenderse colectivamente o la protección frente a riesgos como la vejez, la enfermedad o la falta de empleo, que deben estar por encima del estatuto jurídico que tenga la persona que realiza la

cia: la importancia de la prestación de servicios bajo una marca ajena como indicio de laboralidad en el contrato de trabajo”, *REVISTA DE DERECHO SOCIAL* 77, pp. 106 a 117.

⁴⁹ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales...”, op. cit., pp. 120.

⁵⁰ Martínez, E.M., “Normativa en materia de viviendas turísticas: patologías existentes”, en AA.VV., *Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales* (S. Rodríguez y A. Muñoz, Coords.), Wolters kluwer, Madrid, 2018, p. 260.

prestación de un trabajo. La solución puede ser aprobar una regulación específica para todos los trabajadores independientemente de su consideración como trabajadores por cuenta ajena o trabajadores autónomos, creando un catálogo común de derechos laborales.

Por lo tanto, se deben proteger esos derechos con independencia de la calificación jurídica como trabajador dependiente o autónomo. Con la creación de ese catálogo de derechos en común se puede terminar con la competición entre estatus jurídicos en razón de su coste, ya que ese mínimo de derechos tendrá iguales costes. La mejor solución sería que ese catálogo se hiciese desde la OIT porque se trata de un fenómeno a nivel global. La OIT es el único Organismo internacional con capacidad legislativa en materia de empleo y relaciones de trabajo, por medio de un convenio o recomendación, y sumaría como valor su tripartismo, fruto del consenso entre gobiernos, empleadores y sindicatos. Subsidiariamente, la segunda mejor opción sería hacer ese catálogo en el ámbito de la Unión Europea⁵¹, como espacio de integración territorial más avanzado, mediante una Directiva específica⁵² que reconozca un salario mínimo, la portabilidad de derechos y valoraciones de unas plataformas a otras, la protección en prevención de riesgos laborales, derechos colectivos de representación y defensa de los intereses de los trabajadores a través de la negociación colectiva, así como un régimen de protección social que garantice las prestaciones básicas como la enfermedad, desempleo o vejez⁵³.

El catálogo común de derechos laborales se debe caracterizar por varios rasgos como el carácter internacional y común, ya que en el contexto de las plataformas digitales los protagonistas se pueden encontrar en países distintos, por ello la necesidad de que la regulación tenga un alcance internacional unificador. También el carácter protector mínimo obligatorio, que pudiese ser mejorado posteriormente por los Estados miembros a través de su normativa interna e incluso mediante convenios colectivos con la participación de los interlocutores

⁵¹ Rodríguez Fernández, M.L., “Calificación jurídica de la relación que une a los prestadores de servicios con las plataformas digitales” en AA.VV., *Plataformas digitales y mercado de trabajo* (M.L. Rodríguez, Dir.), Informes y Estudios. Empleo 56. Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, 2018, pp. 82-87.

⁵² La Unión Europea ya protegió mediante Directivas específicas otros supuestos de trabajo atípico, como el del tiempo parcial (1997), el temporal (1999) o el prestado a través de empresas de trabajo temporal (2008).

⁵³ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales...”, op. cit., p. 97.

sociales. La aplicación de esta regulación mínima omnicomprendiva supondría eliminar discriminaciones garantizando un suelo mínimo común de protección⁵⁴.

5. CONCLUSIONES

El impacto de la era digital le ha afectado a todo tipo de trabajadores, ya sean trabajadores por cuenta ajena como trabajadores por cuenta propia y en ese contexto se ha incrementado el trabajo precario, independientemente de la calificación jurídica y protección laboral que merezcan dichos trabajadores, que dependerá de cada caso concreto en función de las notas de dependencia y ajenidad⁵⁵.

El predominio de tareas de breve duración gestionadas a través de plataformas digitales fomenta el autoempleo sin vocación empresarial y genera un alto nivel de desprotección laboral, especialmente de derechos colectivos. Por ello es necesario crear ciertos derechos mínimos en favor de los trabajadores autónomos, es decir, derechos humanos como la dignidad, la libertad sindical y la eliminación de cualquier discriminación, concretamente en la ocupación, que garanticen que nadie pueda ni deba ser explotado, siendo tratados como una mercancía o como simples medios de producción al objeto del enriquecimiento. Por ejemplo, sería necesario establecer un salario adecuado que garantizara una retribución mínima por hora o por otra unidad de tiempo. Asimismo, como los convenios sobre libertad sindical y negociación colectiva incluyen a los empleadores, deberían despejarse todas las dudas sobre su afectación también a los trabajadores autónomos sin trabajadores a su cargo⁵⁶. Por tanto, sería conveniente elaborar a nivel global un catálogo de derechos laborales y de protección social aplicables con independencia de la calificación jurídica como trabajador dependiente o autónomo. Es decir, crear un conjunto de derechos laborales y de protección social que se aplique a todas las personas que trabajan con independencia del estatus jurídico como trabajador dependiente o autónomo, y que se hallen en una situación de desigualdad.

⁵⁴ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales...”, op. cit., pp. 92-94.

⁵⁵ Los criterios clásicos de ajenidad y dependencia resultan insustituibles, bastando con cierto tipo de actualizaciones y puestas al día de adaptación a la era digital, con una técnica ampliatoria de su comprensión en términos pragmáticos y finalistas. Cruz Villalón, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL, núm. 83, julio-septiembre 2018, p. 29

⁵⁶ Cabeza Pereiro, J., “Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL 86, Bomarzo, abril-junio 2019, pp. 71-76.

Se debe garantizar el trabajo decente⁵⁷, que es uno de los objetivos de la Agenda 2030 de Desarrollo Sostenible⁵⁸. Para ello, es necesaria disponer de una jornada laboral digna, nunca exagerada o impuesta con exceso de forma directa o subrepticamente, y que permita la conciliación del trabajo con la vida familiar y personal⁵⁹, en la que juega un papel fundamental el derecho a la desconexión digital de todos los trabajadores, por cuenta ajena y por cuenta propia. Sería necesario reunificar todas las colectividades de trabajo, se les denomine como se les denomine: *insiders*, *outsiders*, falsos autónomos y redefinir la prestación de servicios que es objeto del Derecho del Trabajo, garantizando la tutela para cualquier actividad productiva, extendiéndose tanto a trabajadores por cuenta ajena como por cuenta propia, o trabajadores con una relación laboral encubierta⁶⁰.

Es necesario garantizar la protección de la salud, la prohibición de discriminación, la protección de datos, el derecho a organizarse y defenderse colectivamente o la protección frente a riesgos como la vejez, la enfermedad o la falta de empleo, que deben de estar por encima del estatuto jurídico que tenga la persona que realiza la prestación de un trabajo. La doctrina e instituciones internacionales proponen distintas soluciones como ampliar el concepto clásico de trabajador dependiente o crear una categoría intermedia entre trabajador y autónomo, redefiniendo, por ejemplo, la categoría de TRADE. Aunque la solución que me parece más adecuada es la de aprobar una regulación específica para todos los trabajadores independientemente de su consideración como trabajadores por cuenta ajena o autónomos, creando un catálogo común de derechos laborales.

Por lo tanto, se deben proteger esos derechos con independencia de la calificación jurídica como trabajador dependiente o autónomo. Con la creación de ese catálogo de derechos en común se puede terminar con la competición entre estatus jurídicos en razón de su coste, ya que ese mínimo de derechos tendrá iguales costes. La mejor solución sería que ese catálogo se hiciese desde la OIT porque se trata de un fenómeno a nivel global. La OIT es el único Organismo internacional con capacidad legislativa en materia de empleo y relaciones de trabajo, por medio de un convenio o recomendación, y sumaría como valor su

⁵⁷ La Organización Internacional del Trabajo acuñó por primera vez el concepto de “trabajo decente” como el derecho a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo, en la Memoria del Informe del Director General presentada en la 87ª reunión celebrada en 1999, basado en cuatro pilares: empleo, protección social, derecho en el trabajo y diálogo social.

⁵⁸ Celebrada en Nueva York en septiembre el año 2015.

⁵⁹ Quílez Moreno, J. M., “La garantía de Derechos Digitales en el ámbito laboral: el nuevo artículo 20 bis del Estatuto de los Trabajadores”, REVISTA ESPAÑOLA DE DERECHO DEL TRABAJO 217/2019 parte Estudios, Aranzadi, 2019. Versión *online* (BIB 2019/1558).

⁶⁰ Serrano García, J.M., y Borelli, S., “El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital”, REVISTA DE DERECHO SOCIAL 80, octubre-diciembre 2017, p. 249.

tripartismo, fruto del consenso entre gobiernos, empleadores y sindicatos. Subsidiariamente, la segunda mejor opción sería hacer ese catálogo en el ámbito de la Unión Europea⁶¹, como espacio de integración territorial más avanzado, mediante una Directiva específica⁶² que reconozca un salario mínimo, la portabilidad de derechos y valoraciones de unas plataformas a otras, el derecho al olvido, la protección en prevención de riesgos laborales, derechos colectivos de representación y defensa de los intereses de los trabajadores a través de la negociación colectiva, así como un régimen de protección social que garantice las prestaciones básicas como la enfermedad, desempleo o vejez⁶³.

El catálogo común de derechos laborales se debe caracterizar por varios rasgos como el carácter internacional y común, ya que en el contexto de las plataformas digitales los protagonistas se pueden encontrar en países distintos, por ello la necesidad de que la regulación tenga un alcance internacional unificador. También el carácter protector mínimo obligatorio, que pudiese ser mejorado posteriormente por los Estados miembros a través de su normativa interna e incluso mediante convenios colectivos con la participación de los interlocutores sociales. La aplicación de esta regulación mínima omnicomprendensiva supondría eliminar discriminaciones garantizando un suelo mínimo común de protección⁶⁴, porque cuanto mayor automatización, mayor riesgo de discriminación. Aunque sobre todo es necesario reforzar el derecho a la igualdad y los derechos colectivos de los trabajadores autónomos y los trabajadores informales o irregulares, encauzando la tecnología a favor del trabajo decente exigiendo a las plataformas digitales que respeten sus derechos fundamentales.

⁶¹ Rodríguez Fernández, M.L., “Calificación jurídica...”, op. cit., pp. 82-87.

⁶² La Unión Europea ya protegió mediante Directivas específicas otros supuestos de trabajo atípico, como el del tiempo parcial (1997), el temporal (1999) o el prestado a través de empresas de trabajo temporal (2008).

⁶³ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales...”, op. cit., p. 97.

⁶⁴ Mella Méndez, L., “Los derechos laborales...”, op. cit., pp. 92-94.

EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA DEL TRABAJADOR AUTÓNOMO EN EL CONTEXTO DE LA NUEVA ECONOMÍA DIGITAL *

EMMA RODRÍGUEZ RODRÍGUEZ

*Profesora Contratada Doctora (Titular Acreditada) de
Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: digitalización, trabajadores autónomos, negociación colectiva, libre competencia.

El devastador impacto de la “deslocalización” de los medios de producción, como instrumento utilizado por el empleador para minimizar los “costes laborales”, ha alcanzado su máximo exponente en la llamada “cuarta revolución industrial”. La proliferación de los llamados “trabajadores atípicos” y, de manera muy significativa, de los “falsos autónomos”, provoca importantes quiebras de cohesión social y la “desindustrialización” de la negociación colectiva. Los conflictos jurídicos recientes alrededor de estas realidades hacen que resulte muy importante establecer la legalidad aplicable a esos nuevos sujetos en el ámbito de las relaciones laborales, en especial en lo que se refiere a sus derechos de negociación colectiva y su convivencia con el derecho de libre competencia. El diálogo social debe desempeñar un papel protagonista los procesos de transición a la economía digital.

ABSTRACT

KEYWORDS: digitalization, self-employed worker, collective bargaining, free competition

The devastating impact of the “relocation” of the means of production, as an instrument used by the employer to minimize “labor costs”, has reached its highest expression in the so-called “fourth industrial revolution”. The proliferation of the so-called “atypical workers” and, in a very significant way, of the “false self-employed workers” has caused an important breach of social cohesion and the “de-unionization” of collective bargaining. The recent legal conflicts around these issues make it very important to establish the legality applicable to these new subjects in the field of labor relations, especially in regard to their collective bargaining rights and their coexistence with the right to free competition. The social dialogue must play a leading role in the processes of transition to the digital economy

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ÍNDICE

1. LA GENERALIZACIÓN DE VIEJOS PROBLEMAS ANTE NUEVAS REALIDADES: LA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS
2. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA *VERSUS* EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA
 - 2.1. Regulación normativa y derechos en juego
 - 2.1.1. Ámbito interno
 - 2.1.2. Regulación de la UE
 - 2.2. Criterios del tribunal de justicia para armonizar la aplicación de dos derechos “condenados” a entenderse
3. REFLEXIONES FINALES: ¿LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL SON UN INSTRUMENTO EFICAZ?

1. LA GENERALIZACIÓN DE VIEJOS PROBLEMAS ANTE NUEVAS REALIDADES: LA RELEVANCIA DE LOS DERECHOS COLECTIVOS

El imparable desarrollo de la innovación tecnológica- robotización, automatización e inteligencia artificial-, su impacto en las estructuras sociales y en la reformulación del binomio consumo-producción, constituyen un desafío sobre el que diseñar *el futuro del trabajo que queremos*¹. Es una realidad que esta “cuarta revolución industrial”² ha supuesto un importante cambio en las profesiones que demanda el nuevo modelo productivo, en detrimento de las menos tecnológicas. Las estadísticas coinciden en pronosticar la desaparición de empleos en algunos sectores, pero *a priori* no se compensarán con los nuevos que se crearán³.

Existen numerosas empresas o plataformas digitales que gracias a las nuevas tecnologías emplean esta nueva modalidad de externalización de la producción, denominada *crowdsourcing*⁴, basada en la división del trabajo en micro tareas con la finalidad de eximir a estas empresas de toda responsabilidad laboral. La “deslocalización” del tejido productivo que lleva aparejada la digitalización, se ha utilizado por el empleador con el objetivo principal de aumentar la competitividad empresarial, lo que provoca el adelgazamiento de los derechos laborales. La causa fundamental de este deterioro es la propia externalización de parte del objeto social o de actividades con las que guarda una estrecha relación, de manera

¹ OIT, *El futuro del trabajo que queremos: un diálogo global*, https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---cabinet/documents/publication/wcms_570288.pdf (última consulta 07-01-2020).

² Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, Ed. Debate, Barcelona, 2016.

³ Según el Foro Mundial en 2022 casi el 50% de las empresas esperan que la automatización lleve a cabo una reducción del 50% de la fuerza de trabajo a tiempo completo, “The Future of Jobs Report 2018”. Todos citados en *El futuro del trabajo que queremos... op. cit.*

⁴ Ginès I Fabrellas, A., “*Crowdsourcing*: una modalidad jurídicamente inviable de externalización productiva en el entorno digital”, Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales, nº. 5, p. 134.

que, junto a esa empresa principal, prolifera un mercado laboral circundante con formas de ocupación precaria y trabajo sumergido. En otras palabras, se ha producido una “subordinación absoluta del trabajador y de su estatuto profesional al empleo y a sus formas, y de éste a las políticas (macro) económicas”⁵, modificando la distribución del riesgo de la actividad económica y atribuyéndola al último eslabón de la cadena productiva⁶.

De hecho, la Resolución del Parlamento Europeo sobre el empleo precario⁷ ha puesto el foco en el incremento de relaciones laborales atípicas⁸, con la consiguiente desprotección e inestabilidad que llevan apareja en el ámbito de los derechos sociales. Incluso afirma que “de continuar esta tendencia, bien puede suceder que los contratos típicos se apliquen únicamente a una minoría de trabajadores”. Es decir, se han generalizado tanto los denominados “trabajadores periféricos” que amenazan con desplazar las relaciones laborales estándar⁹.

En realidad, el concepto de “trabajador precario” carece de una definición unívoca y, más bien, se caracteriza por su contraposición respecto del “trabajador típico” que, según esa Resolución del Parlamento, se encuentra recogido en contratos indefinidos y por tiempo completo o tiempo parcial, regular y voluntario. Las formas de empleo “atípicas” o “flexibles” se han propagado en los nuevos sectores de actividad, de forma que engloban el trabajo ocasional, el de temporada, el trabajo a la carta, el que se presta por medio de relaciones de trabajo externalizadas o el trabajo por cuenta propia dependiente, tan frecuente a través de las plataformas digitales¹⁰.

De manera que, si bien el trabajo precario no es una consecuencia ineludible del trabajo atípico, sí suele acompañarlo, tal y como pone de manifiesto la propagación de la precariedad laboral y social actual. En orden a procurar un empleo que proporcione “recursos suficientes para una vida digna o una protección social

⁵ Casas Baamonde, M^a. E., “Precariedad del trabajo y formas atípicas de empleo, viejas y nuevas. ¿Hacia un trabajo digno?”, *Revista Derecho de las Relaciones Laborales*, n.º 9, 2017, p. 867.

⁶ Dagnino, E., “Uber law: perspectiva jurídico-laboral de la sharing/on demand economy”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derechos del Empleo*, n.º 3, 2015, pp. 1-31.

⁷ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, sobre las condiciones laborales y el empleo precario (2016/2221 (INI)); P8_TA-PROV (2017) 0290.

⁸ En los últimos 10 años las formas típicas de empleo han descendido del 62 % al 59%. Considerando, letra B), Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.*

⁹ Sciarra, S., “New discourses in labor law: part-time work and paradigm of flexibility”, en AA. VV., *Employment Policy and the Regulation of part-time work in the European Union* Cambridge University Press, Cambridge, 2004, p. 21.

¹⁰ Parlamento Europeo, “Precarious employment in Europe: patterns, trends and policy strategies”, julio 2016, http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/STUD/2016/587285/IPOL_STU%282016%29587285_EN.pdf. (última consulta 09-01-2020).

adecuada”, el Parlamento Europeo llama a los interlocutores sociales a desarrollar sus funciones de representación colectiva respecto de todas las relaciones de trabajo y, especialmente, sobre las atípicas.

En la misma línea, la OIT, en su informe sobre la pobreza y el empleo en el mundo, llamó la atención sobre la proliferación de los llamados “trabajadores pobres”, más aun en los países desarrollados, a la vez que denunció el continuo aumento de la desigualdad de ingresos, lo que supone un desarrollo “inadecuado” de las estructuras empresariales y hace necesario que existan “interlocutores sociales fuertes”¹¹.

Frente a esta revolución tecnológica disruptiva, se ha propuesto por la OIT la idea de una “transición justa”¹², que supone “aprovechar todo el potencial del progreso tecnológico y el crecimiento de la productividad, inclusive mediante el diálogo social, para lograr trabajo decente y desarrollo sostenible y asegurar así la dignidad, la realización personal y una distribución equitativa de los beneficios para todos”, un objetivo que en todo caso tiene que pasar por “promover los derechos de los trabajadores como elemento clave para alcanzar un crecimiento inclusivo y sostenible, prestando especial atención a la libertad de asociación y la libertad sindical y al reconocimiento efectivo del derecho de negociación colectiva como derechos habilitantes”.

El eje central del mandato de la OIT en la Declaración del Centenario, será examinar cómo podría la comunidad internacional alcanzar los compromisos expresados en los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS) de las Naciones Unidas de crear empleo pleno y decente para todos para 2030. Se propone afianzar los elementos esenciales de la regulación de las relaciones laborales que debe pasar por “el fortalecimiento de las instituciones del trabajo a fin de ofrecer una protección adecuada a todos los trabajadores (...) reconociendo el alcance de la informalidad y la necesidad de emprender acciones efectivas para lograr la transición a la formalidad”. El Comité de Libertad Sindical se muestra favorable a realizar una interpretación amplia del concepto de “trabajo”¹³ para extender los

¹¹ OIT, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo. Transformar el empleo para erradicar la pobreza”, 2016. www.ilo.org. (última consulta 09-01-2020).

¹² A fin de dar respuesta a esos retos en el marco de la conmemoración de los 100 años transcurridos desde la fundación de la OIT, en la 108ª Reunión de la Conferencia Internacional del Trabajo, celebrada en 2019, se adoptó una Declaración del Centenario de la OIT para el Futuro del Trabajo. <https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/mission-and-objectives/centenary-declaration>. (última consulta 09-01-2020).

¹³ Serrano García, J. M^a. y Borelli, S., “El necesario reconocimiento de los derechos sindicales a los trabajadores de la economía digital”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 80, 2018, pp. 247-250.

derechos de carácter colectivo¹⁴, como modo de garantizar un núcleo mínimo de derechos de cualquier actividad productiva¹⁵.

La disfuncionalidad de la protección jurídica que caracteriza a estas relaciones laborales atípicas o no estables, implica el aumento de las desigualdades sociales y el desarrollo del fenómeno de la pobreza laboriosa¹⁶. Las instituciones europeas vienen insistiendo en que la gestión actual de las condiciones de trabajo debe canalizarse a través de la negociación colectiva para controlar su desarrollo¹⁷. También en el ámbito interno se reclama el papel central que debe ocupar la participación de los interlocutores sociales “para anticipar y gobernar estas tendencias de cambio con el fin de favorecer que la transformación tecnológica sea inclusiva en el terreno del empleo y de las relaciones laborales”¹⁸. Se impone el protagonismo de la realización efectiva de los derechos de representación y negociación, como manifestación de los derechos fundamentales propios de las garantías democráticas de los Estados¹⁹.

2. EL RECONOCIMIENTO DE LA LIBRE COMPETENCIA *VERSUS* EL DERECHO A LA NEGOCIACIÓN COLECTIVA

2.1. Regulación normativa y derechos en juego

Desde una perspectiva tradicional, las diferencias entre el alcance del derecho a la libre competencia y el espacio que le corresponde a la negociación colectiva los vienen situando en una “irreconciliable posición”²⁰. Las tipificaciones clásicas se decantaban por entender que la negociación colectiva suponía una intromisión ilícita en el juego del libre mercado por la “alteración del precio

¹⁴ Por todos, Convenio n.º 87, sobre la libertad sindical y la protección del derecho de sindicación (1948); Convenio n.º 98, sobre el derecho de sindicación y de negociación colectiva (1949).

¹⁵ Baylos Grau, A., “Igualdad, uniformidad y diferencia en el derecho del trabajo”, *Revista de Derecho Social*, n.º 1, 1998, pp. 11-38.

¹⁶ Rodríguez-Piñero y Bravo-Ferrer, M., “Trabajadores pobres y derecho del trabajo”, Diario La Ley, Editorial, n.º 7245, 2009.

¹⁷ “A New Start for social Dialogue”, documento firmado por la Comisión Europea, UEAP-ME, Bussinesseurope, CEEP y ETUC, de 27 de junio de 2016; file:///C:/Users/Usuario/Downloads/KE-02-16-755-EN-N%20(1).pdf (última consulta 22-12-2019).

¹⁸ Consejo Económico y Social, “El futuro del trabajo”, informe 3/2018.

¹⁹ Baylos Grau, A., “Crisis y reconfiguración de la autonomía colectiva en el futuro del trabajo”, Interlocución a la ponencia “La autonomía colectiva y sus medios de expresión” de Martínez Moreno, C., XXIX Congreso AEDTSS, Salamanca 30 y 31 de mayo de 2019.

²⁰ Cruz Villalón, J., “El derecho de la competencia como límite de la negociación colectiva”, *Temas Laborales*, n.º 147, 2019, p. 14.

de las cosas”²¹ y, en concreto, del valor de la prestación del trabajo o de los resultados de su industria²².

Sin embargo, como se expondrá, hoy en día esa distorsión atribuida al efecto de la negociación colectiva, se ha visto matizada, fundamentalmente a través de una interpretación limitativa de esa expansión innata de las normas *antitrust*.

2.1.1. *Ámbito interno*

Dentro de nuestro texto constitucional, el derecho a la negociación colectiva se reconoce de forma explícita e independiente de cualquier otro y se configura como el instrumento a través del que se defienden los intereses colectivos de los trabajadores, pero correlativamente también de los empresarios, de los que forma parte la libre empresa. Es decir, el art. 37 CE legitima a las partes de la relación laboral para que se “autoregulen”, dentro del respeto a los intereses que son inherentes a cada una de ellas. Y, de forma concreta, el art. 38 CE, se refiere a la libertad de empresa como una libertad vinculada a la economía de mercado y que los poderes públicos han de garantizar.

En ningún caso debe interpretarse que existe una tutela reforzada respecto del derecho de libertad de empresa. Todo lo contrario. El derecho a la negociación colectiva desempeña una función de “governabilidad” de las relaciones laborales²³, que el constituyente quiso situar entre el poder público y la autonomía colectiva plena, otorgando al legislador cierto poder normativo para garantizar que los acuerdos resultantes de esos procesos gozasen de seguridad jurídica, pero no quiere inmiscuirse más allá de lo imprescindible. Tanto es así, que este derecho de configuración legal, disfrutará de la protección procesal de los derechos fundamentales –art. 53.1 CE- cuando se vincula en su ejercicio con la libertad sindical, al considerarse parte de su contenido esencial -art. 28.1 CE-.

Ahora bien, el proceso de negociación de los intereses de los trabajadores y de los empresarios, ejercidos por sus representantes, abarca también el derecho a la libre competencia mercantil. Por lo tanto, esta necesaria convivencia entre ambos derechos debe tenerse especialmente en cuenta al referirnos a la posibilidad de que se regulen condiciones en la prestación de servicio de estos nuevos autónomos o *microworkers*, lo que supone frenar, a través de instrumentos legales,

²¹ Arts. 281 y 284, Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal. BOE

²² Cabeza Pereiro, J., “Negociación colectiva y Derecho de la Competencia: perspectiva europea”, (en prensa), p. 1-3, sobre la Ley *Le Chapelier*, de 17 de junio de 1791.

²³ Monereo Pérez, J.L., “Modelo constitucional del Derecho a la negociación colectiva”, en AA.VV., *El sistema de negociación colectiva en España. Estudio de su Régimen Jurídico*, Aranzadi, 2013, p. 99.

la “huida del derecho colectivo”²⁴, que conlleva la atomización de los empleos surgidos en el contexto de la nueva economía.

La realidad descrita atribuye un papel principal al sindicato, como receptor y aglutinador de los intereses comunes de estos trabajadores, sin embargo, su capacidad de actuación también se ha visto mermada como consecuencia de la disrupción tecnológica, lo que se manifiesta en ciertas carencias que le restan efectividad. Se han diferenciado tres aspectos fundamentales de análisis²⁵.

En primer lugar, la repercusión sobre la acción sindical y participación de la representación de los trabajadores en los procesos de innovación tecnológica. Es decir, se trata de garantizar que la toma de decisiones empresariales que se adopten como consecuencia de la incorporación de nuevas formas de producir respetan las garantías de información y consulta que le son propias a estos representantes. Ciertamente, el art. 64 ET da cabida a esta participación, pero limitándose a temas más generales, y relacionados con las previsiones informativas sobre el empleo²⁶. Se trata más del análisis sobre las cuestiones que pueden influir sobre la mano de obra a corto plazo, además de tratarse de decisiones ya adoptadas por la empresa²⁷, como se pone de manifiesto con la previsión legal respecto de los procesos de reestructuración por modificación de las condiciones de trabajo²⁸. Sería imprescindible que estos representantes participasen en el diseño de los llamados “sistemas reputacionales”²⁹ a través de los que el cliente valora la prestación del servicio y cuyo resultado se almacena por la app correspondiente y se utilizará de base para establecer diferencias en las contraprestaciones y en los encargos que le encomiende al trabajador. Sus repercusiones, por lo tanto, sobre

²⁴ Martínez Moreno, C., “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”, Ponencia XXIX Congreso AEDTSS, Salamanca 30 y 31 de mayo de 2019.

²⁵ Goerlinch Peset, J. M^a., “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, Revista de Treball, Economia i Societat, n^o. 92, 2019, p. 5 y ss. <http://www.ces.gva.es/es/contenido/documentos/revistas/revista-92-especial-monografico-dedicado-las-jornadas-el-futuro-del-0> (última consulta 22-12-2019).

²⁶ Art. 64.2.a) ET que obliga a informarla trimestralmente, de un lado, “sobre la evolución general del sector económico a que pertenece la empresa” (letra a]) y, de otro, “sobre la situación económica de la empresa y la evolución reciente y probable de sus actividades, incluidas las actuaciones medioambientales que tengan repercusión directa en el empleo, así como sobre la producción y ventas, incluido el programa de producción” (letra b]).

²⁷ De Stefano, V., “‘Negotiating the Algorithm’: Automation, Artificial Intelligence and Labour Protection”, *Comparative Labor Law & Policy Journal*, vol. 41, n^o. 1, 2019; <https://ssrn.com/abstract=3178233> o <http://dx.doi.org/10.2139/ssrn.3178233>.

²⁸ Art. 64.5, a) ET, se refiere a la intervención posterior a la reestructuración como resultado de los arts. 40, 41, 47, 51 y 82.3.

²⁹ Todolí Signes, A., *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Tirant lo Blanch, 2017.

las condiciones de trabajo resultan especialmente sensibles y los representantes de los afectados directamente deberían delimitar sus cánones de aplicación.

Resulta obvio, en segundo lugar, que un aspecto positivo que se deriva directamente de las nuevas tecnologías aplicadas a las relaciones laborales tiene que ver con mejorar las capacidades de comunicación y de transmisión de datos entre los trabajadores y sus representantes, así como la exteriorización del conflicto o la difusión de la información. El hecho de que se pueda prescindir de la presencia física facilitará el contacto y la puesta en común de impresiones o acciones colectiva. Sin embargo, las referencias legales al respecto de los medios de comunicación utilizados por los representantes de los trabajadores en la empresa, continúan sin actualizarse y resultan absolutamente desfasadas³⁰, como demuestran los múltiples pronunciamientos judiciales que han enmendando esa deficiencia legislativa³¹, salvo honrosas excepciones relacionadas con problemáticas básicas, como el voto a distancia y que, en cualquier caso, continúan presentando inconvenientes en la aplicación práctica³².

Simultáneamente a este avance en los medios de comunicación a disposición de los trabajadores y sus representantes, se plantean cuestiones relativas a los contornos de privacidad que deben de respetarse por la empresa. En efecto, la normativa sobre protección de datos³³ obliga al empresario a establecer límites en el propio ejercicio de sus poderes empresariales. De hecho, el propio Reglamento Europeo –art. 88- hace un llamamiento a los Estados miembro establezcan salvaguardas más garantistas para la protección de datos de los trabajadores, lo que debería concretarse en posibilidades de control y verificación de los representantes sobre la utilización de la información obtenida por el empresario³⁴. A parte de los derechos relacionados con la intimidad del trabajador, desde la perspectiva

³⁰ Art. 81 ET, continúa refiriéndose al tablón de anuncios; los arts. 68, d) ET y 8.1, b) LOLS, a la distribución física de información. Mercader Uguina, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 176 y ss

³¹ El TC, en Sentencia 281/2005, de 7 de noviembre, ha reconocido que los instrumentos de comunicación propios de las empresas en la actualidad –correo electrónico o intranet- pueden utilizarse por la representación de los trabajadores, en determinadas circunstancias.

³² Vivero Serrano, J.B., “El voto electrónico en las elecciones sindicales. Reconocimiento arbitral y judicial a falta de previsión normativa”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n.º. 14, 2016, pp. 113-116.

³³ Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos). En el ámbito interno, Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, BOE de 6 de diciembre de 2018.

³⁴ Todolí Signes, A., “La gobernanza colectiva de la protección de datos en las relaciones laborales: *big data*, creación de perfiles, decisiones empresariales automatizadas y los derechos colectivos”, *Revista de Derecho Social*, n.º. 84, p. 45.

colectiva se reabre la clásica cuestión de la elaboración de “listas negras” utilizadas por las empresas como germen de tratamientos discriminatorios³⁵.

El desmesurado impacto del *big data* sobre la recopilación de datos individuales, coloca a los trabajadores en una situación de especial vulnerabilidad, ante lo que la negociación colectiva está llamada a alcanzar fórmulas que supongan su control efectivo, garantizado seguridad jurídica y respeto a los derechos fundamentales en el ámbito de la empresa. Un ejemplo podría ser el denominado “esquirolaje tecnológico”, sobre la minoración de los efectos de la huelga, que continúa presentando cuestiones controvertidas, sobre todo porque perviven las posibilidades de conducta antisindical empresarial frente a una jurisprudencia oscilante y poco tajante en la declaración de ilicitud³⁶.

Por último, un tercer aspecto para el análisis se deriva la debilidad de las formas representativas tradicionales, tanto en su aspecto organizativo, como en la acción sindical. La descentralización empresarial conlleva importantes dificultades para identificar al empresario real, así como el establecimiento de estructuras legitimadas legalmente y verdaderamente representativas de los intereses de los trabajadores³⁷. Esta dificultad se acrecienta respecto de los que prestan servicios a través de plataformas digitales, donde se desdibujan los estándares mínimos sobre los que se articulan los requisitos legales que determinan su capacidad, esto son el lugar de trabajo y tiempo de trabajo. De la misma manera, las diferencias tradicionales entre los trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia pierden envergadura y, en general, los intereses de los trabajadores se diversifican y la acción sindical tradicional se revela ineficaz³⁸. Por eso, son bastantes las centrales sindicales que, en nuestro país como en otros, han puesto en marcha mecanismos para contactar con estos “jornaleros digitales”, así como nuevos planteamientos para plasmar su actividad y buscar una verdadera repercusión de sus protestas³⁹.

La consecuencia de los tres aspectos descritos es que, en el ámbito interno, la negociación colectiva de estos autónomos vulnerables encuentra enormes

³⁵ Goerlich Peset, J. M^a, “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, n.º. 92, 2019, pp. 13-14.

³⁶ Inicialmente admitida la utilización de medios tecnológicos durante la huelga en la jurisprudencia ordinaria (STS 15 abril 2005, rec. 133/2004), este criterio fue reconsiderada con posterioridad (STS 5 diciembre 2012, rec. 265/2011). Más recientemente, el TC se ha movido en otra línea (STC 17/2017, 2 febrero) y el TS parece haberse reconducido a este criterio (STS 17 julio 2017, rec. 25/2017).

³⁷ Rodríguez Rodríguez, E., “La dimensión organizativa empresarial como factor condicionante en el ejercicio de los derechos laborales”, *Documentación Laboral*, n.º. 107, pp. 47-73.

³⁸ Goerlich Peset, J. M^a, “Innovación, digitalización y relaciones colectivas de trabajo”, *op. cit.*, p. 19.

³⁹ En España, por ejemplo, UGT ha presentado una plataforma denominada *Tu respuesta sindical*, y existen otras plataformas como *Riders Union*, *Amazon Mechanical Turk*, o *Footdora* que

dificultades para tener éxito dentro el marco jurídico actual. Si bien se volverá sobre esta cuestión en el último apartado de este trabajo, cabe ahora señalar que, como es sabido, la LETA⁴⁰ reconoce a los trabajadores autónomos derechos de carácter colectivo.

Los preceptos del Título III -arts del 19 al 22- junto con los arts. 3.2 y 13, sobre los acuerdos de interés profesional, conforman todo el marco normativo al respecto. Se trata de una legislación “simbólica” en tanto que no aporta nada diferente a las previsiones que ya contemplaba expresamente la LOLS⁴¹ –art. 3.1- sobre el derecho de los trabajadores por cuenta propia, sin trabajadores a su cargo, a afiliarse al sindicato de su elección, pero no a fundarlos. Lo más innovador de la regulación de los acuerdos de interés profesional es que prevalecen frente a las cláusulas contractuales individuales de los TRADEs afiliados a un sindicato o asociación, que serán nulas en caso de oponerse a los establecido en el acuerdo colectivo firmado por el sindicato o asociación⁴².

En cualquier caso, la protección otorgada dista mucho de ser equiparable a la de trabajadores por cuenta ajena, pues se trata de contratos de carácter plural, por lo que se exige el expreso consentimiento individual a cada pacto o acuerdo de la asociación o el sindicato. Y, específicamente se recoge como límite a su contenido, las disposiciones sobre la libre competencia⁴³. En fin, dista mucho de cumplir con el objetivo de tutelar a estos autónomos dependientes cuya situación de precariedad manifiesta impone al legislador la obligación de empoderarlos, lo que pasa necesariamente por dotarles de instrumentos negociadores de sus condiciones de trabajo que resulten efectivas y eficientes.

2.1.2. Regulación de la UE

La dicotomía siempre presente entre los derechos sociales –laborales- y económicos -la libertad de empresa- quedó patente en el mismo nacimiento de la Unión Europea. Es sabido que el derecho de libre circulación que originariamente recogía el Tratado de Roma se concebía como la principal justificación y sólo después, se extendió a las personas trabajadoras⁴⁴, con la finalidad de luchar

aglutinan a muchos de estos trabajadores y les sirven para coordinar sus intereses y actuaciones. Cavas Martínez, F., “Breves apuntes para una regulación multinivel de trabajadores de plataformas digitales”, *Revista de Derecho Social*, n.º 87, p. 80.

⁴⁰ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, BOE de 12 de julio de 2007.

⁴¹ Ley Orgánica 11/1985, de 2 de agosto, de Libertad Sindical, BOE de 8 de agosto de 1985.

⁴² Goerlich Peset, J., “Economía digital y acción sindical”, *Revista derecho del Trabajo*, n.º 18, 2018, pp. 65-72.

⁴³ Cruz Villalón, J., “Los acuerdos de interés profesional”, en AA. VV., *El Estatuto del trabajador autónomo* (J. Cruz Villalón y F. Valdés Dal-Ré), La ley, Madrid 2008, pp. 374 y ss.

⁴⁴ Sobre la Unión Europea y su regulación en materia laboral, por todos, Miranda Boto, J. M^a.

contra el *dumping social*⁴⁵ o las diferencias en los costes aparejados de las condiciones laborales de los trabajadores.

Esa concepción mercantilista en origen vino propiciada por la globalización empresarial y el reforzamiento del poder de las grandes empresas, como actores principales. Correlativamente supuso un debilitamiento de los poderes estatales, y también de las formas tradicionales del contrapoder sindical, como se desprende de los pronunciamientos *Laval*, *Viking*, *Rüffert* y *Comisión Luxemburgo*⁴⁶, calificados de *tragic choice*⁴⁷ por su cuestionamiento de las normas internas sobre derechos colectivos.

Además, el incremento de la descentralización productiva durante los años de crisis económica ha producido en Europa un “resquebrajamiento de la cohesión social”⁴⁸ que se intentó compensar con la aprobación del “Pilar Europeo de Derechos Sociales”⁴⁹, aunque ha quedado muy alejado de su pretendido carácter reivindicativo de derechos sociales⁵⁰. De hecho, en las mismas fechas, la Confederación Europea de Sindicatos presentó una propuesta sobre la adopción de un “Protocolo Social Europeo” que intenta salvaguardar la función de los interlocutores sociales y los derechos colectivos de los trabajadores, como garantes de esos objetivos sociales⁵¹. También las instituciones europeas⁵² insistieron en el papel fundamental de los interlocutores sociales sobre todo porque “las nuevas de empleo en un mercado globalizado requieren nuevas formas de diálogo social”.

“El hurón vuelve a Europa o algunas reflexiones inocentes sobre la cuestión prejudicial en materia social”, en AA. VV., *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (Dir. J. M^a. Miranda Boto), Cinca, Madrid, 2018, pp. 619 y ss.

⁴⁵ De Stefano, V., “La ‘gig economy’ y los cambios en el empleo y la protección social”, *Gaceta Sindical: reflexión y debate*, n^o. 17, 2016, pp. 160-162.

⁴⁶ Terradillos Orta maexa, E., “Comentario. Los derechos sociales en el contexto supranacional: especial referencia a la jurisprudencia reciente del TJE y del TEDH”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 52, 2010, pp. 147 y ss.

⁴⁷ Lo Faro, A., “Diritti sociali e libertà economiche del mercato interno: considerazioni minime in margine ai casi Laval e Viking”, *Lavoro e Diritto*, vol. 22, n^o. 1, 2008, pp. 63-96.

⁴⁸ Aparicio Tovar, J., “Un pilar social de la Unión Europea carcomido por la gobernanza económica”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 79, 2017, p. 250.

⁴⁹ Aprobado en Göttemburgo, el 17 de noviembre de 2017. Al respecto, Ramos Quintana, M^a. I., “El Pilar Europeo de Derechos Sociales: la nueva dimensión social europea”, *Revista de Derecho Social*, n^o. 77, 2017, pp. 19-42.

⁵⁰ Blog. Prof. Antonio Baylos Grau, “Por un Protocolo Social Europeo (Ante la cumbre de Göttemburgo y el Pilar Social Europeo)”, <http://baylos.blogspot.com.es/>; fecha de entrada: 16 de noviembre de 2017. (última consulta 20-11-2019).

⁵¹ ETUC Resolution on Fixing the Social Foundation “ETUC Statement on the need for a Social Protocol”. Adoptado en la reunión de su Ejecutiva el 25 y 26 de octubre de 2017.

⁵² “A New Start for social Dialogue”, documento firmado por la Comisión Europea, UEAP-ME, Bussinesseurope, CEEP y ETUC, de 27 de junio de 2016; file:///C:/Users/Usuario/Downloads/KE-02-16-755-EN-N%20(1).pdf (última consulta 22-10-2019).

La concreción de esas estipulaciones de *soft law* se han plasmado en la Directiva 2019/1152, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea⁵³.

En este contexto, toma especial interés la Carta de Derechos Fundamentales, como texto vinculante que forma parte del Derecho originario de la Unión⁵⁴. Este texto otorga carácter de derecho fundamental a la negociación colectiva, en su art. 28, bien es cierto que después de haber reconocido el derecho a la libertad de empresa –art. 16-. De manera simultánea la Carta promueve en sus arts. 2, a 6, derechos básicos sobre las condiciones de trabajo dignas, refiriéndose al “papel esencial” de la negociación colectiva para lograr esos objetivos.

Tal y como recoge la Directiva 2019/1152 en su preámbulo, el TFUE reconoce a los interlocutores sociales su principal función relativa a la defensa colectiva de los intereses de los trabajadores –art. 152- e incluso, podrán ejercer competencias de armonización legislativa –art. 153.1-. Es el propio art. 101.3 el que declara “inaplicables” las reglas sobre competencia a los acuerdos de empresa o a las decisiones de asociaciones de empresas, o cualquier otra práctica similar “que contribuyan a mejorar la producción o la distribución de los productos o a fomentar el progreso técnico o económico, y reserven al mismo tiempo una participación equitativa en el beneficio resultante”.

Por lo tanto, ¿supone excluir de las limitaciones del Derecho a la Competencia, en términos generales, a los derechos sociales articulados a través de los interlocutores sociales?. Y, más aun, ¿podrán los trabajadores autónomos llegar a acuerdos colectivos sobre las condiciones de prestación de sus servicios?. Para dar respuesta a esta cuestión, seguidamente se analizarán los criterios jurisprudenciales del Tribunal de Justicia aplicados a asuntos concretos.

2.2. Criterios del Tribunal de Justicia para armonizar la aplicación de dos derechos “condenados” a entenderse

La primera vez que se planteó la compatibilidad de un convenio colectivo con las normas comunitarias fue a través de los asuntos *Albany*, *Brentjen's* y

⁵³ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea.

⁵⁴ Salcedo Beltrán, C. M^a., “La Europa Social armonizada: ¿realidad o quimera?”, en AA. VV., *El Derecho del Trabajo español ante el Tribunal de Justicia: problemas y soluciones* (Dir. J. M^a. Miranda Boto), Cinca, Madrid, 2018, pp. 146-150.

*Drijvende Bokken*⁵⁵ cuya doctrina ha continuado vidente desde entonces, convirtiéndose en la *leader case* de las que se pronunciaron sobre esta cuestión con posterioridad⁵⁶.

En realidad, en el asunto *Albany*, al criterio del Tribunal lo que se somete es la aparente contradicción entre la obligatoriedad para las empresas de un sector de acogerse a determinados fondos de pensiones y el derecho a la libre competencia que les ampara como sujetos del mercado. El hecho de que esos instrumentos de protección social se estableciesen en convenios colectivos, adoptados entre los empresarios y los trabajadores de un sector, va a ser determinante para que no se consideren cláusulas colusorias.

El Tribunal parte de que “determinados efectos restrictivos de la competencia son inherentes a los acuerdos colectivos celebrados entre las organizaciones representativas de empresarios y trabajadores”. Pero reconoce la importancia de la negociación colectiva en aras de mantener una política social equilibrada, en particular respecto de los derechos económicos de la Unión, y para alcanzar mejoras en las condiciones de empleo y de trabajo. Con la finalidad de no “comprometer gravemente” esos objetivos sociales perseguidos por el ordenamiento europeo, según señala el Tribunal, los convenios colectivos han de permanecer al margen de la prohibición de adoptar acuerdos “que tengan por objeto o efecto impedir, restringir o falsear el juego de la competencia” (art. 101.1 TFUE).

Esta doctrina se ha denominado “inmunidad básica” o “limitada”⁵⁷ en tanto que instituye el “principio general” según el que la negociación colectiva se desarrolla ajena a las reglas restrictivas de la libre competencia. Ahora bien, de este mismo razonamiento se constata que “resulta consustancial” a la negociación colectiva influir en las reglas de la oferta y la demanda del mercado laboral⁵⁸. De la respuesta del Tribunal, junto con las matizaciones de las Conclusiones del Abogado General⁵⁹—más restrictivas que el fallo— se extraen ciertas reglas básicas

⁵⁵ SSTJCE de 21 de septiembre de 1999, *Albany, Brentjen's, Drijvende Bokken*, C-67/96, C-115/97 a C117/97, C-219/997. En lo sucesivo *Albany et al.*

⁵⁶ Otras Sentencias: 21 de septiembre de 2000, C-222/98, *Van der Woude*; 9 de julio de 2009, C-319/07, *Dinamarca y Noruega*; 3 de marzo de 2011, C-437/09, *Prévoyance*. Sobre éstas, Cabeza Pereiro, “Derecho de la competencia, libertad de establecimiento y de-colectivización de las relaciones de trabajo”, *Trabajo y Derecho*, n° 3, 2015, pp. 36-51.

⁵⁷ Guamán Hernández, A., “Negociación colectiva, Derecho de la competencia y libertades de circulación en la Unión Europea”, *Revista del Ministerio de Trabajo e Inmigración*, n° 92, 2008, pp. 155-156.

⁵⁸ Insiste en esta idea, Cruz Villalón, J., “El derecho de la competencia como límite...”, *op. cit.*, p. 21.

⁵⁹ Conclusiones del Abogado General F.G. Jacobs, emitidas el 28 de enero de 1999. Planteó la relación entre los convenios colectivos y el Derecho de la competencia enfocándolo en términos de “inmunidad”, siguiendo el modelo norteamericano y con la tradición anglosajona. Un estudio

sobre los aspectos que han de comprobarse en cada convenio colectivo objeto de la posible exención de las reglas de la libre competencia.

En primer lugar, “ha de atenderse a la naturaleza y objeto de la negociación colectiva”. A lo que cabe añadir el calificativo de “laboral”, en la línea de nuestro art. 37 CE. El convenio debe limitarse a regular las condiciones de trabajo, aun cuando produzcan un impacto que resulta inevitable sobre el desarrollo del resto de mercados de bienes y servicios. Lo que queda vedado serán los contenidos que afecten de manera directa a fijar o regular los precios en el mercado. El Tribunal se limita a analizar sin demasiada precisión la verdadera naturaleza de los convenios objeto de excepción, lo que va a conllevar que se abra la posibilidad a interpretaciones restrictivas o más próximas a las defendidas por el Abogado General, limitando las posibilidades de negociación al núcleo vertebrador de las relaciones laborales –salario y tiempo de trabajo- dejando otros aspectos habituales –y necesarios- en la negociación sin la debida protección.

Además, el acuerdo debe perseguir la finalidad de “mejorar las condiciones de vida y de trabajo”, como indica el Tratado. Esto supone que estarán sujetos a la prohibición de regular un tratamiento discriminatorio, sin que pueda exigirse una regulación igualitaria para determinadas empresas en función de sus propias características. Al contrario, a través de la negociación colectiva se intentará avanzar en la equiparación de derechos laborales, lo que supone, en último término, evitar distorsiones en la competencia mercantil⁶⁰. Asimismo, el Tribunal no examinará globalmente el convenio colectivo, si no que se limitará a aquellas que aparentemente chocarían con el derecho a la competencia. En este sentido, en el ámbito interno se ha dado por válida la cláusula relacionada con la defensa de la estabilidad en el empleo⁶¹.

Uno de los aspectos que se ha criticado de la sentencia *Albany* es su falta de aclaración, también, respecto del ámbito subjetivo protegido. Fue en el asunto *Palov y otros*⁶² en el que el Tribunal matizó que esa “inmunidad” se circunscribía a los convenios celebrados entre empresarios y representantes de los trabajadores por cuenta ajena. Sin embargo, con pocos días de diferencia, el mismo juez europeo la corrige y da cabida, de nuevo, a los acuerdos colectivos celebrados

crítico de las mismas, Cabeza Pereiro, J., “Negociación colectiva y Derecho de la Competencia...”, *op. cit.*, pp. 6-10.

⁶⁰ Cruz Villalón, J., “El derecho de la competencia como límite...”, *op. cit.*, pp. 24-25. En las siguientes páginas, un estudio detallado de las manifestaciones más significativas en el ámbito laboral interno y su colisión o no con la libre competencia.

⁶¹ Por todas, SAN de 30 de septiembre de 2013 (proced. 349/2013). Sobre estas interpretaciones, Molina Navarrete, C., *El nuevo Estatuto de los Trabajadores a la luz de la jurisprudencia comunitaria*, La Ley, Madrid, 2017, pp. 71-91.

⁶² SSTJUE de 12 de septiembre de 2000, C-180/98 a C-184/98.

por profesionales liberales⁶³. Esta interpretación sí se ajusta a la doctrina general manifestada en *Albany* que alude únicamente al “resultado de una negociación colectiva entre asociaciones representativas de los empresarios y las organizaciones representativas de los trabajadores” y, atendiendo a la propia regulación comunitaria, deriva a los Estados la definición concreta del convenio colectivo a los efectos de resultar incluido o no en la excepción del art. 101 del Tratado.

Finalmente será la importante sentencia del asunto *FNV Kunsten*⁶⁴ la que incida en el carácter aperturista de la cláusula de exclusión. Así, las normas limitativas del derecho a la competencia no se aplicarán a los acuerdos colectivos que regulen condiciones laborales, como las remuneraciones mínimas a percibir, cuando afecten a trabajadores subordinados, aunque se trate de prestadores autónomos de servicios que se encuentren afiliados a las organizaciones de trabajadores que celebran el convenio. De hecho, da un paso más y señala que, en este caso, no se trata de autónomos, en el sentido estricto de hacerlos equivalentes a empresas cuyos acuerdos sí serían objeto de prácticas colusorias, si no que los califica como “falsos autónomos” por encontrarse “en una situación comparable a la de los trabajadores”. A mayor abundamiento, resultan muy interesantes las Conclusiones del Abogado General sobre la virtualidad de esta interpretación para evitar el “dumping social” que supondría que esos autónomos no tuviesen límites a la libertad de las condiciones que pueden pactar con la empresa y, entonces sí, afectar al empleo de los asalariados⁶⁵.

3. REFLEXIONES FINALES: ¿LOS ACUERDOS DE INTERÉS PROFESIONAL SON UN INSTRUMENTO EFICAZ EN EL NUEVO CONTEXTO PRODUCTIVO?

Llegados a este punto, cabe preguntarse si la negociación colectiva cuenta con instrumentos en los que encuentren cobijo los autónomos vulnerables o “microprestadores” de servicios en la nueva economía digital⁶⁶.

La respuesta pasa por delimitar los conceptos de trabajador y empresario, para deslindar al autónomo de su intrínseca naturaleza empresarial. La expansiva interpretación del Tribunal de Justicia considera trabajador a una persona “durante cierto tiempo, en favor de otro y bajo su dirección, realice determinadas prestaciones, a cambio de las que recibe una retribución”⁶⁷, con independencia

⁶³ STJUE de 21 de septiembre de 2000, *Hendrik van der Woude*, C-222/98.

⁶⁴ STJUE de 4 de diciembre de 2014, C-413/13.

⁶⁵ Conclusiones de Abogado General N. Wahl, presentadas el 11 de septiembre de 2014. También se refiere a la interpretación de la Corte estadounidense, pero en este caso, a la *Sheman Act*.

⁶⁶ Freedland M. & Dhorajiwala, H., “UK response to new trade Union strategies for new forms of employment, *European labour Law Journal*, 2019, vol. 10 (3), pp. 281-290.

⁶⁷ STJUE de 20 de septiembre de 2007, *Sari Kiiski*, C-116/06, sobre embarazo y permiso.

de la calificación jurídica de la relación contractual por los ordenamientos nacionales⁶⁸. El propio Parlamento europeo se refiere a los “indicios específicos” que ya recogió la OIT, para determinar que nos hallamos ante una relación laboral⁶⁹. Del mismo modo han sido recogidos por la Comisión Europea, aunque insiste en la necesidad de individualización de cada actividad para determinar si se trata de plataformas digitales o de provisión del servicio⁷⁰. Esos “indicios”, con diversas variantes en la práctica, son la dependencia o subordinación a un tercero que dirige cómo se hace el trabajo, el aprovechamiento personal como contrapartida al esfuerzo realizado y la inexistencia de la asunción de riesgos financieros por parte de quién presta el servicio. Precisamente, carecer de responsabilidades respecto de los riesgos empresariales y comerciales derivados de la actividad, es lo que caracteriza al empresario⁷¹, en palabras del asunto FNV Kunsten, será autónomo el “operador económicamente independiente”.

Ahora bien, corresponde al juez nacional determinar la calificación jurídica concreta del prestador del servicio y, en definitiva, de ello dependerá que los acuerdos sobre sus condiciones de trabajo estén exentos o no de las normas de competencia. Por lo tanto, persisten incertidumbres en torno al mismo concepto de “falso autónomo” y la propia ponderación respecto de la intensidad de riesgo soportado.

La legislación española sobre trabajo autónomo ha querido salvaguardar de la intromisión del derecho europeo a la regulación de los acuerdos de interés al reconocer expresamente su sujeción a la libre competencia. No obstante, esta normativa presenta limitaciones que podrían eludirse fácilmente porque no revisten ningún interés legal y, al contrario, podrían dar cabida a la negociación de unas condiciones de trabajo dignas para muchos más autónomos vulnerables. Cabe proponer la extensión de este derecho a todos los que no tengan empleados a su cargo, siguiendo además las previsiones del art. 3.1 LOLS, sobre el derecho de afiliación sindical⁷². Y, en esta línea, ¿por qué no se podrían negociar convenios

Sobre despido colectivo, SSTJUE de 9 de julio de 2015, *Balkaya*, C-229/14, y de 11 de noviembre de 2015, *Pujante Rivera*, C-422/14. Y, sobre el concepto de trabajador de ETT, STJUE de 17 de noviembre de 2016, *Betriebsrat der Ruhrlandklinik gGmbH*, C-216/15.

⁶⁸ STJUE de 11 de noviembre de 2002, *Danosa*, C-232/09.

⁶⁹ Resolución del Parlamento Europeo, de 4 de julio de 2017, *op. cit.* Y OIT, sobre el Programa de trabajo decente, <http://www.oit.org/global/topics/decent-work/lang--es/index.htm>; (última consulta 20-01-2020).

⁷⁰ Comunicación “Una agenda europea para la economía colaborativa”, de 2 de junio de 2016. COM (2016) 356 final.

⁷¹ STJUE de 14 de marzo de 2019, *Vantaan kaupunki*, C-724/17, sobre la responsabilidad empresarial.

⁷² Considera que tiene escasa virtualidad práctica, Martínez Moreno, C., “La autonomía colectiva y sus medios de expresión”, Ponencia XXIX Congreso AEDTSS, Salamanca 30 y 31 de mayo de 2019.

colectivos de carácter sectorial para estos, teniendo en cuenta las reglas de legitimación derivadas de los arts. 7 y 8 LOLS⁷³, así como del art. 87 ET?. Nada lo impide, como ha demostrado el sector de la hostelería⁷⁴.

Y, para terminar, cabe recordar que el Comité Europeo de Derechos Sociales del Consejo de Europa ha establecido, en su Declaración del 12 de septiembre de 2018⁷⁵, que el derecho de negociación colectiva de los trabajadores autónomos está protegido por el art. 6.2 de la Carta Social, atendiendo al criterio de ponderación de poderes entre el empleador y el proveedor del servicio. La ausencia de capacidad decisoria de estos empleados sobre el contenido de sus términos contractuales está debilitando seriamente sus derechos. Por eso la Carta prevé una ordenación-protección multinivel actualizada de los derechos sociales de las personas trabajadoras, superando la doctrina de la sentencia *Albany*⁷⁶.

La negociación colectiva ha concebirse al margen del derecho de libre competencia dado que su finalidad consiste en mejorar las condiciones laborales de los empleados y, por tanto, está desvinculada de las reglas del mercado. Es un derecho intrínseco a todos los trabajadores, incluyendo a los autónomos vulnerables, y cuyo ejercicio es eminentemente colectivo, pues entronca con el derecho de libertad sindical. Negarle ese reconocimiento como derecho laboral básico sería vaciarla de contenido y limitarla a una especie de contratación civil *inter partes* pero, aun en estos casos, sin respetar el principio de “igualdad de armas”, propio de los acuerdos entre privados.

Como se propugna desde la misma creación de la OIT “el trabajo no es una mercancía”. En consecuencia, debe permanecer ajeno a las reglas mercantiles y guiarse por la defensa de los derechos sociales, como es la negociación colectiva.

⁷³ Baylos Grau, A., *Sindicalismo y Derecho Sindical*, 7ª ed., Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 24 y ss.

⁷⁴ V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, art. 4, sobre su ámbito funcional: “incluido el servicio de reparto (... de) las plataformas digitales o a través de las mismas”. BOE de 29 de marzo de 2019. Rodríguez Piñero Royo, M., “El papel de la negociación colectiva. Contenidos a afrontar, aparición de nuevas actividades y nuevas formas de trabajo”. http://www.mitramiss.gob.es/es/sec_trabajo/cncc/G_Noticias/Jornadas/2017_Miguel_Rodriguez-Pinero.pdf. (última consulta 20-1-2020).

⁷⁵ Excelente análisis, Rojo Torrecilla, E., <http://www.eduardorjotorrecilla.es/2018/12/sobre-el-reconocimiento-del-derecho-la.html> (última consulta 20-1-2020).

⁷⁶ Al respecto de nuestro ordenamiento, muy clarificadora STSJ de Cataluña, de 17 de enero 2020 (rec. 5532/2019).

ANÁLISIS CASUÍSTICO DE LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS *RIDERS* DE GLOVO A TRAVÉS DEL CONTENIDO FÁCTICO DE LAS RESOLUCIONES JUDICIALES*

MARÍA BELÉN FERNÁNDEZ DOCAMPO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidade de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales- empresa prestadora de servicios-empresa intermediaria-sentencias-hechos probados.

La calificación de la relación jurídica que vincula a los *riders* con la entidad propietaria de la plataforma virtual a través de la que prestan servicios conforma la temática central de este trabajo. Pero para su elaboración se utilizará una metodología diferente a las seguidas mayoritariamente. El estudio y sus conclusiones se plantearán a partir de los hechos declarados probados de las sentencias judiciales –no sus argumentaciones jurídicas- dictadas hasta la fecha en España y solo en relación con una plataforma en particular, en concreto, Glovo.

ABSTRACT

KEYWORDS: digital platforms- service provider company-intermediary agency- court judgments -proven facts.

The central scope of this work is the type of the legal relationship that links *riders* with the entity that owns the digital platform through which they provide services. However, the methodology followed for its elaboration will be different than the traditional ones. The study and its conclusions will be based on the proven facts from the court judgments issued to date in Spain and not on their legal arguments. This study will be based on a concrete platform: Glovo.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto de Investigación “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital”, DER2017-83488-C4-2-R, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ÍNDICE

1. PLANTEAMIENTO
2. FUNCIONAMIENTO DE GLOVO A TRAVÉS DE SU DESCRIPCIÓN FÁCTICA
 - 2.1. La entidad mercantil Glovo y su objeto social
 - 2.2. La plataforma virtual GlovoApp: registro y oferta de servicios
 - 2.3. Sobre el acceso a la condición de repartidor y su vínculo contractual con la plataforma
 - 2.4. Asignación de trabajo al repartidor
 - 2.5. Pagos por los servicios prestados y remuneración a los *riders*
 - 2.6. Organización de la actividad: localización, exclusividad, horarios, titularidad de los medios de prestación de servicios y asunción de riesgos y comunicaciones e instrucciones empresariales
 - 2.7. Puntuación del repartidor y poder sancionador
3. EPÍLOGO

1. PLANTEAMIENTO

La problemática de la calificación jurídica que deba otorgarse a la relación que mantienen las personas prestadoras de servicios a través de las plataformas digitales con las entidades titulares de dichas plataformas ha conformado -y sigue conformando- uno de los temas más recurrentes de los estudios doctrinales llevados a cabo en los últimos años en el marco del Derecho del Trabajo, tanto en el ámbito internacional como en el interno. Y la cuestión no es baladí, pues de ello va a depender la identificación del conjunto normativo de derechos y obligaciones que regulará la referida relación. Sin embargo, a día de hoy, y aunque la tendencia mayoritaria sea la de propugnar su laboralidad, sabido es que no existe una única respuesta. También es conocido que este intenso y a veces polémico debate doctrinal se ha judicializado, y que los pronunciamientos, que no son pocos, son contradictorios, tanto entre sí como respecto de los de otros países, a la espera, por lo menos en lo que a España se refiere, de la solución que pueda aportar el Tribunal Supremo. Quizás, esa falta de criterios únicos, pero también la precariedad en la que se encuentran sus afectados, hayan podido ser la causa de la aparición de un nuevo debate sobre esta situación que, sin desmerecer el anterior, lo complementa. A saber, la búsqueda y reconocimiento de un catálogo de derechos laborales y de protección social para todas las personas prestadoras de esos servicios con independencia de su estatus jurídico como trabajadores asalariados, autónomos o TRADEs.

Al margen de la respuesta que se pueda o se quiera defender sobre cualquiera de los debates anteriores, es preciso poner de manifiesto la “marcada heterogeneidad” que “rodea el mundo de la *on-demand economy* y, dentro de esta, en el subsector de la economía de las plataformas”¹. Entre otras, existen las que ofrecen

¹ Cfr. Cavas Martínez, F., “Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales”, *Revista de Derecho Social*, núm. 87, 2019, p. 69.

servicios profesionalizados –con mayor o menor nivel de cualificación- frente a las de servicios no profesionalizados o manuales. Asimismo, las que precisan una ejecución local y física por parte del prestador –plataformas *offline*- y las que admiten la realización de la actividad contratada en el ciberespacio –plataformas *online*-. Y, también, las que proporcionan un único y específico servicio –transporte de personas, reparto de comida a domicilio, etc. y las multiservicios con diferentes niveles de influencia sobre la gestión de cada uno en particular. Esta última clasificación permite, a su vez, visibilizar otra fundamental a fin de poder conceptualizar jurídicamente la prestación personal de una actividad en su ámbito, y que es la distinción entre plataformas de intermediación y de prestación de servicios. Desde luego, si actúan como meras intermediarias tecnológicas entre la persona prestadora y el cliente final, en cualquiera de sus variantes –agencia privada, empresa de trabajo temporal, etc-, parece que puede admitirse la prestación autónoma de servicios en su ámbito. Por el contrario, si la entidad propietaria de la plataforma tiene por objeto la prestación de un servicio determinado, su condición de empleadora de quienes lo prestan personalmente parece indiscutible, pese a ser múltiples, también, las circunstancias que puedan concurrir en su ejecución, como pueden ser, entre otras, la interposición –lícita o ilícita- de una tercera entidad entre la titular de la plataforma y la persona prestadora.

La heterogeneidad en la oferta de servicios y en su modo de ejecución se extiende, asimismo, a los términos legales –los del libre acceso- que ordenan sus condiciones de uso y contratación –acceso, registro, tarifas-, ya sea como cliente, ya sea como prestador, lo que impide elevar a categoría general cualquier afirmación que pueda vertirse al respecto. Es más, muchas de las plataformas comparten cierto oscurantismo a la hora de exteriorizar al público algunos de sus requisitos de utilización, lo cual, más allá de suscitar los lógicos recelos de sus eventuales destinatarios, contrasta, y mucho, con una serie de iniciativas internacionales que propugnan precisamente lo contrario. Por un lado, la Recomendación núm. 198 OIT, de 15 de junio de 2006, sobre la relación de trabajo, en la que queda visible la importancia de conocer con claridad sus criterios identificadores para poder accionar sus efectos protectores. En la misma línea, y ya en el contexto de la economía digital, parecía que iba el contenido de la Directiva 2019/1152, de 20 de junio, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE. No en vano, en su Exposición de Motivos se advierte de la incertidumbre jurídica que rodea a las nuevas formas de empleo derivadas de la digitalización, y de ahí la importancia de la información completa y accesible sobre sus condiciones laborales y de protección social. Ahora bien, la exclusión expresa de su ámbito de aplicación de los “trabajadores que realmente sean por cuenta propia” defraudó muchas de las expectativas puestas en su aprobación.

Con la vista puesta en el debate de partida –la calificación jurídica de la prestación de servicios a través de plataformas digitales–, todavía sin resolver, las circunstancias concurrentes –heterogeneidad y falta de transparencia– animan a persistir en la búsqueda de respuestas, pero, para ello, se seguirá una metodología diferente a las habituales en esta clase de trabajos. En particular, se utilizará como fuente de estudio el contenido fáctico –no sus argumentaciones jurídicas– de las resoluciones judiciales dictadas hasta la fecha en España sobre este tema. Por otra parte, para sortear la heterogeneidad, el análisis, además, se limitará a lo acontecido en una sola plataforma digital. Así, de las dos más polémicas desde la perspectiva interna, Glovo y Deliveroo, se ha optado por la primera, y ello porque, entre otras razones, Deliveroo es objeto de examen en otro trabajo en este mismo monográfico. Cuando resulte necesario, y a fin de clarificar lo máximo posible su funcionamiento, también se utilizarán datos contenidos en su web corporativa².

2. FUNCIONAMIENTO DE GLOVO A TRAVÉS DE SU DESCRIPCIÓN FÁCTICA

2.1. La entidad mercantil Glovo y su objeto social

Glovo, nombre comercial con el que se conoce a la entidad mercantil Glovoapp23, S.L., fue constituida en Barcelona en el año 2014 y su objeto social es la “explotación de aplicaciones informáticas de servicios de recadero con facultad de adquisición de bienes por cuenta ajena actuando como comisionista”, así como, la “realización de la actividad de intermediario en la contratación de transporte de mercancías por carretera en concepto de agencia de transporte, transitario, almacenista distribuidor u operador logístico”³. Tal actividad, así formalmente descrita, la ha llevado a adherirse al código CNAE número 6209, correspondiente a “otros servicios relacionados con las tecnologías de la información y la informática” y al código SIC número 7379, que identifica “servicios relacionados con la computación SC”.

De la descripción de su objeto social y de los dos sistemas homologados de clasificación de actividades, es evidente que la pretensión de Glovo es presentarse ante la sociedad como una empresa de tecnología, incluso, podría decirse como una empresa informática. De hecho, en su web empresarial, se autodefine como una “compañía tecnológica” y subraya que su “actividad principal

² <https://glovoapp.com/es/>

³ JS núm. 33 Madrid Sentencia núm. 53/2019 de 11 febrero 2019 (HP PRIMERO) y TSJ Madrid (Social) Sentencia núm. 715/2019 de 19 de septiembre (HP SEGUNDO).

es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica⁷⁴. Dicha plataforma de carácter virtual, a la que se puede acceder a través de una aplicación móvil -app móvil- o de una aplicación web -app web-, recibe la denominación de GlovoApp. Es más, también en la web, se afirma literalmente que “Glovo es una plataforma de intermediación en la contratación telemática de servicios *on demand*” a través de la que se permite “facilitar que aquellas personas que necesiten ayuda con sus recados, compras presenciales y/o recogida de productos en comercios locales (en adelante, clientes), puedan realizar sus recados mediante y delegando en terceros dispuestos a llevar a cabo voluntariamente el mandato que le confieran los clientes (en adelante, mandatarios)”⁷⁵. Sin ahondar en la búsqueda de más datos sobre su objeto social, es evidente que Glovo quiere destacar su condición de entidad mediadora o meramente intermediaria entre los prestadores de servicios –los repartidores, también conocidos como *glovers* o *riders*- y el público en general –los consumidores o clientes-, actividad que desempeña a través de su plataforma informática virtual.

A partir de estas consideraciones, si se comprueba que la ejecución material del objeto social de Glovo a través de su plataforma no coincide con el formalmente descrito, quizás, su consideración de compañía tecnológica o simple intermediaria en la contratación de determinados servicios no responda a la realidad, con todo lo que ello puede suponer en la calificación jurídica de la relación que le vincula con sus repartidores. De ahí la importancia de reparar en el contenido fáctico de las resoluciones judiciales existentes como reflejo de una realidad subyacente. Pues bien, se han encontrado algunas en las que, al contrario de lo que proclama su web, consta acreditado que “el reparto y la mensajería constituyen hasta la fecha una actividad consustancial, que no accesoria, en el funcionamiento y rentabilidad de Glovo, actividad esta gestionada y organizada por la misma a través de su plataforma App”. Y ello es así, entre otras razones, porque “Glovo interviene y negocia todos los aspectos relacionados con la forma o método de recoger los productos y tiempo y modo de entrega” y “en ninguna de las negociaciones interviene el repartidor”⁷⁶.

Sin embargo, también se han encontrado otras en las que se pone de manifiesto que la actividad fundamental de Glovo como “compañía tecnológica” es, principalmente, el “desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica” a través de la cual se ejerce una actividad de intermediación entre comercios que quieren

⁷⁴ <https://glovoapp.com/en/legal/terms>: cláusula número 1 (objeto).

⁷⁵ <https://glovoapp.com/en/legal/terms>: cláusula número 1 (objeto).

⁷⁶ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 128/2019 de 3 abril (HP DÉCIMO), S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP DÉCIMO) y S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 134/2019 de 4 abril (HP NOVENO).

ofertar sus productos y consumidores finales que desean su adquisición y entrega⁷. Son los “comercios locales”, con los que Glovo mantiene acuerdos comerciales, los que ofrecen “a través de la plataforma (...) una serie de productos y servicios”. Y es el consumidor final el que puede “solicitar la compra de tales productos a través de un mandato que confiere a un tercero utilizando la plataforma de Glovo y abonando el coste del producto y el transporte”. Por lo tanto, la función de la entidad es poner “a su disposición” –del consumidor- “un repartidor que acude al establecimiento, adquiere el producto y lo lleva hasta su destino”, sin perjuicio de que también sea posible solicitar sólo el transporte de mercancías de un punto a otro, sin adquisición de las mismas”.

En fin, sin ocultar la contradicción existente y sin perjuicio de seguir desmascarando el resto de elementos que identifican la actividad y funcionamiento de Glovo, desde este mismo momento no es descartable su catalogación como entidad prestadora de servicios al público en general, y ello pese a su obstinación en aparentar todo lo contrario. Servicios de recadería, de mensajería, de reparto..., apuntan las sentencias antes mencionadas, para lo cual se sirve de los repartidores en las condiciones y del modo que se verá a continuación.

2.2. La plataforma virtual GlovoApp: registro y oferta de servicios

Para la ejecución de sus actividades, ya se trate de intermediación, ya se trate de mensajería o recadería, la entidad Glovo es titular y gestiona una plataforma informática –GlovoApp- que “relaciona los clientes finales en demanda de un determinado producto y los proveedores o fabricantes del mismo y a los que suministra servicio de recogida y entrega mediante repartidores”⁸. Ahora bien, la condición de usuarios de la dicha plataforma solo se reserva para los clientes y también para los repartidores, los *glovers*. La relación entre Glovo y los comercios y negocios que ofertan sus productos a través de su App lo es, generalmente, mediante acuerdos de tipo comercial externos a la plataforma⁹. En todo caso, hay que tener en cuenta que también es posible la adquisición de productos en entidades –elegidas o no por el cliente- con las que no exista previo

⁷ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca núm. 215/2019 de 14 junio (HP CUARTO). Con terminología prácticamente coincidente, S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP TERCERO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

⁸ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP SEGUNDO).

⁹ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP TERCERO) y S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP TERCERO).

acuerdo comercial. Son los conocidos como pedidos “no partner” sobre los que se volverá con posterioridad¹⁰.

La inscripción en la plataforma como cliente no conlleva ninguna particularidad digna de mención, más allá del requisito de haber cumplido los 18 años de edad y de cumplimentar de manera veraz el formulario de datos personales y de la tarjeta bancaria, además de aceptar las condiciones de uso y contratación¹¹. No ocurre lo mismo con el registro como repartidor –los potenciales *glovers* o *riders*-, pues con carácter previo es necesario superar y acreditar una serie de requisitos, unos informativos y otros de carácter material. Todos ellos se describirán en el epígrafe siguiente. Solo después se les proporcionará una “dirección de correo electrónico y una contraseña y pueden comenzar a repartir”¹². Sobre los acuerdos con comercios y negocios *adheridos* –cuando existan- ya se ha advertido que resultan totalmente ajenos a la plataforma.

A través de su plataforma, Glovo gestiona pedidos de diferentes clases –los denominados *glovos*- que en la mayoría de las sentencias consultadas reciben la denominación de servicio de mensajería y servicio recadería, respectivamente. En el conocido como “Glovo de mensajería (...) la empresa recoge el producto en el lugar indicado por el usuario (origen) y lo entrega en otro lugar indicado también por el usuario (destino)” y mediante el “Glovo de recadería se le encarga a la empresa la compra de un determinado producto en sentido amplio (comida o cualquier producto del mercado que tenga las dimensiones indicadas) y su entrega en el lugar indicado por el usuario (destino)”¹³. En fin, en el Glovo de mensajería, solo se contrata el transporte de una mercancía, sin su adquisición¹⁴. En cambio, en el de recadería, además, se contrata la adquisición¹⁵. Como es natural, en la web empresarial se deja constancia de las dos modalidades de pedidos¹⁶. De hecho, la diversidad de su actividad es uno de sus reclamos publicitarios de Glovo. Como muestra de esta afirmación, en las búsquedas por internet de la actividad empresarial, se indica expresamente que “en Glovo compramos, recogemos y enviamos cualquier cosa que necesites de tu ciudad. Úsanos para hacer envíos exprés (documentos, paquetes, llaves, etc), pedir cualquier cosa (farmacia, comida, electrónica, flores, etc) o hacer tus gestiones... ¡lo que se te ocurra! ¡Y

¹⁰ STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

¹¹ <https://glovoapp.com/en/legal/terms>: cláusula número 3 (acceso y registro para clientes).

¹² S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP SÉPTIMO).

¹³ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP SEGUNDO) y S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP SEGUNDO).

¹⁴ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP TERCERO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

¹⁵ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP TERCERO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

¹⁶ <https://glovoapp.com/es/glovers>

lo hacemos en minutos!”¹⁷. Tratándose de la adquisición de productos -Glovo de recadería-, téngase en cuenta que la opción de *ordenarla* en establecimientos con los que no exista acuerdo comercial previo, amplía considerablemente el abanico de operaciones empresariales.

A modo de síntesis de toda la actividad ofertada por la entidad Glovo a través de su plataforma GlovoApp, sirva aquí traer a colación la relación elaborada por la doctrina judicial en función de los datos aportados y acreditados en distintos procesos judiciales y que clasifica en cuatro tipos de servicios. A saber, “pedido *partner*, perdido no *partner*; pedido sin establecimiento y pedido sin transacción”. El primero de ellos, pedido *partner*, relaciona al consumidor con un establecimiento con el que la mercantil tiene un acuerdo comercial. El segundo, “los pedidos *no partner*, que suponen que la empresa carece de acuerdo con el establecimiento (...) que elegirá o no el cliente”. Cuando no lo elige, se trata del conocido como “pedido sin establecimiento”, que conforma la tercera modalidad. Y por último, cabe la posibilidad de que no se dé transacción alguna, limitándose el repartidor a transportar una mercancía de una dirección a otra”¹⁸.

De nuevo, y sin querer extraer conclusiones definitivas, parece que las condiciones de registro en la plataforma, en particular, de los eventuales *riders*, pero, sobre todo, la oferta de servicios existente, justifican que de nuevo aflore la idea de que Glovo puede responder a la calificación de empresa de servicios. Por un lado, porque tales condiciones las determina la plataforma, o, mejor dicho, su mercantil propietaria. Y solo si se cumplen, es posible el registro como repartidor. Y por otro, porque los acuerdos comerciales con los proveedores, cuando existan, y que son los que hacen posible los pedidos *partner* -se supone que los mayoritarios, pues de ellos se nutre financieramente la entidad¹⁹-, han sido consensuados entre Glovo y los comercios, sin ninguna intervención de los repartidores que los harán efectivos.

2.3. Sobre el acceso a la condición de repartidor y su vínculo contractual con la plataforma

Como acaba de anticiparse en el epígrafe anterior, el registro en la plataforma como repartidor, a los que la propia empresa califica de colaboradores²⁰, exige

¹⁷ <https://www.web-media.com.ar/nuestro-blog/actualidad/que-es-glovo-y-como-funciona.html>

¹⁸ STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

¹⁹ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 1155/2019 de 27 noviembre (HP TERCERO).

²⁰ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP SÉPTIMO) y STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO). El término “colaborador” también aparece así expresamente en la web <https://glovoapp.com/es/glovers>

con carácter previo la superación de un doble requisito, uno de carácter esencialmente informativo y otro de carácter más formal. En el primero, también llamado entrevista informativa, “se les explica el funcionamiento de la aplicación y la mecánica del reparto”²¹. Suele desarrollarse en varias sesiones en las que también se incluye información sobre “el funcionamiento del negocio empresarial”²². En ocasiones, tales sesiones reciben el nombre de “sesiones de formación (...) por parte de Glovo”, con una duración de varias horas, referida a la utilización de la App, horarios y zonas los encargos”²³. Superada esta fase, en la segunda, “se les pide que acrediten el alta en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos y el desembolso de 20 euros para gastos de asesoría”²⁴. Solo posteriormente se procede a la firma del contrato de colaboración, se les proporcionará una dirección de correo, la correspondiente contraseña y podrán, así, comenzar a repartir²⁵. Han adquirido, entonces, la condición de *glovers*, también conocidos como los *riders* de Glovo.

En ocasiones, consta acreditado que el vínculo formalizado entre el *glover* y Glovo ha sido un “contrato de prestación de servicios profesionales para la realización de recados, pedidos, o microtarefas como trabajador autónomo”²⁶. En otras, la vinculación se ha materializado a través de un “contrato para la realización de actividad profesional como trabajador autónomo económicamente dependiente”²⁷. En ningún caso se ha confirmado la celebración de un contrato de trabajo o el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre Glovo y sus repartidores.

En definitiva, dos ideas que merecen ser destacadas en lo que se refiere a la contratación de un potencial *rider* por parte de Glovo. Por un lado, la necesidad de superar una serie de requisitos –más o menos exigentes- que le exige la entidad empresarial, algunos de cierto contenido formativo. Es decir, existe cierta orientación profesional empresarial al futuro prestador del servicio que ella misma publicita en su plataforma. Por otro, la imposición unilateral, también por parte de la empresa, de las condiciones que regirán su relación contractual con el

²¹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP SÉPTIMO) y STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

²² S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP CUARTO) y S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP CUARTO).

²³ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP OCTAVO).

²⁴ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP SÉPTIMO) y STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

²⁵ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP SÉPTIMO).

²⁶ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP PRIMERO).

²⁷ S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP PRIMERO), S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP SEXTO) y STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

prestador, sin que se aprecie la existencia de ningún espacio libre y, por lo tanto, abierto a la negociación. A poco que se reflexione sobre el particular, ninguna de estas dos ideas parecen ser muy compatibles con una prestación autónoma de servicios.

2.4. Asignación de trabajo al repartidor

La localización es un factor clave en la asignación de un servicio de mensajería o recadería a los *glovers* registrados en la plataforma, pero no el único. A partir de ahí entran en juego otros factores que buscan que el servicio se preste con la mayor agilidad y menor coste posible. La conjunción de todos ellos “se realiza telemáticamente por el algoritmo de Glovo siguiendo una función de coste-beneficio que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes”²⁸. En todo caso, hay que saber que, anterior a la referida asignación, la aplicación realiza “previsiones de demanda (...) por días y franjas horarias”. A partir de estas previsiones, los repartidores eligen, dos veces por semana, “los días y horas en que se comprometen a realizar su personal actividad, aun cuando posteriormente puedan desvincularse de dicho compromiso”²⁹. Sin embargo, los repartidores no acceden libremente a todas las franjas disponibles. El acceso a más o menos franjas va a depender de su “valoración personal”³⁰ previa, para lo que se tienen en cuenta, entre otros datos, la puntuación asignada por consumidores, la valoración de los establecimientos, pedidos realizados en horas de alta demanda y su índice de respuesta en los bloques horarios elegidos³¹. Sobre los criterios de valoración se incidirá en su epígrafe correspondiente.

De la combinación de todo lo anterior, los criterios de asignación de trabajo –repartos- resultantes van a ser los siguientes: en primer lugar, que el repartidor esté activo y dentro su franja horaria. A continuación, el tipo de aceptación, automática o manual. Después, su disponibilidad, esto es, que esté libre, en fase final de entrega de un producto o, incluso, si así se solicita, en fase de espera de la recepción de un producto. Por último, la proximidad física al lugar de recogida o adquisición y posterior entrega³². La aceptación automática significa que es la

²⁸ S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP SEGUNDO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

²⁹ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP TERCERO), S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 128/2019 de 3 abril (HP TERCERO) y S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 134/2019 de 4 abril (HP TERCERO).

³⁰ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP OCTAVO).

³¹ Todos estos criterios evaluables son descritos de forma más detallada en S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP OCTAVO).

³² Todos estos criterios en STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

plataforma la que asigna el pedido “pudiendo ser rechazado por el repartidor”, mientras que en la aceptación manual “es el repartidor el que selecciona el reparto de entre los disponibles”³³.

Así las cosas, una vez que el cliente requiere un servicio a través de la App, la plataforma, mediante el algoritmo antes referido, asigna el pedido a un repartidor³⁴. Como acaba de referirse, el algoritmo ha sido diseñado para lograr el menor coste posible en la ejecución del servicio, para lo cual se tiene en cuenta, entre otros factores, el sistema de evaluación de repartidores³⁵. En la modalidad de aceptación automática, el repartidor puede rechazar de forma manual el pedido asignado. En la modalidad de aceptación manual, es el repartidor el que debe seleccionar qué reparto desea hacer entre los disponibles. Ahora bien, en cualquiera de las dos modalidades, el repartidor solo entra en contacto directo con el cliente de forma directa, una vez que ha aceptado el pedido³⁶ y solo es a partir de ese momento cuando conoce toda la información adicional necesaria para la realización del servicio³⁷.

2.5. Pagos por los servicios prestados y remuneración a los *riders*

La política de pagos por los servicios prestados y la remuneración a los repartidores es asumida exclusivamente por la empresa, lo que evidencia la existencia de cierta subordinación económica. En concreto, el precio por cada servicio de reparto vendrá fijado por la plataforma de forma orientativa, que así se lo comunica al cliente cada vez que inicia una solicitud. En su determinación influyen las variables tiempo y distancia, e incluye el IVA. Si no es posible calcular *a priori* las referidas variables, Glovo solo hace una estimación, también con IVA. En cualquiera de los dos supuestos, es al finalizar el transporte cuando el repartidor recibe de parte de la plataforma comunicación del precio final³⁸. Y esa cantidad, que ha de abonar el cliente, comprende el precio del producto y el del servicio de reparto que incluye la comisión de Glovo por su intermediación y el coste de la actividad del repartidor³⁹. Su abono se hace directamente a la plataforma “en el momento de materializarse la entrega a través de la tarjeta de crédito facilitada

³³ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP NOVENO).

³⁴ STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

³⁵ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP CUARTO). y S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 134/2019 de 4 abril (HP SEGUNDO).

³⁶ STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

³⁷ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP TERCERO) y S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP TERCERO).

³⁸ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP SEXTO).

³⁹ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP QUINTO).

por el usuario al registrarse en la aplicación⁴⁰. Cuando el servicio contratado incluya la adquisición de un producto en un establecimiento sin previo acuerdo comercial, será abonado por el *rider* en el momento de su retirada a través de la tarjeta de débito previamente facilitada por Glovo⁴¹.

De la cantidad abonada por parte del cliente, Glovo procede, en primer lugar, a pagar al establecimiento proveedor el producto consumido, previo descuento de las comisiones pactadas correspondientes por su intermediación. La facturación entre ambas suele ser mensual, en función de las operaciones cerradas⁴². A continuación, se paga al repartidor, previa emisión de facturas que la “citada mercantil elabora con los datos de los que dispone en la aplicación y atendiendo al precio por la actividad prestada” que también ella establece⁴³. Las facturas se giran a cada *rider* con periodicidad quincenal –en ocasiones, semanal-, que habrá de conformarlas, y el pago se hace por transferencia bancaria⁴⁴. Lo que se pacta es una cantidad por pedido, a la que se añade otra por kilometraje y por tiempo de espera, con una deducción en concepto de pago por utilización de la plataforma⁴⁵. En la actualidad, la cantidad que perciben los repartidores por pedido suele rondar los 2,5 euros⁴⁶. Esta cifra es la resultante de aplicar a la tarifa que se le cobra al cliente a través de GlovoApp los siguientes porcentajes: un 70 por 100 al mensajero y un 30 por 100 a la empresa⁴⁷. Desde enero de 2018, Glovo tiene concertado con una entidad aseguradora un seguro a favor de sus repartidores, que cubre los casos de accidente, hospitalización, defunción y sepelio y la baja médica. No existe ninguna aportación por parte de los *riders*⁴⁸.

Que sea la entidad Glovo la que fija exclusivamente los precios de los servicios ofertados y la remuneración de los *riders*, más allá de conformar otra prueba de la unilateralidad en la fijación de las condiciones contractuales, constituye, además, un importante indicio de subordinación económica típica de las relaciones laborales. Pero es que, además, los *riders* no perciben sus honorarios directamente de los clientes de la plataforma, sino que los perciben, previa facturación, de la entidad mercantil propietaria de la misma, lo que, como es sabido, conforma otra importante señal de relación laboral

⁴⁰ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP SEGUNDO).

⁴¹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 134/2019 de 4 abril (HP SEGUNDO).

⁴² S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca núm. 215/2019 de 14 junio (HP SÉPTIMO).

⁴³ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP QUINTO).

⁴⁴ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP QUINTO).

⁴⁵ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca núm. 215/2019 de 14 junio (HP OCTAVO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

⁴⁶ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP QUINTO).

⁴⁷ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP QUINTO).

⁴⁸ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP DÉCIMO).

2.6. Organización de la actividad: localización, exclusividad, horarios, titularidad de los medios de prestación de servicios y asunción de riesgos y comunicaciones e instrucciones empresariales

Un elemento definitorio de Glovo es la geolocalización de sus *glovers* en “todo momento durante el uso de la aplicación”⁴⁹. Eso sí, cumplida la geolocalización, con la que se registran, además, los kilómetros que recorren en cada servicio, pueden utilizar el medio de transporte que quieran, cuyos gastos van a su cuenta, y elegir libremente la ruta a seguir hasta cada destino, teniendo únicamente el compromiso de realizarlo en un tiempo máximo de 60 minutos⁵⁰.

El repartidor de Glovo no queda sujeto a ningún régimen de exclusividad, con las limitaciones que se deriven de su condición de TRADE, cuando tenga tal condición⁵¹. Es más, no es extraño que una persona sea al mismo tiempo *riders* de varias plataformas⁵². Por otra parte, hay que tener en cuenta que se admite la sustitución de la persona del repartidor, siempre que sea puntualmente y con cierto control empresarial.

En lo que atañe a los horarios de trabajo de los *riders*, y pese a la libertad y flexibilidad que se proclama en la web, los datos fácticos contenidos en las sentencias estudiadas permiten apreciar la existencia de cierta organización empresarial de la que emanan algunas órdenes e instrucciones. En primer lugar, porque periódicamente -dos veces por semana- quedan sometidos a un sistema de selección de franjas horarias en las que se comprometen a trabajar⁵³. En segundo lugar, porque las alternativas -días y horas- que se habilitan para el posible trabajo de cada repartidor depende de su puntuación personal previa⁵⁴. Por último, porque una de las causas que penalizan su puntuación es no tener activa la aplicación en el “inicio del bloque horario reservado para ofrecer sus servicios”⁵⁵. Y esto pese a que no existir ninguna obligación de estar disponibles, pudiendo conectarse a la aplicación cuando quieran⁵⁶, pues son ellos los que deciden libremente el momento de inicio y finalización de su jornada⁵⁷. También tienen libertad para

⁴⁹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP DÉCIMO).

⁵⁰ S. Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP QUINTO) y S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP QUINTO).

⁵¹ S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP PRIMERO).

⁵² S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP SEXTO).

⁵³ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP TERCERO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 1155/2019 de 27 noviembre (HP SEGUNDO).

⁵⁴ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP OCTAVO) y STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

⁵⁵ STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

⁵⁶ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP QUINTO).

⁵⁷ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP SEXTO).

aceptar pedidos, aunque el hecho de no aceptarlos, de algún modo también “les penaliza desde el momento en que la plataforma les llama menos”⁵⁸.

La titularidad de los medios de prestación de los servicios ofertados a través de la App y el régimen de asunción de riesgos generan cierta confusión, pues participan de elementos definitorios de una relación laboral, pero también de una prestación autónoma. Así, sabido es que, para efectuar cada reparto, los *glovers* disponen de una “caja con cinchas para llevarla a la espalda identificada con la imagen corporativa de Glovo, de un soporte para la caja, de un soporte para el móvil, un cargador portátil, una bolsa térmica, una tarjeta “bankable” y de un chubasquero. Por tal material deben abonar 10 euros más IVA, así como una fianza de 60 euros que les es devuelta una vez finalizada la colaboración con la empresa siempre que el material esté en buen estado”⁵⁹. La asignación de la tarjeta bancaria se hace para la compra de productos a proveedores sin acuerdo comercial debiendo posteriormente dar cuenta de su utilización⁶⁰. Pero también es conocido que el medio de transporte que vayan a utilizar –bicicleta, moto o automóvil- y el teléfono móvil han de ser aportados por los propios repartidores, quienes, además, asumen sus gastos de funcionamiento⁶¹. Por otra parte, son los propios repartidores los que responden del buen fin del servicio, pues solo van a cobrar en el caso de que el cliente reciba el pedido satisfactoriamente. Es más, asumen frente a los clientes los daños o pérdidas que puedan sufrir los productos o mercancías durante el transporte⁶². Sin embargo, la cancelación del servicio después de cinco minutos tras su pedido implica que el repartidor tiene derecho a una tarifa determinada⁶³. En cualquier caso, en todo esto, se está obviando el instrumento fundamental y decisivo para poder ejercer la actividad como *rider* de Glovo y que es la propia App, titularidad de la empresa y que debe ser necesariamente descargada por los *usuarios* en sus dispositivos electrónicos, y en la que solo se admite el registro como repartidor tras la acreditación y cumplimiento de todos y cada uno de los requisitos exigidos por la mercantil, que todo indica actúa como una auténtica, aunque enmascarada, empleadora.

⁵⁸ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP DÉCIMO).

⁵⁹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Gijón núm. 61/2019 de 20 febrero (HP DUODÉCIMO) y STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

⁶⁰ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP SEGUNDO Y SEXTO).

⁶¹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 128/2019 de 3 abril (HP CUARTO), S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP CUARTO) y S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 134/2019 de 4 abril (HP CUARTO).

⁶² S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP SÉPTIMO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP NOVENO).

⁶³ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril (HP SEXTO).

Por último, en este apartado sobre organización de la actividad empresarial, no se puede dejar pasar por alto la constatación de cierto interés empresarial en la actuación profesional de sus repartidores. Así pues, en la propia web corporativa figuran “informaciones, recomendaciones e instrucciones para resolver problemas concretos que puedan presentarse en la gestión del servicio”⁶⁴. Pero, además, Glovo también les ofrece algunas indicaciones técnicas sobre el modo ejecutar con éxito el encargo. De entrada, que el servicio esté ejecutado en un tiempo máximo de 60 minutos⁶⁵. También, que tengan activada en todo momento la geolocalización⁶⁶. Y, por último, que se atiendan a las instrucciones provenientes de los clientes. En concreto, se indica que “una vez aceptado el pedido, el repartidor debe llevarlo en la forma exigida por el cliente, entrando en contacto con este de forma directa. Si le surgen dudas sobre la forma de realizar el pedido, tiene que ponerse en contacto con el cliente para solventarlas”⁶⁷. También se les recuerda que una vez entregada la mercancía, el servicio se entiende finalizado cuando “el usuario de la app confirma la recepción y valida que el producto ha llegado en buen estado y conforme a lo solicitado”⁶⁸. En general, todas estas comunicaciones entre Glovo y sus repartidores se gestionan a través de la propia plataforma, pero también por correo electrónico⁶⁹.

2.7. Puntuación del repartidor y poder sancionador

La relación de hechos probados de muchas de las resoluciones estudiadas descubren que Glovo dispone de un sistema de valoración de la actividad de sus *glovers* a partir del cual se establece la prioridad para la selección de las franjas horarias preferentes⁷⁰ y también para acceder a la asignación de los pedidos⁷¹. Y aunque el sistema ha ido mudando sus versiones a lo largo del tiempo, en todas ellas la puntuación del repartidor se nutre fundamentalmente de tres factores: la valoración del cliente final, la eficiencia demostrada en la realización de los pedidos más recientes y la realización de los servicios en las horas de mayor demanda, denominadas por la empresa horas diamante⁷². Una vez calculada la

⁶⁴ S. del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid núm. 53/2019 de 11 febrero (HP SÉPTIMO).

⁶⁵ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP QUINTO).

⁶⁶ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid núm. 130/2019 de 4 abril ((HP DÉCIMO).

⁶⁷ S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP SEGUNDO).

⁶⁸ STSJ de Asturias (Sala de lo Social) núm. 1818/2019 de 25 julio (HP SEGUNDO).

⁶⁹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca núm. 215/2019 de 14 junio (HP PRIMERO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

⁷⁰ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP TERCERO) y S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 205/2019 de 29 mayo (HP TERCERO).

⁷¹ S. del Juzgado de lo Social nº 1 de Salamanca núm. 215/2019 de 14 junio (HP SEXTO).

⁷² STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 715/2019 de 19 septiembre (HP SEGUNDO).

puntuación de cada uno, Glovo clasifica a sus repartidores en tres categorías: principiante, junior y senior⁷³.

Como parte del sistema de valoración de sus *riders*, Glovo se reserva la opción de cambiarlos de categoría –degradarlos- por el transcurso de tres meses sin aceptar ningún pedido⁷⁴. También procede a penalizarlos, dejando de asignarles pedidos, cuando no estén operativos en las franjas reservadas, salvo causa justificada debidamente comunicada y acreditada⁷⁵. Incluso, puede llegar a bloquearles el acceso a la App cuando detecte inadecuadas conductas profesionales. En concreto, se han encontrado casos de bloqueo de la plataforma frente a su uso fraudulento como consecuencia de engaños en cuanto a su localización *física a fin de* aumentar la distancia de los pedidos⁷⁶. En fin, más allá de la casuística existente, no puede dejar de verse aquí una manifestación del poder de dirección empresarial en su vertiente de vigilancia y control efectivo del cumplimiento del trabajador y que necesariamente conlleva la facultad disciplinaria con aplicación de las correspondientes sanciones.

3. EPÍLOGO

Tras el análisis casuístico aquí efectuado, todo parece apuntar a tener que admitir en Glovo la existencia de una organización empresarial prestadora de servicios de recadería y mensajería, que se sirve de repartidores subordinados –personas físicas-, esto es, jurídica y económicamente dependientes, a los que les une –o debería unirles- una relación de naturaleza laboral. Y ello pese a presentarse ante la sociedad como una empresa de tecnología que utiliza una plataforma virtual para llevar a cabo su actividad de intermediación en la contratación telemática de servicios *on demand* y de ahí su recurso a la contratación de *riders* autónomos.

Desde luego, la necesidad de acreditar y tener que superar los requisitos que determina Glovo para adquirir la condición de repartidor, los aleja del desempeño de una actividad autónoma en pro de una laboral, aun cuando sea de escasa cualificación. Y lo mismo, si se atiende a la imposición unilateral por parte de la mercantil de las condiciones que regularán su relación contractual. Téngase en cuenta que también es Glovo la única que elige y negocia con los proveedores que desean ofertar sus productos en su App las condiciones que regirán su relación. El

⁷³ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP SÉPTIMO) y STSJ de Madrid (Sala de lo Social) núm. 1155/2019 de 27 noviembre (HP SEXTO).

⁷⁴ S. del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid núm. 284/2018 de 3 septiembre (HP SÉPTIMO).

⁷⁵ S. del Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid núm. 12/2019 de 11 enero (HP SEXTO).

⁷⁶ S. del Juzgado de lo Social nº 24 de Barcelona núm. 202/2019 de 21 mayo (HP NOVENO Y DÉCIMO).

modo de asignar los servicios de reparto y mensajería a cada *rider*, que necesariamente han de estar geolocalizados, es otra muestra más de su sometimiento a una organización empresarial. En concreto, el trabajo es asignado por un algoritmo creado por la empresa que busca la mejor combinación posible pedido-repartidor que minimice la suma de costes. Es más, la posición de cada repartidor en esta fórmula va a depender de una valoración previa, de la que también se encarga Glovo, y en la que computan, entre otros factores, su efectividad e índice de respuesta. También su sistema de retribución es representativo de la existencia de una subordinación –en este caso, económica- a la mercantil contratante, de hecho, ni ellos fijan las tarifas por los servicios prestados, ni cobran de los clientes. Es más, ni siquiera elaboran las facturas que deben girarle a Glovo para la percepción de su retribución. Lo mismo sucede con algunos otros elementos que delimitan su vinculación con la plataforma, en particular, con los horarios, pues bajo un escenario de aparente libertad, la misma es solo relativa, pues su alcance depende de la puntuación personal de cada *rider* y su disfrute puede ser siempre objeto de penalización. Y si se atiende a la titularidad de los medios de prestación de servicios, hay que tener en cuenta que el fundamental y decisivo para poder ejercer la actividad como *rider* de Glovo es la propia App, que es titularidad de la empresa. Por último, tampoco se debe pasar por alto, el poder de Glovo para penalizar a su *riders* por distintas conductas, lo cual no es más que la existencia de un poder sancionador derivado del más amplio poder de dirección empresarial. Y todo esto, pese a la inexistencia de pacto de exclusividad y de la facultad de poder ser sustituidos temporalmente por otros repartidores, pues ninguna de estas dos circunstancias se opone a la existencia de una relación laboral en el marco de una empresa prestadora de servicios de recadería y mensajería.

LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA EN MATERIA DE ECONOMÍA DE PLATAFORMAS: A PROPÓSITO DE UBER*

YOLANDA MANEIRO VÁZQUEZ

Profesora Contratada Doctora de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Santiago de Compostela

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: plataformas, Tribunal de Justicia, Uber, transporte

La irrupción de las plataformas digitales en múltiples sectores económicos y sociales ha sido especialmente intensa en el sector del transporte bajo demanda y ha generado cuestionado la adecuación de una regulación jurídica creada para otros tiempos y otras realidades sociales. Las dos sentencias dictadas por el Tribunal de Justicia en el año 2018 calificaron a Uber como una empresa de transporte. Este trabajo tiene por finalidad analizar las importantes consecuencias que conlleva para este sector la aplicación de una normativa fuertemente intervencionista, territorial y fundamentada en la seguridad de los pasajeros y en el control de calidad en la prestación del servicio, al margen de la calificación como laboral o no de la relación entre Uber y sus conductores.

ABSTRACT

KEYWORDS: platforms, European Court of Justice, Uber, transport

The irruption of digital platforms in multiple economic and social sectors has been especially intense in the on-demand transport sector and has generated questions regarding the adequacy of legal regulations created for other times and other social realities. The two judgments handed down by the Court of Justice in 2018 classified Uber as a transport company. The purpose of this paper is to analyse the important consequences that the application of a strongly interventionist, territorial regulation, based on passenger safety and quality control in the service provision entails for the sector, regardless of the classification as employment, or not, of the relationship between Uber and its drivers.

* Este trabajo se enmarca en el proyecto de investigación RTI2018-097917-B-100, titulado *Retos del Derecho del Trabajo Español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales*, del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades.

ÍNDICE

1. LA CONSIDERACIÓN DE UBER COMO SERVICIO DE TRANSPORTE POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA
 - 1.1. La Sentencia de 20 de diciembre de 2017, *Asociación profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, s.l.*
 - 1.2. La sentencia de 10 de abril de 2018, *UBER FRANCE SAS*
2. LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO “SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” FRENTE AL DE “SERVICIOS DE TRANSPORTE”
3. LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SUS PELIGROS ASOCIADOS
4. CONSECUENCIAS DERIVADAS DE ESTAS SENTENCIAS EN EL ÁMBITO INTERNO
 - 4.1. Remuneración
 - 4.2. Tiempo de trabajo

1. LA CONSIDERACIÓN DE UBER COMO SERVICIO DE TRANSPORTE POR EL TRIBUNAL DE JUSTICIA

La irrupción de las plataformas y de los nuevos modelos de funcionamiento que estas ofrecen ha convulsionado las tradicionales reglas de aplicación normativa que, con mayor o menor seguridad jurídica, regían hasta el momento. Este fenómeno se ha expandido, al igual que el propio negocio ofertado por las plataformas, más allá de las fronteras nacionales. Desde el momento en el que estas compañías operan en un ámbito supranacional, la legislación de un solo estado se revela, en abundantes ocasiones, insuficiente para abarcar y ordenar todos los aspectos. A modo de tormenta perfecta, las plataformas no sólo han sabido jugar con la internacionalización de sus servicios, sino también, como buen juego de espejos, han sabido sortear categorías jurídicas básicas -como la ajenidad o la dependencia, en el ámbito de las relaciones laborales-, que habían servido hasta el momento como pilares esenciales para la calificación jurídica de diversas realidades sociales y económicas. La tradicional pulsión entre la liberalización económica y las restricciones normativas a favor de las garantías y de la seguridad jurídica ha jugado otro papel esencial en esta cuestión. No deja de ser irónico que la modernidad, de la mano de los últimos avances tecnológicos, haya obligado a poner sobre la mesa los viejos conceptos del Derecho del Trabajo, tenidos por seguros hasta el momento, para analizarlos bajo un nuevo prisma que permite su redefinición y, con ello, su mejor acomodo a las nuevas realidades tecnológicas. La hiperconexión, señalada comúnmente como una característica típica de las plataformas tecnológicas, se ha reflejado también en el ámbito normativo: para el análisis y la regulación de la economía de plataformas resulta insuficiente el espacio reducido que ofrece una única rama del ordenamiento jurídico o, incluso, la propia regulación nacional.

Buena muestra de que esta tarea supera con creces el ámbito de los derechos nacionales son las dos sentencias del Tribunal de Justicia objeto de este trabajo,

relacionadas con la actividad de la plataforma Uber. Curiosamente, ninguna de ambas sentencias tiene un origen laboral, pero sí importantísimas repercusiones en este ámbito. La primera de ellas, en orden cronológico, tiene un origen español y mercantil. La segunda, de origen francés, procede del orden penal. Con todo, ambas abren la vía, como se verá, hacia una importante regulación de esta cuestión en el ámbito nacional, supranacional o comunitario.

El componente electrónico, tan característico del funcionamiento de las plataformas digitales, ha puesto en jaque la naturaleza jurídica del servicio y la normativa que le resulta de aplicación. La Directiva de servicios¹, que excluye los servicios de transporte, comparte con las plataformas su objetivo liberalizador, en la medida en la que pretende garantizar a los proveedores el ejercicio efectivo de la libertad de establecimiento y la libertad de provisión de servicios entre los Estados miembros, sin las restricciones de los derechos nacionales. Por el contrario, la normativa europea en materia de transporte obliga a sus prestadores a cumplir con los estándares de calidad y seguridad en la conducción, tales como licencias, vehículos habilitados, condiciones del vehículo y seguros correspondientes. La determinación de la naturaleza jurídica de la actividad prestada, en este caso, por Uber, pero extensible a la realizada por otras plataformas similares, se convirtió en el elemento primordial a efectos de su sometimiento a una u otra regulación.

1.1. Sentencia de 20 de diciembre de 2017, Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.

En 2015, el Juzgado de lo Mercantil nº.3 de Barcelona conoció una demanda presentada el año anterior por una asociación de taxistas de esa misma ciudad, denominada Asociación Profesional Élite Taxi. El demandado era Uber Systems Spain, S.L, una sociedad vinculada a Uber Technologies Inc. En dicha demanda, Élite Taxi incluía una pretensión declarativa y dos de condena. Por la primera solicitaba que se declarase que las actividades de Uber Systems Spain vulneraban la normativa en vigor y constituían “prácticas engañosas y actos de competencia desleal, en el sentido de la Ley 3/1991, de 10 de enero, de Competencia Desleal”. Para la asociación de taxistas dichos cargos resultaban claramente de que ni Uber Systems Spain ni los conductores no profesionales de los vehículos disponían de las licencias y autorizaciones previstas en el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona, de 22 de julio de 2004.

Ante esta situación, Élite Taxi solicitó, además, una doble condena: el cese por parte de Uber Systems Spain de su conducta desleal “consistente en dar

¹ Directiva 2006/123/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de diciembre de 2006, relativa a los servicios en el mercado interior.

apoyo a otras sociedades del grupo proveyendo servicios *on demand* de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por Internet” y, en segundo lugar, a la prohibición de reiteración futura de su actividad.

Para poder resolver dichas pretensiones, el Juzgado de lo Mercantil consideró necesario conocer, previamente, si Uber debía disponer de una autorización administrativa para prestar su actividad. La respuesta requería, sin embargo, de la previa resolución de otra cuestión principal: si los servicios prestados por Uber Systems Spain debían considerarse como servicios de transporte (y por lo tanto, sujetos al requisito de autorización previa), o bien de servicios propios de la sociedad de la información (no sujetos a dicha autorización); o, en fin, si se trataba una combinación propia de ambos tipos de servicios. La distinción entre estas tres posibilidades no resultaba baladí, desde el momento en el que, si el servicio prestado estaba incluido en las Directivas 2006/123/CE o en la Directiva 98/34/CE², las prácticas de Uber no podrían considerarse desleales.

1.2. La Sentencia de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS*

Un año después, en 2018, cuando aun no se había dictado la sentencia anterior, el Tribunal de Justicia, también constituido en Gran Sala, profundizó sobre la naturaleza de los servicios prestados por otra filial de Uber, en este caso, por Uber France SAS. La cuestión prejudicial, de origen francés, se presentó, en el marco de un proceso penal iniciado por el Sr. Nabil Bensalem contra Uber France SAS, a la que acusó de comisión de prácticas comerciales engañosas, complicidad en el ejercicio ilegal de la profesión de taxista y organización ilegal de un sistema de puesta en conexión de clientes con personas que efectúen transporte por carretera de personas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas, sancionado por la *Loi n° 214-1104 du 1er. Octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures transport avec chauffeur*, con penas de prisión y multa.

La jurisdicción francesa³ declaró a Uber France culpable de las acusaciones de práctica comercial engañosa, pero la absolvió de la acusación de complicidad en el ejercicio ilegal de la profesión de taxista. Respecto de la tercera cuestión, albergó dudas sobre la acusación de organización ilegal de un sistema de conexión de clientes con conductores no profesionales. Así pues, suspendió el procedimiento para plantear una cuestión prejudicial sobre si el Código de Transportes francés constituye una “regla relativa a los servicios” de la sociedad de la

² Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

³ Por sentencia de 17 de marzo de 2016 del Tribunal de Primera Instancia de Lille.

información (art. 1.5 Directiva 98/34)/CE, o una regla relativa a los “servicios en el ámbito del transporte” [art. 2.2.d) Directiva 2006/123/CE].

2. LA IMPORTANCIA DEL CONCEPTO “SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN” FRENTE AL DE “SERVICIOS DE TRANSPORTE”

Como resultado de las dos cuestiones judiciales planteadas, el Tribunal de Justicia dictó las sentencias de 20 de diciembre de 2017, *Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain, S.L.*⁴ y la sentencia de 10 de abril de 2018, *Uber France SAS*⁵. La relevancia de una y otra sentencia reside tanto en la respuesta que ofrecen a las cuestiones formuladas por los tribunales nacionales, como en la importancia de las no formuladas, pero que se derivan de las anteriores. Respecto de estas últimas, resulta obvio que el origen civil y penal de los pleitos ha impedido que se analizasen en ellos cuestiones de carácter laboral. Pese a que ninguna de estas cuestiones se planteó expresamente ni por el Juzgado de lo Mercantil español ni por el Tribunal de Primera Instancia de Lille, su sombra está siempre presente en ambas sentencias. Sin embargo, tras la calificación del tipo de actividad desarrollada por Uber como servicio de transporte, reside también la trascendencia que dicha calificación pueda alcanzar a la hora de valorar la naturaleza de Uber como empleador y la posible calificación como laboral de la relación entre esta y sus conductores⁶.

Las conclusiones del asunto *Élite Taxi*⁷ apuntaron que el control indirecto ejercido por Uber sobre sus conductores no implica necesariamente la calificación de estos como trabajadores por cuenta ajena. No obstante, evita manifestarse sobre la calificación que procedería, dado que esta cuestión, empleando las

⁴ Asunto C-434/15 (ECLI:EU:C:2017:981).

⁵ Asunto C-320/16 (ECLI:EU:C:2018:221).

⁶ Véase, entre otros, Beltrán de Heredia Ruiz, I., *Work in the Platform Economy: Arguments for an Employment Relationship*, Huygens Editorial, 2019; Ginès i Fabrellas, A., Gálvez Durán, S., *Sharing Economy vs. Uber Economy economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des) protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, InDret 1/2016; Goerlich Peset, J.M., *La prestación de servicios a través de plataformas ante el Tribunal de Justicia: el caso Uber y sus repercusiones laborales*, La Ley Digital (LALEY 6292/2018); Mercader Ugina, J., *La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad*, en “Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado”, Aranzadi, 2018, pp. 155 ss.; Mercader Ugina, J., *El mercado de trabajo y el empleo en un mundo digital*, Revista de Información Laboral n.11/2018 (BIB 2018\13994); Todolí Signés, *El trabajo en la era de la Economía Colaborativa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, pp. 223 ss.

⁷ Conclusiones del Abogado General Sr. Maciel Szpunar presentadas el 11 de mayo de 2017, Asunto C-434/15, *Asociación profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L.*

palabras textuales del Abogado General, “es completamente ajena a las cuestiones jurídicas que nos preocupan en el presente asunto”⁸.

El objetivo esencial de las dos sentencias aquí comentadas fue el de ubicar a Uber en el plano del Derecho de la Unión Europea y determinar si su funcionamiento debe sujetarse a este Derecho y hasta qué punto⁹. A tal efecto, su calificación, bien como servicio de la sociedad de la información o bien como servicio de transporte, determina si una regulación de las condiciones de funcionamiento de Uber ha de sujetarse a las exigencias de la libre prestación de servicios, o ha de incluirse en la competencia compartida, aunque todavía no ejercida, de la Unión Europea y de los Estados miembros en el ámbito de los transportes locales.

Aun cuando el funcionamiento de Uber resulta sobradamente conocido, para calificar adecuadamente su actuación es preciso resaltar alguno de sus aspectos principales. Así, la plataforma Uber en la Unión Europea está gestionada por Uber BV, una sociedad de derecho neerlandés, filial de la sociedad Uber Technologies Inc. En lo que aquí interesa, dicha plataforma permite, a través de la correspondiente app de Uber instalada en un teléfono inteligente, solicitar un servicio de transporte urbano en las ciudades en las que Uber está presente. La aplicación reconoce la ubicación del usuario y, en función de esta, localiza a los conductores que estén disponibles en las inmediaciones. Cuando un conductor acepta la carrera, la aplicación informa al usuario, mostrándole el perfil del conductor y una estimación del precio del trayecto. Tras el transporte del usuario, su importe se deduce automáticamente de la tarjeta de crédito del usuario, cuyos datos ha debido proporcionar al registrarse en la aplicación. Además, a través de esta aplicación, el usuario ha de evaluar al conductor, de la misma forma que este podrá evaluar al pasajero. La importancia de la evaluación reside en su capacidad

⁸ Al efecto, en el apartado 54 de las conclusiones, se da cuenta de diferentes resoluciones judiciales que han abordado la polémica relativa al estatuto de los conductores frente a Uber, entre las que destaca la sentencia del London Employment Tribunal de 28 de octubre de 2016, *Aslam, Farrar and Others v. Uber* (case 2202551/2015), así como el auto de la Audiencia Provincial de Madrid nº 15/2017, de 23 de enero de 2017 (sic), en el litigio entre Uber y la Asociación Madrileña del Taxi; o la resolución del Tribunal Ordinario di Milano, de 2 de julio de 2015 (asuntos 35455/2015 y 36491/2015).

⁹ Escande-Varniol, M.C., *Uber est un service de transport, mais quel statut pour les chauffeurs?*, Semaine sociale Lamy, nº 1804, 2018, p. 5: “Un autre enjeu moins visible immédiatement dans cette affaire est le rôle d’harmonisation du droit des plateformes électroniques de services que la CJUE est appelée à jouer dans un espace européen où les montages de sociétés sont faits, comme c’est le cas en l’espèce, pour optimiser l’application des droits nationaux en l’absence d’harmonisation fiscale et sociale”.

de determinar la expulsión de la plataforma de quien obtenga una puntuación por debajo de un determinado umbral.

El Tribunal de Justicia ha querido destacar en ambas sentencias, como un elemento principal, la doble naturaleza de los servicios prestados por Uber. Una primera actividad es la que se presta en el marco de la relación entre la aplicación y el cliente que solicita los servicios. Consiste en poner a este último en contacto con un conductor capaz de realizar el trayecto solicitado en el tiempo requerido. La segunda actividad, en cambio, es aquella que vincula a Uber con sus conductores, seleccionados por el algoritmo de la plataforma entre los más adecuados (por cercanía y por el cumplimiento de otras condiciones) para prestar el servicio final de desplazamiento.

Atendiendo a esta doble actividad, resulta evidente la dificultad de encajar la totalidad de los servicios prestados por esta compañía como servicios de la sociedad de la información, regulados por las Directivas 98/34/CE¹⁰ y 2000/31/CE¹¹ o, por el contrario, como servicio de transporte, bajo la Directiva 2006/123/CE. Su calificación como servicio de la sociedad de la información implicaría que la actividad de Uber podría beneficiarse del principio de libertad de prestación de servicios en los términos que garantizan las normas comunitarias, entre ellas el art. 56 TFUE¹². Por el contrario, un servicio de transporte puede ver restringida su actividad por requisitos nacionales de autorización previa. Ejemplos de estas restricciones son, en el caso español, el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona o, en el francés, la referida *Loi n° 214-1104 du 1er. Octobre 2014 relative aux taxis et aux voitures transport avec chauffeur*.

La Directiva 2000/31/CE, cuyo fin es garantizar la eficacia de la libre prestación de servicios de la sociedad de la información, califica como servicios de la sociedad de la información los prestados a cambio de una remuneración, a distancia, por vía electrónica y a petición individual de un destinatario [art. 2, letra a)]. El rasgo distintivo y determinante de esta actividad es que “se transmite, canaliza y recibe enteramente por hilos, radio, medios ópticos o cualquier otro medio electromagnético” (art. 1.2). El adverbio “enteramente” no debe entenderse en sentido literal. Junto a los servicios que se prestan electrónicamente en

¹⁰ Directiva 98/34/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de junio de 1998, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas.

¹¹ Directiva 2000/31/CE, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 8 de junio de 2000, relativa a determinados aspectos jurídicos de los servicios de la sociedad de la información, en particular el comercio electrónico en el mercado interior (Directiva sobre el comercio electrónico).

¹² Dicho artículo prohíbe las “restricciones a la libre prestación de servicios dentro de la Unión para los nacionales de los Estados miembros establecidos en un Estado miembro que no sea el del destinatario de la prestación”.

su integridad, coexisten los llamados servicios mixtos, en los que una parte del servicio se presta o entrega, necesariamente, de forma física. Un buen ejemplo es la venta online, donde la entrega física del producto al comprador resulta imprescindible para que se pueda entender completado el servicio.

La Directiva 2000/31/CE no prevé la aplicación del ámbito coordinado a los servicios prestados por vía electrónica. Esta exclusión conlleva una importante consecuencia: los Estados miembros tienen libertad, dentro de los límites trazados por otras disposiciones del Derecho de la Unión, para restringir la libertad de los prestadores mediante normas relativas a los servicios no prestados por vía electrónica.

En el caso de los servicios mixtos -prestados en parte por vía electrónica y en parte a través de medios físicos- estos sí podrían verse limitados, en la parte no electrónica, por el ámbito coordinado. Ahora bien, la admisión de estas restricciones se ha condicionado, con toda lógica, a que el servicio no electrónico sobre el que opera la restricción constituya una parte accesorio del servicio online, que aparece como principal. Los denominados servicios mixtos constituyen un *tertium genus* que, en modo alguno, excluyen la aplicación de dos normas simultáneamente. Así, la Directiva sobre el comercio electrónico cubre aquellas actividades que sean genuinas y exclusivas de servicios de la sociedad de la información, pero no implica que la clasificación de una actividad como un servicio de la sociedad de la información pueda, en sí misma y por sí sola, dejar sin sentido a otras partes del servicio. En consecuencia, para determinar la legislación aplicable a un servicio mixto es preciso valorar la posibilidad o imposibilidad de separar los servicios que lo componen. En el segundo caso, habrá que determinar hasta qué punto los distintos servicios que componen los servicios mixtos están “intrínsecamente vinculados” y, si no es posible que se presten por separado, habrá de buscarse el económicamente dominante.

Sobre los servicios mixtos opera, pues, una ficción jurídica que permite considerar que el servicio se ha completado por vía electrónica¹³ y que, por ello, merece calificarse como servicio de la sociedad de la información sólo y cuando la prestación no electrónica sea económicamente independiente de la principal,

¹³ La sentencia de 2 de diciembre de 2010, *Ker-Optika bt contra ÁNTSZ Dél-dunántúli Regionális Intézet*, asunto C-108/09 (ECLI:EU:C:2010:725), en el ámbito de la venta online de lentes de contacto, consideró contraria a los artículos 34 y 36 TFUE y a la Directiva 2000/31/CE una norma nacional que limite la comercialización de lentes de contacto exclusivamente a establecimientos especializados en instrumentos médicos y prohíba su venta online. Para el Tribunal, las normas nacionales relativas a la comercialización de lentes de contacto están comprendidas en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31/CE, en la medida en que se refieren a la venta de tales lentes de contacto por Internet. En cambio, las normas nacionales relativas a la entrega de esas lentes de contacto constituyen sólo la ejecución de una obligación contractual, por lo que la norma relativa a esa entrega no debe afectar a la prestación del servicio principal.

o cuando constituya la prestación principal del servicio mixto (art. 1.2 Directiva 98/34/CE). El servicio prestado por Uber ha sido entendido como un servicio mixto, dado que incluye una prestación para conectar a pasajeros con conductores mediante un software para teléfonos inteligentes y, además, otra prestación de transporte físico, que no puede desmaterializarse ni, en consecuencia, transmitirse “enteramente” por vía electrónica. Ahora bien, la cuestión principal fue determinar si dicho componente electrónico tenía entidad suficiente para considerarse “económicamente independiente” y parte principal del servicio completo.

Si se traslada este análisis al servicio ofertado por Uber, resulta que no tendría ningún valor económico autónomo sin el componente del transporte que, a su vez, está regulado en otros grupos normativos. Por lo tanto, la respuesta debe ser que los servicios de suministro compuestos o mixtos dependen de toda la legislación pertinente aplicable y no sólo de las normas de comercio electrónico, ya que el hecho de que también sean servicios de comercio electrónico no los excluye del ámbito de aplicación de las leyes del transporte. Esto se debe a una simple razón: un servicio cuyo principal componente no electrónico esté regulado de otro modo no debería poder sustraerse a dicha reglamentación introduciendo un aspecto de comercio electrónico. En caso contrario, significaría que los servicios médicos, financieros o turísticos por ejemplo podrían eludir la regulación jurídica al insertar un componente electrónico innovador¹⁴.

La piedra angular de esta cuestión residió en la interpretación que el Tribunal de Justicia ha ofrecido del “control preponderante” que ejerce Uber sobre su prestación de transporte, equiparándola casi a la prestación directa de dicho servicio con sus propios medios. Se califica a Uber como “un servicio de transporte clásico”, que hace bastante más que intermediar entre oferta y demanda, pues es la propia compañía la que crea la oferta, regula sus características esenciales y organiza su funcionamiento. Carece, al efecto de interés y no impide la calificación como servicio de transporte clásico el hecho de que Uber no sea el propietario de los vehículos, que resultan imprescindibles para completar la operación del transporte. El motivo es que Uber “controla todos los aspectos pertinentes de un servicio de transporte urbano”: el precio, los requisitos mínimos de seguridad tanto en los vehículos como en los conductores¹⁵, la accesibilidad de la oferta de transporte, especialmente en los momentos y lugares de mayor demanda, el comportamiento de los conductores a través del sistema de evaluación y, en fin,

¹⁴ En este sentido, véase Barrio Andrés, M., *Breve comentario a la sentencia Uber: cómo regular los servicios compuestos o mixtos en la economía digital*, La Ley Digital (LALEY 115/2018).

¹⁵ Si bien estos varían en cada Estado, incluyen, con carácter general, el número de puertas de los vehículos, su antigüedad máxima, el cumplimiento de los requisitos de inspección técnica o de seguro obligatorio, el permiso de conducir que deben tener los conductores o su carencia de antecedentes penales, entre otros.

la posibilidad de expulsión de la plataforma. Esto implica, a juicio de la sentencia *Elite Taxi*, el control de “los factores económicamente pertinentes del servicio de transporte ofrecido en su plataforma”. Y dicho control, si bien no se ejerce a través de una subordinación de corte clásico¹⁶, sí se realiza a través de un control indirecto¹⁷ basado en incentivos económicos y en un sistema de evaluación de la prestación que “permite una gestión tan eficaz, o más, que el basado en órdenes formales dadas por un empresario a sus trabajadores y en el control directo de su ejecución”¹⁸.

Este control directo e indirecto sobre la totalidad del servicio y la imposibilidad para los conductores de ejercer su actividad propia de manera independiente convierten a la plataforma en el verdadero elemento esencial de la prestación de transporte, sin la que esta sería una mera aplicación de reserva de taxis¹⁹. Y también lo diferencian de las plataformas de intermediación, como las que permiten reservar un hotel o adquirir billetes de avión, desde el momento en el que estas plataformas de reserva no ejercen ningún control previo del acceso a la actividad, como sí lo hace Uber respecto de sus conductores, ni impiden que el viajero pueda obtener los billetes o el hotel a través de otros prestadores, con tarifas, horarios o diferente situación de los ofrecidos en sus plataformas.

Así pues, desde el momento en el que el transporte del pasajero de un punto a otro constituye el objetivo esencial del servicio y la conexión entre el cliente y la aplicación es sólo un elemento preparatorio e instrumental de la prestación principal, dicha conexión no constituye la actividad autónoma ni principal de la prestación de transporte. Y ello impide, en consecuencia, que la actividad de Uber pueda calificarse como un servicio de la sociedad de la información y beneficiarse del principio de liberalización reconocido por la Directiva 2001/31/CE.

En este punto, resulta enormemente revelador el razonamiento realizado en las Conclusiones de los asuntos *Élite Taxi* y *Uber France*. Como se indica en el primero de ellos, “resultaría inútil limitarse a liberalizar una parte secundaria

¹⁶ Un magnífico análisis sobre el debilitamiento de las nociones de ajenidad, subordinación y dependencia en Ginés y Fábregas y Gálvez Durán, *Sharing economy vs. uber economy y las fronteras del Derecho del Trabajo: la (des)protección de los trabajadores en el nuevo entorno digital*, InDret 1/2016, pp. 17 y ss.

¹⁷ Apartado 39, sentencia *Élite Taxi*: “A mayor abundamiento, Uber ejerce una influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores. Sobre este último punto, consta en particular que Uber, mediante la aplicación epónima, establece al menos el precio máximo de la carrera, que recibe este precio del cliente para después abonar una parte al conductor no profesional del vehículo y que ejerce cierto control sobre la calidad de los vehículos, así como sobre la idoneidad y el comportamiento de los conductores, lo que en su caso puede entrañar la exclusión de éstos”.

¹⁸ Apartado 52 de las Conclusiones *Élite Taxi*.

¹⁹ Apartado 56 de las Conclusiones *Élite Taxi*.

de una prestación compleja si ésta no pudiera facilitarse libremente debido a una normativa que no está incluida en el ámbito de aplicación de la Directiva 2000/31”. Dicha liberalización sería sólo aparente y “no sólo no cumpliría su objetivo, sino que tendría incluso consecuencias nefastas, al generar inseguridad jurídica y provocar una pérdida de confianza en la legislación de la Unión”²⁰. La aplicación de la normativa sobre servicio de la sociedad de la información en los servicios mixtos a prestaciones que ni son independientes ni son principales sería contraria al tenor literal de las disposiciones examinadas, incumpliría su objetivo y generaría inseguridad jurídica, en la medida en que otras prestaciones podrían ser reguladas de manera diferente en el Derecho nacional, tal y como sucede en particular en un ámbito específico como el transporte²¹. Así, indica el Abogado General, si se liberalizara la actividad de conexión en el caso de Uber, los Estados miembros tendrían libertad para hacer imposible su ejercicio regulando la actividad de transporte. El único resultado de esta liberalización sería tan absurdo como que el Estado en el que se establezca el prestador del servicio se beneficie de su establecimiento en él a través de las inversiones o de la generación de empleo, pero impida al mismo tiempo la prestación del servicio en su territorio, en virtud de la normativa relativa a las prestaciones no incluidas en la Directiva 2000/31/CE. Esto implicaría un considerable efecto perverso si, en el caso de Uber, que el funcionamiento de la plataforma no está formalmente prohibido, pero, debido al propio modelo de servicio, basado en conductores no profesionales, la actividad de transporte no pudiera ejercerse de forma legal.

La ubicación de Uber en el ámbito de los servicios de transporte, si no como transportista propiamente dicho, sí como organizador de servicios de transporte, en el sentido indicado en el art. 2.2.d) de la Directiva 2006/123/CE, permite excluirlo del ámbito de aplicación de esta Directiva e incluirlo en la excepción a la libre prestación de servicios que contiene el art. 58 TFUE y regulan sus artículos 90 y siguientes.

La armonización europea siempre ha tenido como uno de sus principales objetivos la política de transportes, desde el momento en el que esta ha sido una de las políticas más antiguas y ya el Tratado de Roma persiguió la eliminación de obstáculos en las fronteras de los Estados miembros con el objetivo de favorecer la libre circulación de las personas y de los bienes²². Desde los primeros intentos de regular la formación profesional de los transportistas en las directivas de los años 80, hasta la regulación más específica, a través del procedimiento

²⁰ Párrafo 31 de las Conclusiones presentadas al asunto *Élite Taxi*.

²¹ Apartado 15 de las Conclusiones presentadas al asunto *Uber France*.

²² Una síntesis de la armonización europea en la política de transportes, en Miranda Boto, J.M., *Las competencias de la Comunidad Europea en materia social*, Thomson-Reuters Aranzadi (pp. 254-255).

de codecisión instaurado por el Tratado de Maastricht, al amparo del art. 75 TCE, se establecieron condiciones comunes en materia de acceso a la profesión, reconocimiento de titulaciones y otros aspectos que trataron de favorecer el libre establecimiento de los transportistas en el sector nacional e internacional.

La Directiva 2002/15/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera²³, tiene por finalidad establecer prescripciones mínimas relativas a la ordenación del tiempo de trabajo para mejorar la protección de la seguridad y la salud de las personas que realicen actividades móviles de transporte por carretera, así como mejorar la seguridad vial y aproximar en mayor grado las condiciones de competencia (artículo 1). No obstante, al igual que sucedía con la anterior Directiva 93/104/CE, los trabajadores autónomos están también excluidos de su ámbito de aplicación.

El transporte urbano ha sido y sigue siendo un sector fuertemente regulado²⁴, como no podía ser de otra manera bajo la justificación de garantizar la seguridad de los pasajeros o el control en la calidad de la prestación del servicio²⁵. Las nuevas tecnologías empleadas por las plataformas y sus novedosos sistemas de funcionamiento han tratado de sortear esta rigidez normativa, a través de nuevos modelos de movilidad urbana que, a modo de cortina de humo, han dificultado la tarea de identificar la normativa aplicable para su funcionamiento.

El principal problema al que se ha enfrentado Uber, en tanto que plataforma de VTC, ha sido el de la competencia con el sector de transporte en autotaxi, que

²³ Conforme al apartado 10 de su preámbulo: “Al objeto de mejorar la seguridad vial, de evitar la distorsión de la competencia y de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores móviles a los que se refiere la presente Directiva, éstos deben conocer con precisión por una parte cuáles son los tiempos dedicados a actividades del transporte por carretera que se consideran tiempo de trabajo y, por otra parte, cuáles están excluidos y se consideran tiempo de pausa, tiempo de descanso o tiempo de disponibilidad. Estos trabajadores deben tener derecho a períodos de descanso mínimos diarios y semanales, así como a pausas adecuadas. Es igualmente necesario instaurar un límite máximo del número de horas de trabajo semanales”.

²⁴ La industria del transporte había quedado excluida del ámbito de aplicación de la Directiva de base 93/104/CE, de 23 de noviembre de 1993, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo. La Directiva 2002/15/CE, de 11 de marzo de 2002, relativa a la ordenación del tiempo de trabajo de las personas que realizan actividades móviles de transporte por carretera, impone unos requisitos mínimos a la ordenación del tiempo de trabajo, a fin de mejorar las condiciones de salud y seguridad de los conductores.

²⁵ Véase Rodríguez Marín, S., *Aspectos jurídicos de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales*, en Rodríguez Marín y Muñoz García (Coords.), “Aspectos legales de la economía colaborativa y bajo demanda en plataformas digitales”, Wolters Kluwer (Madrid, 2018), pp. 55 y ss. La autora pone como ejemplo de la falta de dinamismo en el sector del transporte urbano el hecho de que el número de licencias de autotaxi emitidas entre 1995 y 2015 se haya mantenido por debajo de las tasas de crecimiento de la población.

constituye una modalidad de transporte urbano sometida a una extensa y restrictiva regulación²⁶. Quienes operan a través de licencias VTC, en cambio, disfrutan de una regulación más flexible, en tanto que no están sometidos a límites legales en materia de regulación de precios, períodos de descanso obligatorios o limitación de horarios que sí rigen para los taxis²⁷.

El débil equilibrio que mantenía la relativa paz entre ambos modelos de transporte se basaba en el escaso número de licencias VTC, cuya ratio, hasta el 2009, se mantuvo en 1 por cada 30 licencias de taxi. Esta situación quebró con la liberalización de parte del sector por la denominada *Ley Ómnibus*²⁸, que derogó las limitaciones cuantitativas de las licencias VTC y estuvo en vigor desde 2009 hasta su derogación por el RD 1057/2015²⁹. El RD 1076/2017, de 29 de diciembre estableció nuevas restricciones en relación con la explotación de autorización de arrendamiento de vehículos con conductor, impidiendo la transmisión de las licencias hasta que no hubieran transcurrido dos años desde la expedición original y obligando a la comunicación de la hoja de ruta antes del inicio de cada servicio³⁰.

Estas normas recogen un conjunto de límites y restricciones al transporte por pasajeros en vehículos con conductor que afectan claramente a la actividad desarrollada por Uber y otras plataformas. Restricciones y limitaciones que, por una parte, no sufrirían en el caso de haber sido consideradas como empresas de servicios de la sociedad de la información. Y que, por otra parte, tienen naturaleza

²⁶ Como indica Rodríguez Marín (*op. cit.*, p. 56): dentro del sector del autotaxi pueden diferenciarse tres modelos: los taxis que circulan por la vía pública; los estacionados en paradas específicas reservadas para ellos; y los que acuden expresamente a prestar un servicio previamente contratado. Los vehículos que operan con autorizaciones VTC, como el caso de Uber “compiten únicamente con el tercer modelo de operativa, teniendo prohibido por Ley operar de cualquiera de las otras dos maneras”.

²⁷ Rodríguez Marín, *op. cit.*, p. 56.

²⁸ Ley 25/2009, de 22 de diciembre, de modificación de diversas leyes para su adaptación a la Ley sobre el libre acceso a las actividades de servicios y su ejercicio.

²⁹ Real Decreto 1057/2015, de 20 de noviembre, por el que se modifica el Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, para adaptarlo a la Ley 9/2013, de 4 de julio, por la que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres y la Ley 21/2003, de 7 de julio, de Seguridad Aérea. A su vez, este RD se completa con la Orden FOM/2799/2015, de 18 de diciembre, por la que se modifica la Orden FOM/36/2008, de 9 de enero, por la que se desarrolla la sección segunda del capítulo IV del título V, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, del Reglamento de la Ley de Ordenación de los Transportes Terrestres, aprobado por Real Decreto 1211/1990, de 28 de septiembre.

³⁰ Actualmente, desde el 1 de marzo de 2019, está en vigor el Resolución de 15 de marzo de 2019, de la Dirección General de Transporte Terrestre, por la que se anuncia la entrada en funcionamiento del Registro de Comunicaciones de los Servicios de Arrendamiento de Vehículos con Conductor y sus condiciones de uso.

territorial, lo que contrasta abiertamente con la vocación de expansión internacional que caracteriza a las plataformas tecnológicas.

3. LOS SERVICIOS DE LA SOCIEDAD DE LA INFORMACIÓN Y SUS PELIGROS ASOCIADOS

El aparentemente escaso interés que para nuestra legislación interna presenta la sentencia *Uber France* se compensa con creces con las sugerentes conclusiones elaboradas por el mismo Abogado General que se ocupó de las conclusiones de *Elite Taxi*. Conviene mencionar un importante detalle temporal. Cuando el Sr. Szpunar elaboró las conclusiones de la sentencia *Uber France*, todavía no se había dictado la sentencia *Elite Taxi* y, por ello, el Tribunal de Justicia no había calificado aun a Uber como servicio de transporte. Es por esto por lo que en estas conclusiones se intenta abordar la actividad de Uber desde otro flanco, dejando bien cerrada la puerta trasera que permitiría a Uber salir impune de este escenario.

La circunstancia temporal contraria justifica que la sentencia *Uber France* apenas se detenga en el análisis pormenorizado de la cuestión prejudicial planteada, desde el momento en el que, ahora sí, apenas un mes antes, se había dictado la sentencia *Elite Taxi*, que resolvió la parte sustancial de esta cuestión. Con toda brevedad, procede recordar que la cuestión prejudicial planteada por el Tribunal de Lille versaba sobre la posible consideración de un precepto del Código de Transporte galo³¹ como reglamento técnico a los efectos de la Directiva 98/34/CE, por la que se establece un procedimiento de información en materia de las normas y reglamentaciones técnicas y de las reglas relativas a los servicios de la sociedad de la información. Dicho precepto francés sancionaba con penas de multa y cárcel “la organización de un sistema de conexión entre clientes y personas que lleven a cabo” las actividades de transporte por carretera de personas a título oneroso con vehículos de menos de diez plazas “sin ser ni empresas de transporte por carretera facultadas para prestar los servicios ocasionales (...) ni taxis, vehículos a motor de dos o tres ruedas o vehículos de transporte con conductor”.

Desde el momento en el que la sentencia *Elite Taxi* calificó a Uber como un servicio de transporte y excluyó su condición de servicio de la sociedad de la información, la solución a esta cuestión prejudicial era sencilla. La sentencia *Uber France* declaró que, como tal servicio de transporte, le resultan inaplicables las Directivas 98/34/CE y 2006/123/CE, destinadas a los servicios de la sociedad de la información. Por lo tanto, no entró a analizar la calificación de los artículos

³¹ En particular se trata de los artículos L. 3120-1 y L. 3124-13 del Code des transports francés.

del Código de transporte francés como reglamento técnico ni la obligatoriedad de su notificación.

Sin embargo, como ya se ha indicado, el verdadero valor de esta sentencia, en cuanto a su posible repercusión en los derechos nacionales, entre ellos el español, reside en lo apuntado en las conclusiones ofrecidas por el Abogado General. En ellas advierte abiertamente del peligro que puede derivarse de una interpretación extensiva del concepto de “servicio de la sociedad de la información” y de las posibles consecuencias de la falta de notificación de una disposición nacional que constituye un reglamento técnico³².

El peligro indicado deriva de la exigencia contenida en el artículo 8 de la Directiva 98/34/CE. Esta ordena que todo proyecto de reglamento técnico que afecte a un servicio de la sociedad de la información deba ser notificada por el Gobierno nacional a la Comisión. Y más importante aún: la falta de tal notificación constituye un vicio de procedimiento en la adopción de los reglamentos técnicos, que conduce a su inaplicabilidad a los particulares. Con notable agudeza el Abogado General señala lo siguiente: “los particulares que deseen sustraerse a la aplicación de una norma [como la del Código de Transporte francés, que prohíbe y sanciona penalmente la organización de un sistema de transporte sin las oportunas licencias] pueden alegar el hecho de que no ha sido notificada, sin que sea necesario determinar si dicha norma es materialmente contraria a las libertades del mercado interior”. Esta ventaja fue, precisamente, aprovechada por Uber en este caso, al oponerse a la aplicabilidad de la prohibición del Código de Transporte francés, por considerarlo un reglamento técnico y haberse probado que su tramitación no había sido notificada a la Comisión, incumpliendo lo ordenado por la Directiva.

Las conclusiones remarcan y advierten que “esta inoponibilidad puede beneficiar incluso a los operadores cuya actividad, a pesar de entrar en el ámbito de aplicación de la norma en cuestión, no constituye un servicio de la sociedad de la información, en particular por el hecho de que su papel no se limita a los prestados por la vía electrónica”, como sucede con Uber. Este razonamiento es el que permite explicar también el enfoque del Abogado General en sus conclusiones: evitando abordar la calificación de las actividades de Uber a la luz de la Directiva 2006/123/CE (recuérdese que todavía no se había promulgado la sentencia *Elite*

³² En el párrafo 36 de las Conclusiones, el Sr. Szpunar, aun reconociendo que sería extraño que el Tribunal se apartase de sus conclusiones en el caso *Elite Taxi* y calificase a Uber como servicio de la sociedad de la información y no como servicio de transporte, manifiesta de su deseo de analizar igualmente la cuestión de los efectos derivados de la falta de notificación “en aras de la exhaustividad, puesto que la respuesta que se impone permite obtener una visión completa del asunto”.

*Taxi*³³), y centrando la cuestión en si la disposición del Derecho francés constituía o no un reglamento técnico y debería haber sido notificado, de acuerdo con lo ordenado por la Directiva 2006/123/CE.

Para resolver esta cuestión procedía entrar al elemento principal, que no es otro que la definición de lo que ha de entenderse por reglamento técnico y, tras ello, la calificación o no de la prohibición francesa como uno de dichos reglamentos. De acuerdo con la Directiva 98/34/CE modificada, un reglamento técnico es aquel que cumple varias condiciones: sólo se refiere a los servicios de la sociedad de la información; contiene una regla relativa al acceso a las actividades de servicios y a su ejercicio; y es necesario que tal requisito tenga como finalidad y objeto específicos regular de manera explícita y bien determinada dichos servicios.

Tan importante como delimitar lo que ha de entenderse por reglamento técnico resulta la operación contraria. Así, quedan excluidos de esta condición aquellos que no se refieran a servicios de la sociedad de la información o que sólo se refieran a dichos servicios de una manera implícita o incidental.

La prohibición contenida en el Código de transporte francés no tenía por finalidad prohibir o regular de manera completa la prestación de servicios de transporte. Lejos de ello, únicamente trató de prohibir y sancionar penalmente la actividad de intermediación en el ejercicio ilegal del transporte, por lo que la actividad de intermediación ejercida respecto de un servicio de transporte legal quedaba fuera de su ámbito de aplicación. Su regulación de los servicios es, pues, puramente incidental³⁴.

Una vez alejada la consideración de esta norma como reglamento técnico, queda desterrado también todo deber de notificación y, con ello, y más importante, cualquier vía de escape fundamentada en la inaplicabilidad de esta norma por incumplimiento del deber de notificación. En nada influye que la naturaleza de la norma reguladora sea, en este caso, penal, sino, como indican las conclusiones, en el hecho de que “no prohíbe ni sanciona penalmente una actividad que tiene el carácter de servicio de la sociedad de la información de manera general, sino únicamente en la medida en que dicha actividad constituye un acto de complicidad

³³ El párrafo 14 de las conclusiones se remite, en cuanto a la calificación de los servicios prestados por Uber (o UberPop, en este caso), a las conclusiones presentadas en el caso *Elite Taxi*.

³⁴ El apartado 31 de las Conclusiones es especialmente expresivo: “Si toda disposición nacional que prohíbe o sanciona la intermediación en las actividades ilegales debiera considerarse como un reglamento técnico por el mero hecho de que dicha intermediación se realice, con toda probabilidad, por vía electrónica, un gran número de las normas internas de los Estados miembros, tanto escritas como no escritas, deberían ser notificadas por este motivo”.

en el ejercicio de otra actividad, siendo esta última ilegal y hallándose, por lo demás, fuera del ámbito de aplicación de la Directiva 98/38/CE modificada”.

Es obvio que todo este razonamiento no llegó a formar parte de la sentencia *Uber France*, desde el momento en el que la sentencia *Élite Taxi* ya había configurado a Uber como empresa prestadora de un servicio de transporte. Sin embargo, estas conclusiones abren la puerta a la admisión de normas nacionales que prohíban la prestación de servicios de transporte de pasajeros sin las oportunas licencias establecidas en la legislación de cada Estado miembro e, incluso, que castiguen su infracción con penas de cárcel o cuantiosas multas, eximiéndolas del requisito de la notificación y, con ello, de su inaplicación por falta de dicho registro.

4. CONSECUENCIAS EN EL DERECHO ESPAÑOL

A pesar de la notoria difuminación de la noción de dependencia con la que tan bien han sabido jugar las plataformas, entre las que Uber no ha sido una excepción, la admisión del carácter laboral de la relación existente entre Uber y sus conductores, conduciría a unas formidables repercusiones tanto para estos como para la propia compañía, desde el momento en el que las normas y obligaciones del Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social caerían inevitablemente sobre ambos. De entre ellas, resultan particularmente importantes dos materias: la remuneración y el tiempo de trabajo, en tanto que las particularidades de ambas materias en el marco de la plataforma han sido expresamente esgrimidas por Uber para justificar la falta de vínculo laboral con los conductores. A esta situación se suma la carencia, hasta el momento, de instrumentos colectivos que puedan matizar la aplicación de estas normas, dado que en España aún no se ha puesto en práctica ninguna iniciativa de negociación colectiva de condiciones de trabajo en este ámbito.

La inexistencia de pactos o acuerdos colectivos en la materia supone una enorme dificultad a la hora de gestionar una circunstancia tan particular como es el tiempo de trabajo en una plataforma como Uber. Y ello porque la empresa no impone una sujeción horaria, sino un trabajo a demanda dependiente de la aceptación de viajes por parte del conductor, que podrá variar completamente en cada día de actividad. Esta capacidad de elección, como es obvio, quedaría limitada por las propias restricciones que le impone su vínculo con la plataforma, que le obliga a aceptar un número mínimo de viajes propuestos y mantener un tiempo mínimo de conexión para evitar la “desconexión” de la plataforma.

Frente a la inexistente regulación nacional, resultan inspiradoras las iniciativas legislativas realizadas en otros países de nuestro entorno, tales como Portugal o Italia, que han tratado de regular y proteger las condiciones de los trabajadores de plataformas dedicadas al transporte de pasajeros. Frente a la presunción de

laboralidad recogida en Portugal, a través de la Ley 45/2018, de 10 de agosto, sobre régimen legal de actividad del transporte individual y remunerado de pasajeros en vehículos no identificados de plataformas digitales³⁵, se encuentra, por el contrario, el no reconocimiento directo de la laboralidad de la relación que une a los trabajadores de las plataformas con las empresas, en la legislación italiana (Decreto-Ley 3 septiembre 2019, nº 101)³⁶. A su vez, mientras la legislación portuguesa contiene una sección específica en materia de Derecho el trabajo y contiene obligaciones laborales para las plataformas digitales (formación, seguro de responsabilidad civil, límite diario de jornada...), la italiana recoge un título dedicado a las prestaciones de trabajo realizadas a través de las plataformas digitales por los trabajadores autónomos, que trata de extender a estos buena parte de los derechos típicos de los trabajadores por cuenta ajena.

³⁵ Sobre esta cuestión, véase Amado J.L – Moreira, T.C., *A lei portuguesa sobre o transporte de passageiros a partir de plataforma electrónica: sujeitos, relações e presunções*, LLI, vol. 5, nº. 1, 2019, pp. 71 y ss.

³⁶ Un magnífico estudio sobre la cuestión en: <https://baylos.blogspot.com/2019/11/de-nuevo-sobre-los-trabajadores-de.html>.

LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES. EL CASO DELIVEROO*

MARTA FERNÁNDEZ PRIETO

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: plataformas digitales; repartidores; relación laboral; trabajo presencial; Deliveroo.

Examinar de forma aislada los indicios de laboralidad y de autonomía que concurren en una prestación de servicios puede poner en cuestión alguno de sus presupuestos configuradores de la relación laboral y desvirtuar su propia naturaleza. Así sucede con el trabajo a demanda, flexible y atípico que caracteriza las nuevas formas de empleo vinculadas al trabajo a través de plataformas.

El presente estudio pretende abordar un análisis global de la prestación de servicios de recogida y entrega de pedidos realizada por los repartidores de Deliveroo, que incluye su reclutamiento y formación, así como la organización, seguimiento y control del servicio por la aplicación informática.

Ante la insuficiencia de información en la propia plataforma, se utilizan los hechos declarados probados de los diversos pronunciamientos judiciales existentes, que evidencian una prestación de servicios, en su conjunto, materialmente subordinada, con una manifiesta sumisión del trabajador al ámbito de organización y dirección de la empresa digital.

ABSTRACT

KEYWORDS: computing platforms; riders; employment relationship; offline work; Deliveroo.

If the indicators of the existence of a subordinate or self-employment in a provision of services are viewed in isolation, can cast doubt on the existence of some of the essential elements which define conceptually the employee's working relationship and there is a potential for misstating its true nature as labour relation. This applies to the on demand, flexible and atypical work, that characterizes new forms of employment linked to services provided via software platforms.

This research raises a global analysis of the provision of services to collect and deliver orders by Deliveroo's riders. It includes the personnel recruitment and the organization, monitoring and control of the service.

Faced with an insufficient information on the platform itself, the facts declared proven in the judgments are used. Overall, the analysed data show a provision of subordinate services, in which the worker is subject to digital company and acts within the scope of its organization and management.

* Esta publicación se enmarca en el subproyecto “Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo autónomo en la era digital” (DER2017-83488-C4-2-R), integrado en el proyecto coordinado “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía” (DER2017-83488-C4-1-R), financiado por el Ministerio de Ciencia e Innovación

ÍNDICE

1. EL TRABAJO ATÍPICO OFFLINE EN EL MODELO DE NEGOCIO DE PLATAFORMAS DIGITALES
2. EL INTENTO DE HUIDA DEL ORDENAMIENTO LABORAL DE DELIVEROO
3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS RIDERS DE DELIVEROO. UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE HECHOS PROBADOS
4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

1. EL TRABAJO ATÍPICO *OFFLINE* EN EL MODELO DE NEGOCIO DE LAS PLATAFORMAS DIGITALES

El modelo de relaciones laborales ha ido flexibilizándose e introduciendo cambios organizativos significativos para adaptarse a las necesidades de los procesos productivos y a la realidad socio-económica de cada momento¹. Las nuevas tecnologías, la globalización y la descentralización son algunos de los factores contextuales que confluyen y caracterizan el sistema actual², que han contribuido a una transformación cualitativa de la forma de prestar los servicios y de sus condiciones de ejecución y a la aparición de nuevas formas de empleo atípico o vulnerable vinculadas al trabajo a través de plataformas. La dimensión del problema se acrecienta con el auge de los autónomos en red, que, bajo diferentes modelos de autoempleo y emprendimiento, ofertan sus servicios, incluido trabajo creativo o intelectual³, como pieza o eslabón de un proceso productivo y del empleo a demanda en plataformas digitales, que se incrementará exponencialmente en un futuro inmediato. Son las propias aplicaciones informáticas las

¹ En una primera etapa, el sistema de producción fordista se caracterizó por la concentración de la mano de obra en el centro de trabajo, la división y especialización del trabajo, la producción industrial en serie y una estructura organizativa jerarquizada bajo la dirección del empleador. En un momento posterior, para abaratar costes, se introduce un modelo de empresa descentralizada y el desarrollo de cadenas de suministro, que opta por la externalización y subcontratación de parte de los procesos productivos con terceras empresas o trabajadores autónomos, incluso con carácter transnacional. Y en la actualidad, las nuevas tecnologías permiten ofrecer un modelo de negocio de economía de plataforma, aparentemente más horizontal y participativo, que ofrece la posibilidad de compartir, ceder bienes o prestar y recibir servicios con la intermediación de aplicaciones informáticas, sin apenas trabas burocráticas.

² Cruz Villalón, J., “El futuro del trabajo y su gobernanza”, *Temas Laborales*, 137/2017, pp. 13 ss.

³ Aunque la descomposición del trabajo en pequeñas unidades incluso facilita el acceso a personas sin un nivel de formación y perfil profesional excesivo, en lo que se ha calificado ya como taylorismo digital. Degryse, C. (2016), *Digitalisation of the economy and its impact on labour markets*, European Trade Union Institute (ETUI) 2016, p. 36, disponible en <https://www.etui.org/Publications2/Working-Papers/Digitalisation-of-the-economy-and-its-impact-on-labour-markets>; Trillo Párrega, F., “y economía digitalizada”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, Vol. II, OIT y MTySS, Madrid, 2017, accesible en https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/publication/wcms_615487.pdf, p. 432.

que, mediante algoritmos, asignan y distribuyen las tareas encargadas por los clientes entre los profesionales que ofrecen sus servicios y se adaptan mejor a los requerimientos del cliente. De este modo, las plataformas consiguen ajustar la oferta y la demanda bajo parámetros de eficacia y eficiencia, para reducir costes laborales. Para ofrecer un entorno más garantista a los clientes, el programa suele incluir también sistemas de reputación y evaluación de las tareas por anteriores usuarios de la aplicación.

Una de las cuestiones que más ha focalizado el debate, de teóricos y prácticos iuslaboralistas, en torno al empleo creado en este modelo de negocio ha sido la calificación de la naturaleza del vínculo contractual existente entre quien presta el servicio y quien lo remunera, no siempre reconducible de forma automática a la relación laboral clásica⁴. En la base de esa polémica está la muy diversa tipología de las plataformas informáticas, que incidirá necesariamente en la naturaleza del vínculo. Aun dejando al margen las plataformas *peer to peer* y los supuestos de economía colaborativa entre particulares, que, aun compartiendo gastos e incluso permitiendo cierto lucro, deben considerarse excluidas del ámbito del ET por su art. 1.3.g), existe una cierta confusión entre las plataformas tecnológicas o de intermediación y las plataformas que desarrollan un verdadero modelo de negocio. Estas últimas utilizan las nuevas tecnologías para reducir costes y ofrecer, con notables ventajas competitivas, bien un servicio en concreto, o bien diferentes y variados servicios. Con todo, la línea divisoria entre empresas tecnológicas y empresas proveedoras del servicio es muy sutil y aquí surge ya una primera dificultad para calificar la relación contractual.

Las plataformas que operan como meras empresas tecnológicas, tratan de ofrecer un punto de encuentro entre sus potenciales usuarios. A modo de intermediarios, facilitan la colocación de trabajadores, autónomos o asalariados, sin influir sustancialmente en las condiciones de prestación del servicio, siendo incluso el cliente quien elige al prestador del servicio que prefiere contratar. Aun en estos casos, su actuación puede ser heterogénea, pero la plataforma no necesariamente ostenta la condición de empresaria laboral. Puede que la mediación se realice extra muros del ámbito de la colocación, con usuarios que puedan tener la condición de trabajadores autónomos o dependientes, pero pueden incluso actuar como agencias privadas de colocación, o como empresas de trabajo temporal, en función de los vínculos que se creen con las personas que ponen a disposición de

⁴ Rodríguez-Piñero Royo, M., “La agenda reguladora de la economía colaborativa: aspectos laborales y de seguridad social”, *Temas Laborales*, 138/2017, pp. 125 ss. señala otros riesgos de los trabajadores de las plataformas que deben ser abordados en la que llama “agenda laboral”, junto con el de la deslaboralización de sus prestaciones de servicios: la economía informal, la precarización del empleo, la desprotección social y la situación de los trabajadores en el mercado de trabajo digital.

potenciales usuarios sus servicios y con esos potenciales clientes, que pueden ser empresas usuarias que demanden los servicios⁵.

Las plataformas de servicios suelen presentarse también a sus potenciales usuarios como plataformas tecnológicas. Sin embargo, más allá de una labor de mera intermediación, reducida a conectar, mediante la app correspondiente, a un cliente con un prestador del servicio, organizan, dirigen y controlan el propio servicio que ofertan. Pueden ofrecer actividades a realizar *online* o presencialmente y en sectores diversos, más o menos tradicionales y de mayor o menor cualificación –transporte, alojamiento, limpieza, reparaciones, belleza, fisioterapia, atención sanitaria, traducción, asesoramiento...-. Sin perjuicio de tener que analizar, en cada caso, las condiciones de ejecución y prestación de los servicios que se realizan a través de estas plataformas, es conveniente distinguir entre las plataformas que ofertan servicios que deben prestarse presencialmente y exigen, por tanto, la disponibilidad y localización del prestador -*crowdsourcing offline*- y las que ofrecen servicios *online*, que se ejecutan o entregan a través de la red, sin contacto físico entre el proveedor del servicio y el cliente, que pueden estar muy distantes geográficamente⁶.

El trabajo en plataformas digitales de servicios, aún emergente y marginal, tiene un potencial enorme de transformación del modelo de producción y de las relaciones de trabajo⁷. Se incluye en la *gig economy* o economía bajo demanda. Las plataformas se sirven de una aplicación informática – una app o una página web- y de un *software* para desarrollar un negocio basado en la oferta directa de un servicio a potenciales consumidores a través del *crowdsourcing*. Para reducir costes, tiene como protagonista a un prestador supuestamente autónomo y registrado en la plataforma, que es contratado puntualmente para una prestación de servicios más o menos ocasional, para cuyo desarrollo ha de aportar personalmente los instrumentos o utensilios necesarios. No solo se trata de un nuevo modelo de empresa deslocalizada, en la que desaparece la prestación de servicios en un centro de trabajo, sino también difusa, al dividirse el trabajo en microtarefas y externalizarse su prestación recurriendo a una multiplicidad de colaboradores o proveedores de servicios a los que se ofrece el servicio bajo demanda. Resulta,

⁵ Véase, en particular, sobre los portales especializados en la búsqueda de empleo, García Rubio, M.^ªA., “Portales digitales de empleo y agencias de colocación: puntos de intersección y de indefinición normativa”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 7/2019, pp. 668-681.

⁶ Gorelli Hernández, J., “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas (*crowdsourcing offline*)”, *Revista de Derecho Social*, 86/2019, pp. 39 s.

⁷ Cavas Martínez, F., “Breves apuntes para una regulación multinivel del trabajo en plataformas digitales”, *Revista de Derecho Social*, 87/2019, pp. 66 s.

así, complejo identificar al empresario, pues los lindes entre prestadores de servicios, empresarios y usuarios o clientes se difuminan⁸.

Las plataformas de servicios ejercen habitualmente una influencia decisiva sobre las condiciones en las que se debe prestar el servicio. Su modelo de negocio encaja en la libertad de empresa y en la opción por la descentralización del proceso productivo. Con todo, no se opta en estos casos por una externalización al modo tradicional, articulada mediante una contrata o subcontrata entre la empresa principal y una empresa contratista, que asume la realización de una parte del proceso productivo con sus propios trabajadores. Antes bien, se realiza una externalización del servicio íntegra y segmentada en tareas individuales muy acotadas y de muy corta duración. Además, no se articula con una o varias empresas contratistas para que asuman una parte concreta del servicio sino, como *crowdsourcing*, con un llamamiento abierto en red y una multiplicidad de trabajadores registrados como autónomos⁹, para poder cubrir la demanda del servicio de la forma más eficaz y eficiente en todo momento, aun cuando los prestadores realicen una actividad mínima. Por otra parte, se reducen al mínimo los costes de producción, pues, con la ayuda de las nuevas tecnologías, la contratación del servicio y la del propio trabajador se hace a demanda, de modo que, aunque los proveedores del servicio deben estar disponibles, su contratación se realiza en el momento mismo en que el cliente solicita una microtarea. A partir de ahí, el prestador del servicio seleccionado por la plataforma, si acepta el encargo, es contratado por la duración exacta del servicio. Se elimina así la retribución de períodos de inactividad, incluso aunque la plataforma exija la localización y disponibilidad del proveedor del servicio, sin perjuicio de que en algunos supuestos le garantice unos ingresos mínimos por esa disponibilidad.

En un intento de huida del ordenamiento laboral, la plataforma confiere al prestador del servicio, al menos aparentemente, elasticidad en las condiciones de ejecución del servicio, flexibilidad para su organización e incluso autonomía para aceptar o rechazar las tareas asignadas, en función de los requerimientos del cliente y de su propia disponibilidad personal en cada momento. En los supuestos de *crowdsourcing offline*, que requieren que el servicio se realice presencialmente y, por tanto, exigen la disponibilidad y localización del prestador, se aprecia frecuentemente cómo el empleador digital organiza, controla e incluso evalúa la calidad de los servicios que presta. Ello sitúa a un amplio colectivo

⁸ Sobre la revisión del concepto patrimonialista de empleador y su identificación en las nuevas formas de organización empresarial creadas en un entorno digital, Martín Rivero, L., “La identificación del sujeto empleador en el contrato de trabajo: empleadores complejos y plataformas digitales”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10/2018, pp. 1117-1138.

⁹ Otero Gurruchaga, C., “El complicado encaje de los trabajadores de la economía colaborativa en el Derecho Laboral. Nuevos retos para las fronteras de la laboralidad”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 1/2018, pp. 61-74.

de trabajadores en un espacio difuso y controvertido, entre la dependencia y la independencia, el trabajo asalariado y el trabajo autónomo y plantea dudas a favor de la naturaleza laboral del vínculo contractual. En este sentido, quizás deba aplicarse a la prestación de servicios una doctrina similar a la del empresario efectivo, que permite distinguir entre la contrata o subcontrata lícita, cuando el contratista ejerce realmente como empresario, y la cesión ilegal de trabajadores o, en este caso, reconocimiento de la relación laboral, cuando el empresario efectivo sea la propia plataforma digital. Así las cosas, la interferencia de autónomos en el ciclo productivo de una plataforma proveedora de un servicio, que actúe a modo de empresa principal, parece una construcción jurídica que encubre una prestación de servicios subordinada¹⁰, al menos generalmente, pues resulta ciertamente complejo, que el autónomo pueda obviar la subordinación y elegir el lugar, el cliente o el precio de su prestación de servicios.

Por lo demás, los proveedores ofrecen sus servicios en un régimen de flexibilidad, inseguridad y precariedad hasta ahora poco común, al quedar fuera del ámbito de la relación laboral. Trabajo a demanda, de carácter ocasional o periódico, frecuentemente a tiempo parcial, inseguridad económica, inestabilidad, deficiencia de derechos colectivos, problemas de seguridad y salud laboral, dificultades de conciliación, insuficiencia de protección social y, en definitiva, flexibilidad solo aparente de las condiciones de prestación del servicio son algunos de los caracteres que pueden confinar a estos prestadores en la categoría de trabajadores precarios. En especial, cuando utilizan este trabajo para prestar servicios que antes desarrollaba una empresa tradicional. Si el trabajador precisa obtener unos ingresos para su sustento y el de su familia, se sentirá compelido a aceptar los encargos, se someterá a largas jornadas de disponibilidad y de trabajo, procurará cumplir los encargos en el menor tiempo posible y cumplirá las condiciones que la plataforma valora para conceder preferencia en la asignación de tareas.

Aun reconociendo las ventajas que, para trabajadores y clientes, pueden presentar estas nuevas formas de trabajo atípico, que incluso pueden facilitar una fuente de ingresos, complementaria o principal, a colectivos con dificultades de inserción o necesidades de conciliación, la insuficiencia de las categorías jurídicas tradicionales de trabajo autónomo y trabajo asalariado para garantizar una protección social adecuada a este modelo de negocio y la reticencia a la formulación de un nuevo concepto de trabajador que englobe a los prestadores de servicios de las plataformas, plantean problemas de desregulación y precariedad, a los que, sin duda, debe dar respuesta el Derecho del Trabajo.

¹⁰ Cabeza Pereiro, J., “Los derechos del trabajador autónomo ante la nueva economía”, *Revista de Derecho Social*, 86/2019, p. 64.

Existe en el seno de organizaciones internacionales, como la OIT o la UE, y en la mayoría de los países, un intenso debate legal, doctrinal y judicial sobre cómo ordenar las prestaciones de servicios realizadas a través de las plataformas digitales, a fin de garantizar al trabajador un empleo decente y una protección social adecuada¹¹, más allá de categorías y dicotomías hasta ahora existentes e incluso de la propia heterogeneidad de la configuración del trabajo digital y de las condiciones de prestación del servicio¹².

2. EL INTENTO DE HUIDA DEL ORDENAMIENTO LABORAL DE DELIVEROO

La discusión sobre la naturaleza laboral o no de la prestación de servicios en un intento de huida del ordenamiento laboral no constituye ciertamente novedad alguna en el ámbito del Derecho del Trabajo. So pretexto de reducir los costes laborales, tradicionalmente se han buscado fórmulas para escapar del manto protector que este sector del ordenamiento garantiza¹³. Las controversias se reconducen por los tribunales a la aplicación de un método indiciario a los datos fácticos que confluyen en cada caso concreto para determinar, con un elevado grado de inseguridad jurídica, si en la prestación de servicios concurren o no los presupuestos configuradores de la relación laboral del art. 1.1 ET: personalidad, voluntariedad, trabajo por cuenta ajena, dependencia y retribución. Cuando concurren los presupuestos, se activa la presunción de laboralidad del art. 8.1 ET, frente a la posibilidad de existencia de otros vínculos de naturaleza civil o mercantil entre la empresa y los prestadores de servicios. Las notas que más polémica generan son la dependencia y la ajenidad. No en vano, en una misma prestación de servicios suelen concurrir simultáneamente indicios de dependencia o subordinación y de autonomía e indicios de trabajo por cuenta ajena y propia.

Son ciertamente singulares los indicadores que deben ponderarse en el modelo de negocio de las plataformas digitales para que el trabajo sea considerado asalariado o autónomo, que difieren de los indicios que los tribunales han utilizado tradicionalmente. Con todo, no es esta la primera ocasión en la que el

¹¹ Recientemente, Gil y Gil, J.L., “El trabajo decente como objetivo de desarrollo sostenible”, *Lex Social*, 1/2020, pp. 140-183.

¹² Véase propuesta de regulación multinivel de Cavas Martínez, F., “Breves apuntes...”, *op. cit.*, pp. 73 ss.

¹³ Baylos Grau, A., “La “huida” del Derecho del Trabajo: tendencias y límites a la deslaboralización”, en AA.VV. (Coord. Alarcón Caracuel, M.R. y Mirón Hernández, M.^aM), *El trabajo ante el cambio de siglo: un tratamiento multidisciplinar*, Marcial Pons, Barcelona, 2000, pp. 37 ss.

contexto socio-económico del momento exige una actualización y flexibilización de los requisitos de dependencia y ajenidad¹⁴.

En concreto, en el trabajo prestado a través de plataformas digitales, frente a indicios que tradicionalmente caracterizaron el trabajo autónomo, como la libre determinación del horario de prestación de servicios, la aportación por el trabajador de medios de producción propios, la asunción de los costes del servicio o la forma de retribución en función del número de servicios prestados, la jurisprudencia debe dar mayor peso como indicios de laboralidad a la adopción de decisiones que afectan a la prestación del servicio en el mercado y a las fórmulas indirectas de control empresarial. Por ejemplo, la fijación del precio y de las condiciones de prestación del servicio, la identificación de clientes potenciales, la determinación de zonas y franjas horarias de mayor demanda, estrategias de marketing, el uso de una imagen corporativa, o incluso la imposibilidad práctica de prestar el servicios y desarrollar oportunidades de negocio fuera de la plataforma ... Y, en relación con el control, la determinación del tiempo de trabajo a través de incentivos económicos o de otro tipo para incrementar la disponibilidad durante los tiempos de más demanda, la exigencia de unos servicios mínimos, la asignación de tareas concretas o el control del rendimiento del trabajo a través de sistemas de monitorización o de evaluación del servicio, que repercuten en la asignación futura de tareas.

Los estudios doctrinales analizan exhaustivamente la fundamentación jurídica de los pronunciamientos judiciales, pero no siempre examinan con suficiente profundidad los datos fácticos sobre el funcionamiento de la plataforma y su vinculación con el usuario “colaborador” a quien encarga la prestación de servicios *offline*, física y directa al cliente. Se trata, ciertamente, de una tarea harto compleja, dado el casuismo de las plataformas y la dificultad de conocer su funcionamiento íntegro a través de la información accesible en sus páginas web y de las condiciones generales de contratación. El funcionamiento más minucioso solo se conoce cuando el usuario se registra como proveedor del servicio, descarga su app y recibe las indicaciones precisas. Este oscurantismo, probablemente pretendido, impide conocer con suficiente detalle la relación entre la plataforma y el prestador y la organización del servicio en sí, salvo a través de los hechos declarados probados en las sentencias de instancia. Solo un análisis de conjunto, permite defender con cierta seguridad la existencia de una relación laboral o de una prestación de servicios autónoma. Es más, pese a que, en un mismo supuesto controvertido, se encontrarán con frecuencia no uno sino múltiples indicios en defensa de cualquiera de las dos posturas, un diagnóstico global puede permitir

¹⁴Una situación similar se produjo ya en las últimas décadas del siglo XX por la flexibilización del modelo de relaciones laborales. Véase, Martín Valverde, A., “Fronteras y zonas grises del Derecho del Trabajo en la jurisprudencia actual (1980-2001)”, *RMTAS*, 38/2002, pp. 21 ss.

concluir con seguridad que concurre una subordinación incluso análoga a la que caracteriza la relación laboral tradicional.

Corresponde en el análisis que continúa detenerse en el estudio de una de las plataformas en las que los pronunciamientos judiciales son suficientemente exhaustivos como para obtener datos relevantes de la relación de hechos probados. Es el caso de Deliveroo, plataforma que ha sido ya analizada en múltiples trabajos científicos a través de la fundamentación jurídica de los pronunciamientos judiciales y de las resoluciones de la Inspección de Trabajo¹⁵, pero cuyo estudio jurídico pretende ahora abordarse partiendo de una base meramente fáctica. No en vano, el párrafo 9 de la Recomendación núm. 198 OIT sobre la relación de trabajo, indica que “la existencia de una relación de trabajo debería determinarse principalmente de acuerdo con los hechos relativos a la ejecución del trabajo y la remuneración del trabajador”, sin perjuicio de la calificación que hayan convenido las partes.

Y en ese análisis se aprecia que la articulación del servicio que presta la plataforma y su relación con las personas prestadoras del servicio varía en entornos geográficos y/o temporales diferentes, lo que impide una descripción del vínculo entre las partes y de la prestación del servicio espacial y temporalmente válida y exenta de matices. Pero los cambios en las condiciones contractuales de los trabajadores se han impuesto siempre por decisión unilateral de la empresa, sin posibilidad alguna de negociación, una evidencia más del poder de dirección que ejerce el empresario digital. Es fácil intuir que esta plataforma digital ha tratado de redefinir la configuración de la prestación de servicios para adaptarse y dar

¹⁵ Entre otros, Gorelli Hernández, J., “Indicios de laboralidad en el trabajo a través de plataformas...”, *op. cit.*, pp. 49 ss.; Todolí Signes, A., “Comentario a la Resolución de la Inspección de Trabajo sobre Deliveroo: son laborales y no autónomos”, *Blog Argumentos en Derecho Laboral*, <https://adriantodoli.com/> y “Comentario a la sentencia que califica como trabajador a un rider de Deliveroo y sus efectos en la *gig economy*”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 51/2018, pp. 443 ss.; Álvarez Cuesta, H., “La lucha contra los “falsos autónomos” en la prestación de servicios vía app. El caso “deliveroo””, *Iuslabor*, 2, 2018, pp. 280 ss.; García Quiñones, J.C., “El caso Deliveroo: un ejemplo loable de implicación jurisdiccional a la búsqueda de la verdad material como pauta para la compatibilidad entre la economía colaborativa y el derecho del trabajo”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 6/2018, pp. 633 ss.; López Balaguer, M., “Los “riders” de Deliveroo son trabajadores. SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 213/2018, págs. 249 ss.; Cámara Botía, A., “La prestación de servicios en plataformas digitales: ¿trabajo dependiente o autónomo?”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 222/2019, pp. 77 ss.; Tascón López, R., “Sobre la laboralidad de las prestaciones de servicios desarrolladas por los “riders” de Deliveroo: Comentario a la SJS núm. 5 Valencia de 10 de junio de 2019”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 225/2019, pp. 281 ss.; Varva, S., López Insúa, B.M., “Plataformas digitales: una perspectiva comparada en los ordenamientos italiano y español”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, 10/2019, base de datos El Derecho, Lefebvre, EDC 2019/752588 pp. 10 ss./19.

cobertura legal a formas de trabajo independiente o no subordinado, en un intento de escapar de la regulación protectora del Derecho del Trabajo.

En esa evolución, se contempla la posibilidad de reconocer al proveedor del servicio como trabajador autónomo económicamente dependiente, cuando se cumplen los requisitos exigidos por la LETA, que dejaría fuera los supuestos en los que el prestador no percibe al menos el 75 por cien de sus ingresos de una misma plataforma, así como los casos de subcontratación. Se trata de una figura con la que, al menos en un principio, los tribunales parecían mostrar una mayor permisividad para escapar del ordenamiento laboral y, paralelamente, mayor dificultad para apreciar la existencia de relación laboral. Esta reconfiguración de la prestación del servicio no se ha producido, ciertamente, en paralelo sino con carácter previo a los pronunciamientos judiciales existentes en España sobre el caso Deliveroo. Es previsible que ese mecanismo de búsqueda de fórmulas que permitan la huida del Derecho del Trabajo continúe, permitiendo incluso, como hacen ya algunas plataformas, que sea el cliente y no la aplicación quien elija al prestador o que esta establezca solo un precio recomendado, pero se permita que el proveedor oferte el servicio a un precio diferente.

Con todo, y aunque pueda llegar a concurrir un alto grado de autonomía jurídica que impida apreciar la subordinación en la prestación de servicios, existe en el trabajo prestado a través de plataformas digitales un alto componente de inseguridad, desequilibrio y dependencia económica, que exige que el Derecho del Trabajo deba prestar atención a la protección de este modelo de empleo no convencional que emerge a través de las nuevas tecnologías, sea configurado como trabajo asalariado, como trabajo independiente, o simplemente, como trabajo autónomo precario, para garantizar al trabajador de las plataformas un empleo decente y una protección social adecuada. Incluso su calificación como trabajo asalariado plantea numerosas lagunas en relación con las peculiaridades de un trabajo digital, prestado a demanda, con libertad de horarios, tiempos de trabajo, disponibilidad y espera, desconexión digital, particularidades en el sistema de retribución, sometimiento a un control tecnológico, reputación *online*, competencia entre proveedores, protección de datos, derechos colectivos¹⁶... Resulta, pues, difícil de encorsetar, si el trabajador desea mantener cierta autonomía, en la regulación laboral vigente, en especial en el contrato a tiempo parcial.

La naturaleza protectora, compensadora y equilibradora del Derecho del Trabajo exige su adaptación a las nuevas exigencias de las relaciones productivas,

¹⁶ Cavas Martínez, F., “Breves apuntes para una regulación multinivel...”, *op. cit.*, p. 78 s. y 86 ss.

para garantizar los derechos fundamentales de los trabajadores¹⁷, en particular en las situaciones en las que existe un desequilibrio de poder entre los proveedores de servicios y las plataformas digitales, que precisa de seguridad jurídica, económica y social¹⁸. No se trata solo de definir los contornos y zonas grises entre trabajo subordinado y trabajo autónomo, sino también de hacer que la frontera entre uno y otro régimen no resulte tan traumática¹⁹, bien adaptando la legislación laboral existente y el concepto mismo de trabajador y las condiciones de ejecución de la prestación de servicios²⁰, o bien, en su caso, protegiendo mediante una regulación *ad hoc* al autónomo dependiente o precario digital, para garantizar la dignidad en el trabajo²¹. En definitiva, se debe evitar que la huida de derechos sociales como ventaja competitiva de las nuevas formas de empleo convierta a estas en

¹⁷ Véanse Goldin, A., “Algunos rasgos definitorios de un derecho del trabajo en proceso de cambio”, *THÉMIS-Revista de Derecho*, 65/2014, pp. 27 ss.; Molina Navarrete, C., “¿El futuro del trabajo, trabajo sin futuro? Los mitos finalistas en la era digital del “neo-mercado””, *Estudios Financieros. Revista de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social*, 408, 2017, pp. 5 ss.; y Mercader Uguina, J.R., *El futuro del trabajo en la era de la digitalización y la robótica*, Tirant lo Blanch, 2017; y “El impacto de la robótica y el futuro del trabajo”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, 269/2017, pp. 149 ss.

¹⁸ En palabras de Lantarón Barquín, D., “De la supervivencia de las categorías y la evolución de las realidades: reflexiones en torno al derecho del trabajo”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, 225/2019, base de datos Westlaw, BIB 2019\9781, p. 22/27, “el Derecho del Trabajo quizás no haya de ser más sólo el derecho del contrato de trabajo sino el derecho de las prestaciones de servicios personales y dependientes, ampliamente entendido este último término”.

¹⁹ Cruz Villalón, J., “El concepto de trabajador subordinado frente a las nuevas formas de empleo”, *Revista De Derecho Social*, 83/2018, pp. 13 ss.

²⁰ Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, que deroga, con efectos de 1 de agosto de 2022, la vigente Directiva 91/533/CEE; Cabeza Pereiro, J., “El concepto de trabajador en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea”, *Documentación Laboral*, 113/2018, pp. 45 ss.; Sánchez-Urán Azaña, M.^a.Y., “Economía de plataformas digitales y concepto de trabajador: Derecho de la Unión Europea y ordenamientos nacionales”, Texto del capítulo de la publicación *Nuevas tecnologías y protección de datos*, Dirección General de Trabajo del Principado de Asturias (en prensa), <https://eprints.ucm.es/51197/1/Econom%C3%ADa%20de%20Plataformas%20Oviedo%20febrero%202019%20E%20PRINTS.pdf>; Risak, M., Dullinger, T., *The concept of ‘worker’ in EU law: status quo and potential for change*, European Trade Union Institute (ETUI), Report 140, 2018, file:///C:/Users/Equipo/Downloads/18+Concept+of+worker+Risak+Dullinger+R140+web+version.pdf

²¹ Martínez Barroso, M.^a.R., “El trabajo autónomo económicamente dependiente. Reflexiones para un debate ¿laboralizador?”, *Estudios Financieros. Revista de Trabajo y Seguridad Social*, 304/2008, pp. 3 ss.; Rodríguez González, S., “Externalización y fraude: el trabajo a demanda vía apps”, <http://www.iuslaboralistas.com/wp-content/uploads/2017/10/Comunicacion-Sarai-Rodri%C3%ACguez.-Externalizacio%C3%ACn-y-fraude.-El-trabajo-a-demanda-vi%C3%ACa-app.pdf>, p. 18 ss.; Grau Pineda, C., “La economía digital o de plataformas (“platform economy”) como oportunidad para crear empleo autónomo ¿precario?”, *REDT*, 213/2018, base de datos Westlaw BIB 2018\13396, p. 4/16.

empleo precario o economía sumergida²². Pero sin olvidar que la flexibilidad que caracteriza el empleo del futuro, cuando es voluntaria, tiene, sin duda, implicaciones positivas²³ y que la propia heterogeneidad de las plataformas dificulta la generalización de la consideración como trabajo asalariado o como trabajo autónomo de todas las prestaciones de servicios vinculadas a las plataformas y a la economía digital. Se precisaría de una intervención del legislador para adaptar la regulación laboral y la normativa aplicable a los autónomos, y, en particular a los económicamente dependientes, a las singularidades del trabajo digital.

3. LA PRESTACIÓN DE SERVICIOS DE LOS *RIDERS* DE DELIVEROO. UN ANÁLISIS A TRAVÉS DE HECHOS PROBADOS

Deliveroo es el nombre comercial de la mercantil Roofoods Spain S.L., constituida el 24 de julio de 2015 y dedicada a la actividad de comercialización, venta y entrega a domicilio o en oficinas de trabajo de comida preparada de restaurantes²⁴. Para el desarrollo de la actividad, se sirve de trabajadores por cuenta ajena, distribuidos en los departamentos de administración, marketing,

²² “Economía sumergida 3.0” en expresión de Molina Navarrete, C., “Derecho y trabajo en la era digital: ¿«revolución industrial 4.0» o «economía sumergida 3.0»?”, en AA.VV., *El futuro del trabajo que queremos*, op. cit., pp. 403 ss.

²³ La capacidad del trabajador de concretar el momento de ejecución de la prestación y de rechazar tareas, permite compatibilizar su actividad profesional con formación, responsabilidades familiares u otro trabajo típico o a tiempo parcial, facilita la inserción laboral de colectivos con especiales dificultades o problemas de salud o discapacidad y favorece la creación de empleo y la disminución del desempleo. Véase Suárez Corujo, B., “El sistema de seguridad social ante la “uberización” de la economía”, en AA.VV., *La gestión del cambio laboral en la empresa*, Thomson Reuters Aranzadi, Cizur Menor, 2017, pp. 103 ss.

²⁴ Formalmente, de los estatutos de la sociedad inscritos y las cuentas anuales depositadas en el Registro Mercantil de Madrid, de su inscripción en la Seguridad Social y de la declaración censal de alta se deducen su objeto social, más amplio, así como su actividad económica principal. El objeto social comprende, entre otras cosas, el comercio al por menor, al por mayor, importación, exportación, almacenamiento y distribución de productos alimenticios y bebidas en general, con o sin establecimiento permanente, incluida la gestión y reparto de comida a domicilio, así como todas aquellas actividades necesarias para llevar a cabo dichos servicios. Pueden ayudar a concretar su actividad principal, el código CNAE utilizado -el 4791, correspondiente al comercio al por menor por correspondencia o Internet-, o el epígrafe enunciado en la declaración censal de alta -665.1, de comercio de mensajería por correo o catálogo-. Véanse SSJS núm. 6 y 5 de Valencia (244/2018, de 1 de junio -JUR\2018\152297- y 197/2019, de 10 de junio -AS\2019\1787-), núm. 31 de Barcelona, de 11 de junio (193/2019 -AS\2019\1493-) y núm. 19 de Madrid, de 22 julio (188/2019 -AS\2019\1877-), esta última confirmada por la STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2020, rec. núm. 1323/2019 (40/2020 -JUR 2020\24751-).

operaciones, servicio corporativo y ventas²⁵ y de una aplicación informática²⁶ y una página web, que utilizan el nombre comercial. Su objeto es, por un lado, promocionar productos de los restaurantes que contraten sus servicios, gestionar telemáticamente, a modo de agente, los pedidos de potenciales consumidores y concluir la venta en nombre del restaurante; y, por otro lado, prestar el servicio de recogida de los pedidos en el restaurante y de entrega en el domicilio o lugar designado por el cliente. Para el reparto y distribución de comida preparada de restaurantes no celebra formalmente contratos de trabajo sino contratos tipo de prestación de servicios con mensajeros o repartidores²⁷.

La mercantil, los restaurantes con los que contrata, los consumidores y los repartidores, acceden a la plataforma con distintos perfiles. A través de la app, un usuario cliente, tras su registro en la aplicación, puede pedir que se le sirva en el lugar elegido un menú de cualquiera de los restaurantes asociados a la plataforma y pagar el servicio a través de la plataforma. Roofoods Spain S.L. gestiona la aplicación y las prestaciones de servicios, tanto con los restaurantes adheridos a la misma, como con los repartidores y los clientes registrados en la aplicación. Hecho el pedido por el cliente, la aplicación Deliveroo notifica el encargo al restaurante asociado y confirmada su aceptación por este a través de una tablet facilitada por la empresa, la propia aplicación selecciona, a través de un algoritmo o fórmula matemática, al repartidor que, en función de una serie de criterios, como la proximidad al punto de partida o su nivel de excelencia, considera mejor candidato para que acepte el encargo. Si el *rider* acepta realizar el reparto, debe dirigirse en la bicicleta –o, menos usualmente, motocicleta²⁸– que debe aportar, al restaurante que le indique la aplicación, recoger el pedido, introducirlo en una bolsa térmica, recibir información sobre la dirección de entrega y llevar el encargo al lugar designado por el cliente. Si el repartidor rechaza el pedido, la aplicación selecciona a otro *rider* disponible.

²⁵ Una plantilla de alrededor de 65 trabajadores por cuenta ajena en Madrid, según recoge la SJS núm. 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019.

²⁶ “Es titular”, según la SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

²⁷ SSJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, y núm. 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019.

²⁸ En el contrato de TRADE, se menciona “bicicleta, coche, motocicleta o bicicleta eléctrica”, así como la obligación de cumplir los requisitos legales de uso del vehículo, de asegurarse de que se encuentre en buen estado de conservación y en condiciones de circular y de utilizar el equipamiento de seguridad vial adecuado, incluido casco y vestimenta, que pueden adquirir, si lo desean, de Deliveroo. También deberá informar a la empresa de cualquier sanción de tráfico o de otra naturaleza que pueda afectar a su capacidad para prestar los servicios. Véase SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019.

Resulta evidente que Deliveroo es una plataforma prestadora del servicio de venta y entrega de pedidos a restaurantes. Es relevante partir de esa premisa para valorar si puede apreciarse una relación de subordinación entre la plataforma y el prestador de los servicios, que no existiría realmente si quien organiza el servicio desde un punto de vista técnico y económico es el prestador y no la mercantil que gestiona la plataforma.

El vínculo que une formalmente a Roofoods Spain S.L. con los *riders* es un contrato tipo de prestación de servicios de dos años de duración, prorrogables, con idénticas condiciones de prestación, impuestas unilateralmente por la mercantil para todos los proveedores del servicio y en la totalidad de los supuestos y no negociables, sin perjuicio de que los tiempos de prestación efectiva de los servicios de los repartidores puedan ser distintos y de que cualquiera de las partes pueda extinguir el contrato en caso de incumplimiento sustancial de sus obligaciones por la otra parte. Ese modelo se ha modificado en varias ocasiones -al menos en agosto de 2016 y en julio de 2017²⁹-.

El reclutamiento se hace, en general, tras la cumplimentación por el candidato de un cuestionario a través de la web y una sesión informativa³⁰, en la que la entidad presta cierto tipo de asistencia, le entrega guías, que se han ajustado, al menos, a tres modelos diferentes, además de una guía sobre la utilización de Staffomatic, y les proyecta un vídeo explicativo. Los *trainers* encargados de los repartidores les explican las características y el proceso de ejecución del servicio -la conexión a la aplicación, la recepción de ofertas, su aceptación-, así como el protocolo a seguir en caso de presentarse dificultades y el trato que debe mantenerse con restaurantes y clientes³¹. En el material que se le entrega se les propone presentarse a los usuarios como parte de la empresa, se recogen ciertas prohibiciones y se indican las consecuencias del rechazo continuado de pedidos, no garantizándosele los pedidos mínimos o pudiendo incluso prescindirse de sus servicios³². Se les informa también sobre las obligaciones fiscales y de Seguridad Social -alta en el censo de Hacienda en el epígrafe 5320 de actividades económicas “otras actividades postales y de correos” y en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos, requisitos ambos previos a la firma del contrato de colaboración con la empresa- y se les recomienda una asesoría *online*³³. No

²⁹ SSJS núm. 31 de Barcelona, de 11 junio de 2019 y núm. 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019.

³⁰ SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

³¹ SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 junio de 2019.

³² La STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2020, recoge, para la presentación del *rider* el ejemplo “soy Juan de Deliveroo” y entre las prohibiciones beber alcohol, consumir estupefacientes, insultar, estar tirado en el suelo o entrar en un restaurante colaborador o en el domicilio de entrega del consumidor con el casco puesto.

³³ SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

obstante, en algún supuesto puntual toda la información se recibe telemáticamente mediante un video explicativo. Algunos trabajadores acompañaban, además, a otro *rider* un día para conocer la mecánica de funcionamiento y la aplicación en la práctica, antes de la suscripción del contrato³⁴.

Para prestar el servicio, el repartidor debe aportar, además de un Android 4.3 o superior o un iPhone 4s o superior³⁵ con conexión a internet, un medio de transporte, una batería externa para el móvil, una caja o mochila para transportar la comida y un soporte para anclarla al vehículo. No obstante, Roofoods Spain S.L se ofrece a facilitarle el contacto con empresas de alquiler de bicicletas o motocicletas que les aplican un precio inferior al de mercado, así como a poner a su disposición los demás medios, excepto el móvil y la conexión a internet. En esos casos, la empresa retiene una cantidad en la factura en concepto de fianza y el proveedor se obliga a cuidar el material con la máxima diligencia y a conservarlo en buen estado. En un primer momento, la mercantil les proporcionaba cierto equipamiento –pantalones, chaquetas y gorra con el logotipo de la entidad- a cambio de una pequeña fianza y sustituía el material en caso de deterioro³⁶, pero en 2016 cambió su política, para evitar que, a través del logo, se identificaran a los repartidores como personal de la entidad³⁷. Con todo, la marca sigue visible en las bolsas de la comida y los restaurantes y los propios repartidores se identifican como adscritos a Deliveroo.

Formalizado el contrato de colaboración, Roofoods Spain S.L. le proporciona al repartidor un usuario y una contraseña individual y personal para poder darse de alta y descargar la aplicación *Rider* Deliveroo en su móvil, por lo que precisa un teléfono de la gama requerida y conexión a internet. Una vez dado de alta, se les comunica por correo electrónico que ya son repartidores y se les remite la información sobre zonas y puntos de espera de cada área, recordándoles la zona que le ha sido asignada y que deben concretar semanalmente su disponibilidad en la misma³⁸. En principio se recurría para ello a otra aplicación complementaria, denominada Staffomatic, software que Deliveroo utilizaba para organizar los

³⁴ SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019.

³⁵ iPhone (iOS 10 o superior) o Android (5.0 o superior), según información actual de la web, accesible en https://deliveroo.es/es/apply?utm-campaign=ridewithus_lower&utm-medium=organic&utm-source=landingpage

³⁶ SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019, que incluye también, entre el material proporcionado por la empresa, un soporte para teléfono móvil, una fuente de alimentación externa y una caja para transportar los pedidos.

³⁷ La empresa envió un correo electrónico a los repartidores en fecha 13 de julio de 2016 informándoles de que era obligatorio devolver el material antiguo y que nada podría circular a partir del viernes siguiente, según relación de hechos probados de la SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 junio de 2019. Según la SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019, a partir de septiembre de 2016, la empresa les pidió que dieran la vuelta a la caja para que no se viera el logo.

³⁸ SSJS núm. 6 Valencia, de 1 de junio de 2018 y núm. 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019.

turnos y las incidencias para cubrir ausencias, cambios de turno, vacaciones..., pero desde septiembre de 2017 se utilizó la propia aplicación de Deliveroo³⁹. Las franjas horarias de lunes a domingo, predeterminadas unilateralmente por la empresa, son tres al día, coincidiendo con comidas, meriendas y cenas⁴⁰. Dentro de ellas, los repartidores eligen turno y disponibilidad horaria con cadencia semanal, en función de su fiabilidad o excelencia.

Solo se limita la jornada a un máximo de cuarenta horas semanales de servicios en el contrato que se formaliza con el trabajador como autónomo económicamente dependiente, aunque se permite al interesado hacer un 30 por cien de horas adicionales. En cuanto a la posibilidad de disfrutar de vacaciones, consta un correo electrónico remitido en junio de 2016 en el que la empresa solicitaba que los *riders* le comunicaran las fechas en las que cogerían vacaciones. Además al menos inicialmente existían instrucciones acerca de que cualquier ausencia debía ser comunicada, al menos, con cuarenta y ocho horas de antelación y ser aprobada por la empresa.

El personal del departamento de operaciones publica los viernes un calendario semanal en blanco para organizar los turnos aplicables a partir del lunes de la segunda semana siguiente, con las franjas horarias y zonas a cubrir. Los *riders* pueden indicar sus preferencias de disponibilidad de zona, días y horas hasta el martes siguiente, aunque su asignación no es automática sino que la empresa realiza el correspondiente emparejamiento, teniendo en cuenta la previsión de demanda del servicio para cada franja y momento -previo análisis de los datos históricos, la incidencia de campañas de marketing, la meteorología prevista, acontecimientos deportivos o de interés...- y los repartidores que hubiesen solicitado el correspondiente turno. Cuando hay desajustes entre las preferencias manifestadas por los *riders* y la estimación de la demanda, para el emparejamiento se tienen en cuenta las métricas o reputación del repartidor en la plataforma, según los parámetros de fiabilidad que la empresa utiliza a modo de control de calidad. Se valora la disponibilidad real en los turnos asignados, la aceptación y efectiva realización de los servicios, el tiempo medio de entrega de los pedidos y la prestación de servicios en horas punta⁴¹ -en especial, las noches de viernes, sábado y domingo-. En caso de valoración deficiente se exigen cambios de

³⁹ SSJS núm. 6 y núm. 5 de Valencia, de 1 de junio de 2018 y de 10 de junio de 2019.

⁴⁰ En general, comidas de 12:30 a 16:30 horas, meriendas de 16:30 a 20:00 horas y cenas de 20:00 a 00:00 horas (SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018). Con todo, la empresa introdujo unilateralmente modificaciones en el horario. En concreto, en marzo de 2017 estableció franjas distintas los fines de semana y en la SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019, consta un correo electrónico remitido en esa fecha a un *rider* , con copia a varios, con advertencia de que si no se aplican a las noches de los fines de semana, no se les darían horas por órdenes de dirección.

⁴¹ SSJS núm. 31 de Barcelona, de 11 junio de 2019 y núm. 19 de Madrid, de 22 de julio de 2019.

comportamiento, con un preaviso de 30 días. Su omisión determina la baja en la plataforma y la finalización de su colaboración, pero sin que conste la existencia de un protocolo o código que establezca unos umbrales mínimos a partir de los cuales adoptar estas decisiones⁴².

Además de las aplicaciones, la mercantil utiliza otros cauces de comunicación con los *trainers* y repartidores, como el correo electrónico u otros sistemas de mensajería electrónica, como *telegram*, que se utilizan no solo para comunicaciones individuales sino también para notificaciones remitidas a todo el colectivo de repartidores con instrucciones de mejora, puesta a disposición del calendario para la siguiente semana, incidencias genéricas que puedan dificultar el reparto, convocatorias a reuniones o sesiones formativas u órdenes concretas cuya infracción constituye un incumplimiento grave⁴³. Remitía también una llamada guía del *trainer*, que manifestaba era sencilla y en la que se pedía especial atención a “palabras prohibidas⁴⁴”, que podían dar problemas legales, en caso de un control externo. Y, al menos en 2016 la empresa enviaba un documento -InformationBikers_VLC.docx⁴⁵-con instrucciones concretas de toda índole acerca de la prestación del servicio (horarios, zonas, cambios de turnos, manejo de la aplicación, medios de comunicación con la empresa, comprobaciones a realizar al recoger el pedido, forma de dirigirse a los clientes), orden de seguir el procedimiento por parte de los repartidores, advertencias en materia de falseo de tiempos o métricas, de control y revisión de equipamiento (estado de las cajas con pegatinas incluidas, bolsas térmicas, ropa, batería y soporte del móvil), proscripción de comportamientos inadecuados.... Además, entre julio de 2016 y febrero de 2017 se les remitieron varios correos con información considerada relevante sobre aceptación y rechazo de pedidos, en especial en el último tramo de la franja horaria, su responsabilidad de revisar los artículos a entregar, la oportunidad de indicar su disponibilidad durante los tres repartos pico (viernes noche, sábado noche y domingo noche de 20.15 a 22.15 y de 20:45 a 22:45) para garantizar repartos

⁴² Sentencias del JS núm. 5 de Valencia, de 10 junio de 2019 y TSJ de Madrid, de 27 de enero de 2020.

⁴³ Véanse SSJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019 y núm. 19 de Madrid, de 22 de julio.

⁴⁴ “Turnos, salario, horarios semanales, horas por semana, mínimo garantizado, uniforme, trabajo, contratación”. Se explicaban, además, conceptos como la seguridad en la carretera, la utilización del kit de pinchazo, los pasos de la aplicación, la comunicación con *Live Ops* para comunicar incidencias, el trato con restaurantes y clientes, la flexibilidad de repartos durante la semana, la disponibilidad durante los fines de semana y el pago por pedido. Y también los conceptos que debían evaluarse en los candidatos (idioma, conducción y velocidad, utilización del GPS, presencia, trato con restaurantes y clientes, qué hacer en caso de incidencia o su disponibilidad para fin de semana). Véase SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 junio de 2019.

⁴⁵ Reproducido en la SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

durante los otros días, el trato con los clientes, la comunicación de incidencias, la búsqueda de sustitutos⁴⁶...

Publicado el calendario definitivo, el *rider* es responsable de su cumplimiento, aunque puede ser sustituido por otro repartidor, previa aceptación por Roofoods Spain S.L. En cuanto a la prestación efectiva del servicio, el repartidor debe activar la aplicación y comunicar su presencia en el centroide o lugar concretado en el día y franja horaria asignada para que la aplicación pueda ubicar tecnológicamente al *rider* y reconozca su disponibilidad, lo localice mediante GPS y pueda asignarle los pedidos más cercanos, controlar el tiempo de disponibilidad y los kilómetros realizados, calcular la cantidad a abonar por sus servicios y supervisar el proceso de asignación y prestación de los servicios. La localización permite también ofrecer a los clientes el seguimiento de sus pedidos.

La asignación del servicio al mensajero se hace en función de su localización y fiabilidad, para proveer mayor agilidad y menor coste. A través de la plataforma, el *rider* podrá acceder a los pedidos que deberá recoger en el restaurante que se le indique y entregar en el domicilio indicado por el consumidor. En la aplicación debe constar la situación del repartidor (disponible, no disponible o último pedido) así como el estado de tramitación del pedido (aceptado, rechazado, recogido o entregado). Una vez servido el pedido en la dirección de entrega, el mensajero marca en la aplicación su entrega y, a partir de ese momento, consta como disponible para la recepción de nuevos pedidos⁴⁷. El repartidor puede decidir, en cualquier momento, cerrar la sesión y dejar de aceptar pedidos⁴⁸, aunque esas decisiones reducen su fiabilidad con repercusiones negativas en la preferencia para elegir las franjas horarias de disponibilidad para prestar servicios⁴⁹. Además, se entiende rechazado un pedido si el mensajero no acepta el servicio en el plazo de tres minutos desde que se le asigna, pero para evitar repercusiones en su fiabilidad, e incluso la desactivación de la aplicación, debe comunicarse la causa del rechazo. En principio y hasta una fecha no determinada, pero anterior al verano de 2017, la aplicación no ofrecía la posibilidad de rechazar el pedido, por lo que si el repartidor no podía o no quería realizar el encargo asignado debía comunicarlo al departamento de soporte de la empresa. Cuando se introdujo la posibilidad de rechazar el encargo a través de la aplicación se exigió señalar la causa el rechazo a través de un menú de posibles causas⁵⁰ (distancia, avería, cambio a situación

⁴⁶ SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019.

⁴⁷ En la SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, se especifica que, una vez entregado el pedido al cliente, el repartidor debe volver al centro de control a esperar la entrada de un nuevo pedido.

⁴⁸ SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019.

⁴⁹ SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

⁵⁰ SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019. La SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018 especifica, entre las razones que ofrece la plataforma para rechazar un pedido,

offline, defecto del encargo, zona u otros) y la aplicación indicaba el descenso del porcentaje de aceptación que el rechazo representaba⁵¹.

En cuanto a la prestación personal del servicio, se permite la subcontratación de servicios, previa autorización de la empresa por escrito, aunque no constan autorizaciones de este tipo⁵². En el tercer contrato, el de autónomo económicamente dependiente, Deliveroo permite que el repartidor contrate a otra persona para prestar, en su totalidad o en parte, los servicios, sin necesidad de obtener autorización previa de Deliveroo⁵³, vulnerando, parece, el art. 11.2.a) LETA⁵⁴. No se puede subcontratar con alguien con quien previamente Deliveroo hubiera resuelto la relación por incumplimiento contractual o que esté incurso en causa que habría justificado esa resolución en caso de relación directa con la entidad. En relación con la posibilidad de sustitución, si bien inicialmente no se permitía, tras la modificación de los contratos de julio de 2017 se prevé expresamente la posibilidad, bajo responsabilidad personal del *rider*, que ceden sus claves a compañeros, en casos tales como viajes de fin de semana⁵⁵. Se exige comunicación expresa si el sustituto utiliza un tipo de vehículo distinto para la prestación de servicios. Por lo demás, los repartidores no tienen deber de dedicación exclusiva y pueden incluso prestar servicios simultáneamente para otras empresas dedicadas a actividades similares⁵⁶. Se incluye una cláusula en los contratos que les permite, durante la vigencia del mismo, trabajar para cualquier otra entidad, incluida la competencia de Deliveroo⁵⁷.

El seguimiento y supervisión de la actividad, que incluye todas las fases del pedido, desde su solicitud hasta reclamaciones postventa, lo realiza el personal del servicio de atención al cliente, integrado en tres áreas, de atención

las siguientes: restaurante demasiado lejos; tiempo de espera del restaurante; carreteras cortadas; bicicleta/moto averiada; finalizar sesión ahora.

⁵¹ Sin embargo, de acuerdo con la SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019, constan supuestos en que la aplicación no permitía el rechazo o se conminaba al *rider* a desactivar la aplicación; repartidores que afirman que, si rechazaban pedidos, en la semana siguiente las horas asignadas o pedidos entrantes descendían; y otros que reconocían que rechazaban sus pedidos con entera libertad, incluso en el propio restaurante, sin consecuencias negativas y que no incurrían en penalización alguna si en la franja de disponibilidad concertada se daban de alta en la aplicación aunque acto seguido la desactivaran.

⁵² SJS núm. 19 de Madrid, de 22 julio de 2019.

⁵³ SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019.

⁵⁴ El precepto exige no tener a cargo trabajadores por cuenta ajena ni contratar o subcontratar parte o toda la actividad con terceros, para tener la condición de trabajador autónomo económicamente dependiente.

⁵⁵ SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019.

⁵⁶ De hecho, varios repartidores en Madrid prestan servicios para GovoApp23 S.L. o para Amazon Spain Services S.L. Véase SJS núm. 19 de Madrid, de 22 julio de 2019 y STSJ de Madrid, de 27 de enero de 2020.

⁵⁷ SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

al consumidor, al restaurante y al repartidor, si bien el personal de *rider support*, que ofrece apoyo frente a imprevistos o incidencias surgidas con carácter previo a la asignación de un pedido o durante la prestación de servicios⁵⁸, se integra en el departamento de operaciones. Por otro lado, el responsable de flota de *riders* analiza las incidencias en las zonas de reparto, incluidas rutas, accidentes o el control de la fluctuación de la oferta y demanda por zona a tiempo real en todos los puntos de reparto de España, a través del personal de *live ops*, que, a la vista de las circunstancias, puede avisar de la existencia de retrasos en los pedidos o decidir, mediante un mensaje en la web o aplicación, dejar de servir temporalmente un restaurante, zona o ciudad si no es posible atender la demanda en ese momento. Pueden ver en cada zona los pedidos que hay, las visitas de la web, los repartidores disponibles y su estado y apreciar, teniendo en cuenta los pedidos que pueden realizarse con inmediatez, la imposibilidad de hacer frente a la demanda. Pueden también contactar con los repartidores, si aprecian, por ejemplo, su inmovilidad o demora⁵⁹.

El cargo del consumidor se consigna cuando adquiere, mediante la web o la aplicación, el producto de uno de los restaurantes asociados, dando orden de retención del correspondiente importe, que comprende el pago del menú, fijado por el restaurante, más la comisión de entrega, una cantidad fija, que varía en función del precio del pedido, incrementándose en pedidos de menor importe⁶⁰. Una vez entregado el pedido, el precio del servicio abonado por medios electrónicos por el cliente a través de la aplicación se ingresa en una cuenta de la mercantil. Esta, a su vez, paga al restaurante, con la periodicidad que se acuerde, la cantidad que corresponda por los pedidos realizados, previo descuento de la comisión pactada. Y, cada quince días, paga a los repartidores contra factura los servicios de transporte prestados⁶¹. El *rider* no percibe cantidad alguna del cliente, salvo propinas, que también pueden percibirse a través de la app⁶². Aunque la factura es formalmente presentada por el repartidor a Roofoods Spain S.L., es elaborada por la mercantil, que se la remite al mensajero por medios electrónicos.

⁵⁸ Sobre el protocolo a seguir en caso de accidentes y emergencias, véase SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018, que ordena buscar ayuda médica y contactar con las autoridades competentes y con la empresa.

⁵⁹ SJS núm. 31 de Barcelona, de 11 de junio de 2019.

⁶⁰ Esa comisión supone, según SJS núm. 19 de Madrid de 22 julio, un importe de 2,5 € por entregas superiores a 15 € y, en caso de pedidos inferiores, de 4,5 €.

⁶¹ SJS núm. 19 de Madrid, de 22 julio de 2019.

⁶² La factura incluye el importe de las propinas abonadas a través de la app en la base imponible del IVA.

La empresa no recepciona las facturas remitidas con un modelo distinto por los *riders* aunque transcriban los datos sino las suyas propias⁶³.

En el segundo modelo de contrato se eliminó del pago la compensación de gastos estimados de combustible por jornada de trabajo, pero se incrementó en 0,25 céntimos más la retribución de las entregas en moto⁶⁴. En ese modelo también se garantizaba a los repartidores el derecho a percibir, en concepto de ajustes el importe de, al menos, dos servicios por hora de disponibilidad, tomando como referencia de cálculo un período quincenal⁶⁵ y abonándoles la diferencia entre la contraprestación por los repartos realmente efectuados y la que les habría correspondido con ese mínimo de dos repartos por hora. Además, los *riders* pueden obtener comisiones si incorporan nuevos repartidores de su entorno a la plataforma y permanecen en la misma un mínimo de dos meses. También perciben una serie de incentivos o bonos, que se identifican como tarifa adicional básica o pico, en función del número de pedidos realizados o el reparto en una determinada franja horaria de mayor demanda⁶⁶. Y, al menos inicialmente, podían lograr ingresos adicionales por reparto de publicidad de la empresa y comisiones en función de los pedidos recibidos con su código de descuento.

En la determinación de la existencia de una relación de trabajo, la remuneración del prestador es capital, como se deduce de la Recomendación núm. 198 OIT. El cobro de Roofoods Spain S.L., y no directamente del cliente, es un aspecto relevante para evidenciar la subordinación del *rider*, aunque se articule contra la factura que formalmente gira el repartidor quincenalmente. Las facturas las elabora la mercantil, con el mismo diseño y formato, se emiten en la misma fecha y por períodos de liquidación idénticos.

⁶³ SJS núm. 19 de Madrid, de 22 julio de 2019.

⁶⁴ Las cantidades establecidas para cada pedido eran 3,63 euros por pedido en caso de desplazamiento en motocicleta o bicicleta eléctrica y 3,38 euros en el supuesto de desplazamiento en bicicleta (SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018). En la primera versión del contrato la cantidad bruta a pagar ascendía a 4,50 euros por hora trabajada, más 1,50 euros, por cada entrega efectivamente realizada y los gastos estimados de combustibles para cada jornada de trabajo, si usaban motocicleta

⁶⁵ Entre 8,5 y 9 euros por hora y periodo quincenal, según la SJS núm. 19 de Madrid, de 22 julio de 2019. En la SJS de Barcelona de 11 de junio de 2019 se indica que se abonaban 8 euros por hora de trabajo, si la retribución de los pedidos de los 15 días no superaba esa cuantía por hora de trabajo.

⁶⁶ Según la SJS núm. 5 de Valencia, de 10 de junio de 2019, a partir del verano de 2017, con el tercer tipo de contratación, la empresa informaba a los trabajadores de la conveniencia de cumplir los estándares de calidad del servicio para ser un *rider* óptimo -porcentaje de asistencia y de cancelación de disponibilidad en la franja reservada, asistencia en los picos de demanda y ser autónomo económicamente dependiente, que se retribuía como incentivos.

Por lo demás, aunque los medios que debe aportar el repartidor pueden parecer relevantes –móvil, internet, vehículo...-, no son apenas significativos si se comparan con la organización estructural en gran parte inmaterial a cargo de Roofoods Spain S.L., indispensable para el adecuado desarrollo de la actividad. Desde los acuerdos de colaboración con los restaurantes, hasta las aplicaciones telemáticas, que ponen en contacto a la empresa con restaurantes, repartidores y consumidores y permiten la organización de los turnos para garantizar la cobertura de la demanda, el seguimiento de los pedidos para informar a los usuarios y resolver posibles incidencias y el cobro al cliente. Parece evidente que el servicio prestado por los repartidores se incardina en el ámbito de organización y dirección de la empresa y que no podría prestarse con los únicos medios aportados por ellos y sin la organización material y estructural de la empresa. Esta se responsabiliza, además, frente al restaurante y frente al consumidor de las incidencias que puedan surgir durante la entrega. Respecto de este último, puede enviarle un nuevo pedido o entregarle un cupón descuento para otro pedido. Con todo, en el contrato de autónomo económicamente dependiente se atribuye responsabilidad de las pérdidas que sufra la entidad al mensajero en caso de prestación negligente del servicio, incluso si lo desarrolla un sustituto⁶⁷. La empresa le recomienda, además, al repartidor autónomo contratar un seguro óptimo de responsabilidad civil y accidentes⁶⁸.

4. RECAPITULACIÓN Y CONCLUSIONES

El trabajo a través de las plataformas ha generado nuevas formas de empleo flexible, que se presenta formalmente en la mayor parte de los supuestos como una oportunidad para que potenciales prestadores de servicios puedan registrarse como autónomos y recibir encargos a demanda bajo la red de contactos y clientes que la plataforma ofrece. Pero, desde un punto de vista material, es, con frecuencia, un empleo atípico y vulnerable, que exige la disponibilidad del trabajador en determinadas franjas horarias, cuando los servicios son presenciales, pero no le garantiza la prestación efectiva de servicio alguno, ni siquiera, salvo acuerdo al respecto, unos ingresos mínimos.

Existe, es cierto, una gran heterogeneidad en las plataformas que impide obtener conclusiones generales válidas para toda prestación de servicios realizada a través de las mismas. Y también un halo oscuro en la información proporcionada por las plataformas sobre la configuración de la prestación de servicios y en las condiciones generales de contratación, que dificulta el conocimiento del

⁶⁷ SJS núm. 19 de Madrid, de 22 julio de 2019.

⁶⁸ SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018.

funcionamiento de las plataformas y del seguimiento y control que ejercen sobre los prestadores de servicios.

Hay plataformas tecnológicas, que realizan una labor de mera intermediación para facilitar el encuentro de sus usuarios, prestadores de servicios y clientes, sin influir sustancialmente en las condiciones de prestación del servicio. Estas aplicaciones pueden actuar fuera del ámbito de la colocación, pero también como agencias de colocación o incluso como empresas de trabajo temporal. Otras plataformas, en cambio, sobrepasan esa labor de mediación y organizan estructuralmente el servicio que ofertan, que puede exigir una prestación presencial o meramente telemática y mayor o menor cualificación.

Deliveroo es una plataforma prestadora del servicio de comercialización, venta y entrega a domicilio de comida preparada de restaurantes. La existencia de doctrina judicial permite conocer su funcionamiento a través de los hechos probados. Mediante una aplicación informática y una web, Roofoods Spain S.L. promociona productos de los restaurantes asociados y ofrece a los clientes su adquisición y entrega a domicilio. Realiza una intermediación a tres bandas, entre el cliente que hace el pedido, el restaurante que prepara y sirve el menú y el repartidor que se encarga de la entrega. Para organizar el servicio, tiene una plantilla estructural de trabajadores por cuenta ajena que, a través de diferentes departamentos y con ayuda de la aplicación informática, organizan y controlan la calidad del servicio y responden ante restaurantes y clientes. Pero la recogida del menú en el restaurante elegido por el cliente y la entrega a domicilio se encarga a trabajadores autónomos –económicamente dependientes, si cumplen los requisitos exigidos para ello- con los que se celebran contratos de colaboración.

El reclutamiento de los repartidores, la información que se les facilita para la prestación del servicio, con indicaciones expresas sobre los requisitos a cumplir en materia fiscal y de Seguridad Social, y la asignación de tareas no dejan espacio a la autonomía organizativa ni al emprendimiento. Tampoco la articulación de las condiciones de prestación del servicio a través de contratos tipo, que se fijan unilateralmente por la empresa y han variado ligeramente en entornos geográficos y en momentos temporales diferentes, probablemente en un intento de huida del marco protector del Derecho del Trabajo. Y ello pese al vínculo no laboral con el que la plataforma contrata a los repartidores. El emprendimiento o nicho de negocio lo genera la plataforma prestadora del servicio, que precisa atraer a un elevado número de prestadores del servicio de reparto para garantizar la cobertura de la demanda de servicios en todas las franjas horarias que se ofertan.

El *rider* se da de alta en la aplicación para recibir encargos en la franja horaria que se le asigna y que ni siquiera siempre es libre de elegir, al menos de forma automática. Es la plataforma la que, mediante algoritmos, asigna los pedidos al mensajero disponible que mejor se adapta, por proximidad y excelencia, a

los requerimientos del encargo, para reducir costes y ajustar, bajo parámetros de eficacia y eficiencia, la oferta y la demanda. Una vez aceptado el pedido, se le van facilitando los datos del reparto que necesita conocer en cada momento y se hace un seguimiento y control de calidad del servicio mediante sistemas de geolocalización. La empresa le proporciona, además, indicaciones, pautas de conducta e incluso prohibiciones, que compaginan mal con la naturaleza del trabajo autónomo.

Si bien es cierto que los pronunciamientos judiciales formalizados hasta el momento coinciden en afirmar de forma unánime, en el caso de Deliveroo, la existencia de una relación laboral con los repartidores, examinar de forma aislada indicios de laboralidad y de autonomía, podría poner en duda la concurrencia de alguno de los presupuestos configuradores de la relación laboral y desvirtuar la naturaleza laboral del trabajo desarrollado por los *riders*.

En cambio, un análisis global de la prestación de servicios de recogida y entrega de pedidos que se realiza, con el soporte de la plataforma y bajo el marco directivo y de organización estructural de Roofoods Spain S.L., y de la retribución del repartidor, pone de manifiesto la existencia real de una prestación de servicios subordinada y, por tanto, de una relación laboral subrepticia, no adecuadamente formalizada. La titularidad del móvil con conexión a internet y del vehículo, que se le exigen al repartidor, tiene un peso insignificante si se comparte con la estructura organizativa que la empresa pone al servicio de la actividad a través de la plataforma. La posibilidad de sustituir al mensajero y de subcontratar la actividad no debe tampoco desvirtuar la relación laboral cuando son esporádicas. Ni siquiera en otro caso, pues encajaría en la opción de asociar a un auxiliar o ayudante, que ofrece el art. 10.3 ET. Tampoco plantea problemas a la existencia de una relación laboral la ausencia de exclusividad y la posibilidad de simultaneizar la actividad con el trabajo en otras plataformas incluso de la competencia sin vulnerar la prohibición de competencia desleal, al permitirse expresamente en el contrato, ser un trabajo poco cualificado y no manejar el trabajador información confidencial o sensible que pueda interesar a la otra empresa.

Por lo demás, la flexibilidad en la disponibilidad y ordenación del tiempo de trabajo del repartidor y la libertad real para aceptar o rechazar los pedidos asignados, se limitan por la aplicación de algoritmos que tienen en cuenta la fiabilidad o excelencia y penalizan la escasa disponibilidad y el rechazo de los pedidos, condicionando la asignación que semanalmente se realiza de zonas y franjas horarias. También por la necesidad de percibir unos ingresos mínimos y las retribuciones reducidas por servicio efectuado. La geolocalización del repartidor, aunque facilita la asignación del pedido con criterios de eficiencia y eficacia y permite un seguimiento del pedido que puede mitigar o evitar incidencias, implica también un control de la prestación del servicio. La retribución

la abona la plataforma, contra factura elaborada por ella y sin capacidad alguna de negociación o fijación del precio de sus servicios por el *rider*. El sistema de valoración que realiza la propia plataforma mediante la geolocalización y la no observancia de indicaciones o la transgresión de prohibiciones pueden determinar su exclusión de la plataforma, si no se cumplen unos mínimos no conocidos pero exigidos por la empresa.

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

ISABELLE DAUGAREILH

Directora de investigación CNRS- Comprasec UMR CNRS 5114

Universidad de Burdeos

EXTRACTO

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

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

ABSTRACT

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

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

ÍNDICE

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

1. INTRODUCCIÓN

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁴³ Selección 2006, §520.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

3.2. Un derecho de la Unión europea problemático

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁷ TJUE FNV, §33.

⁵⁸ TJUE FNV, §34

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

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

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

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

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

4. CONCLUSIÓN

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

LA SALUD Y SEGURIDAD EN EL TRABAJO EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

ENEA ISPIZUA DORNA*

Investigadora posdoctoral

Facultad de Derecho. Universidad del País Vasco (UPV/EHU)

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: economía de plataformas; inseguridad jurídica; prevención

Con la llegada de la industria 4.0 y el desarrollo tecnológico, los negocios basados en la economía de plataforma son cada vez más habituales. Con este tipo de economía se consigue la optimización de los recursos, se ahorran costes, existe una mayor oferta para los consumidores y se mejora la protección medioambiental al compartir las cosas. Sin embargo, si nos centramos en el trabajador, la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo ha destacado la complejidad que existe para cuantificar el número de plataformas digitales que hay y cuántos trabajadores existen en ellas. Tampoco es fácil determinar cuál es la relación jurídica existente entre el trabajador y empresario. Toda esta incertidumbre jurídica influye de manera directa en la prevención de riesgos laborales. Como señaló la Agencia europea, algunas características de trabajo de estas plataformas no se pueden encuadrar con facilidad en los marcos normativos de la prevención de riesgos laborales existentes actualmente.

ABSTRACT

KEY WORDS: platform economy; legal insecurity; occupational risk

With the advent of industry 4.0 and technological development, business based on the platform economy is increasingly common. With this type of economy, the optimization of resources is achieved, costs are saved, there is a greater offer for consumers and environmental protection is improved by sharing things. However, if we focus on the worker, the European Agency for Safety and Health at Work has highlighted the complexity that exists to quantify the number of digital platforms that exist and how many workers exist in them. Nor is it easy to determine what is the legal relationship between the worker and employer. All this legal uncertainty directly influences the prevention of occupational hazards. As the European Agency pointed out, some work characteristics of these platforms cannot be easily framed within the regulatory frameworks for the prevention of occupational risks that currently exist.

* Trabajo realizado en el marco del Grupo de Investigación MINECO DER2017-83488-C4-4-R, titulado *Los derechos fundamentales ante el cambio del empleo público en la era digital*, y dentro de la convocatoria de contratación para la especialización de personal investigador doctor en la UPV/EHU.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. ECONOMÍA DE PLATAFORMAS
3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ESTA NUEVA ECONOMÍA
4. RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE EL PRESTADOR DE SERVICIOS Y LA PLATAFORMA DIGITAL
5. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS
6. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años, el modelo de plataforma digital se ha convertido cada vez más habitual en actividades económicas muy diversas. Estas plataformas digitales impactan de manera directa en la economía y en la sociedad. El crecimiento económico y la creación de empleo se encuentra cada vez más conectada a las transformaciones tecnológicas y se constata una mejora en la eficiencia y en el valor añadido.

El número de clientes que utilizaban las plataformas digitales ha aumentado en dos años, pasando de 1.282.197 a 3.249.309 usuarios entre 2016 y 2018. Además, se crearon un total de 14.337 puestos de trabajo en la cadena de valor de la restauración y comercio¹.

No obstante, en algunos mercados, como es el caso de España, han aparecido grandes dificultades a la hora de determinar el estatus jurídico que poseen los trabajadores de plataformas digitales. Han existido diversos pronunciamientos doctrinales como jurisprudenciales al respecto que se analizarán en este texto. Esta inseguridad jurídica y vaivén al determinar si nos encontramos ante trabajadores autónomos o por cuenta ajena, tiene gran influencia y es aspecto clave en la medida en que las garantías laborales, de Seguridad Social y las de Prevención de Riesgos Laborales se debilitan si no se le considera laboral al prestador de servicios. Así estas formas de trabajo basadas en las plataformas digitales suponen importantes retos para la seguridad y salud laboral.

Este texto pretende abarcar el concepto y características de estas plataformas digitales, para posteriormente pasar a destacar las ventajas y desventajas que acarrea esta nueva economía; asimismo, se analizarán los numerosos pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales respecto a la calificación de la relación jurídica existente entre la plataforma digital y el prestador de servicios que impactará de manera directa en las condiciones laborales del trabajador.

¹ Adigital, Asociación española de la economía digital, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, <https://www.adigital.org/media/propuesta-regulatoria-plataformas-digitales.pdf>, p. 4.

Finalmente, se estudiará uno de los impactos principales de dicha calificación que se desarrolla en la Prevención de Riesgos Laborales de los trabajadores de las plataformas digitales, presentando los riesgos a los que se enfrentan las personas que desempeñan su trabajo en este tipo de plataformas, las medidas adoptables y el marco normativo aplicable.

2. ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

La economía de plataformas digitales consiste en la prestación de bienes y servicios a través de una plataforma digital. La plataforma realiza la función de intermediaria entre el consumidor y el proveedor del servicio o del bien que se facilita². Esta forma de trabajo se puede clasificar en tres subgrupos: en primer lugar, el trabajo colaborativo vinculado a actividades de consumo. A través de las plataformas digitales pueden intercambiarse entre los consumidores actividades sin ánimo de lucro o con ánimo de lucro (por ejemplo, en el caso de propietarios de varios apartamentos de Airbnb). En este último caso, resulta más difícil encajarlo en esta categoría; en segundo lugar, el *crowdwork* o trabajo colaborativo online; y, en tercer lugar, el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales (apps)³.

El trabajo colaborativo online se basa en llevar a cabo el trabajo a través de plataformas online que reúnen a un número indeterminado de organizaciones, empresas e individuos y conectan a clientes y trabajadores de todo el mundo. En estos casos, no es necesario que el trabajador se encuentre en una ubicación concreta para llevar a cabo el trabajo. Entre las tareas más comunes se encuentran la programación informática, el análisis de datos y gráficos...⁴.

A diferencia del *crowdwork*, el trabajo a demanda a través de las aplicaciones digitales se realiza de manera presencial (off-line) donde se pone en común la oferta y la demanda de actividades en la red para que se puedan ejecutar a nivel local. La ubicación del trabajador juega un papel importante en este caso, ya que además de la utilización de la aplicación móvil, será esencial la ejecución física del trabajo. Las actividades que se ofrecen son diversas y pueden ir desde los trabajos tradicionales como transporte, limpieza o hacer recados o ciertas formas

²Fundación estatal para la prevención de riesgos laborales, *Dificultades de PRL en la economía colaborativa y de plataformas*, Ministerio de Trabajo, Migraciones y Seguridad Social, <http://observatorioriesgospsicosociales.com/sites/default/files/publicaciones/05.%20PRL%20y%20Economía%20Colaborativa.pdf>

³Álvarez Cuesta, H., “La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus autónomos”, *Revista Jurídica de la Universidad de León*, nº 5, 2018, p. 87.

⁴Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *Temas Laborales*, nº 141/2018, pP.39-40.

de trabajo administrativo utilizando aplicaciones móviles⁵. Se puede decir que las plataformas no crean nuevas ocupaciones, sino que se limitan a cambiar la forma de ofrecer los servicios en el mercado y de organizar el trabajo. Asimismo, las ocupaciones desempeñadas no son únicamente las poco cualificadas, sino también cualquier servicio individual puede organizarse a través de ellas⁶. A continuación, vemos el objeto social de la prestación de algunas empresas de plataformas digitales más conocidas⁷:

- *Uber System Spain, S.L.*: su función se centra en dar soporte a otras sociedades del grupo proveyendo servicio a pedido de solicitudes efectuados mediante aparatos móviles y por internet.

- *Cabify*: el objeto social son las actividades de desarrollo, realización, prestación y comercialización de todo tipo de aplicaciones para terminales móviles, arrendamiento de vehículos con conductor, prestación de servicios de transporte público discrecional de viajeros y actividades propias de agencias de viajes para mediación...

- *Glovo*: se trata de una compañía tecnológica, cuya actividad principal es el desarrollo y gestión de una plataforma tecnológica mediante la que a través de una aplicación móvil o de una web permite a determinadas tiendas locales de algunas ciudades en diferentes territorios ofertar sus productos a través de la misma, y en su caso, si los usuarios de la App y consumidores de las citadas tiendas locales así lo solicitan a través de la App, de forma accesoria, intermedia en la entrega inmediata de los productos.

- *Deliveroo*: Se dedica al comercio al por menor, al por mayor, importación, exportación, almacenamiento y distribución de productos alimenticios y bebidas en general, con o sin establecimiento permanente, incluida la gestión y reparto de comida a domicilio, así como todas aquellas actividades necesarias para llevar a cabo...

En términos generales, podemos decir que la característica principal de estas plataformas es que la empresa gestora de la app juega el papel de intermediaria tecnológica entre los clientes y los prestadores de servicios⁸. Asimismo, la empresa interviene para garantizar unos estándares mínimos de calidad en el

⁵ Fundación estatal para la prevención de riesgos laborales, *Dificultades de PRL en la economía colaborativa y de plataformas*, op.cit., p. 14.

⁶ Todolí Signes, A., "Plataformas digitales y concepto de trabajador: una propuesta de interpretación finalista", *Lan Harremanak. Revista de Relaciones Laborales*, nº 41, 2019, p. 4-5.

⁷ Fernández Nieto, L.A., "El mundo del trabajo en las empresas de plataformas digitales. ¿economía colaborativa?", *Diario La Ley*, nº 9501, Sección Dossier, 2019, p. 4-5.

⁸ López Rodríguez, J., "La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales", *Lan Harremanak, Revista de Relaciones Laborales*, nº 41, 2019, p. 3.

servicio y la selección y gestión de la mano de obra⁹. Si lo trasladamos a las plataformas digitales de *delivery* o de reparto, podemos observar los siguientes rasgos¹⁰:

- En función del tamaño del comercio, las plataformas pueden limitarse a facilitar la transacción entre clientes, repartidores y comercios, o también pueden proporcionar el envío a domicilio.
- Las empresas poseen una aplicación (app) de su propiedad que contiene un algoritmo que es el que diseña unos criterios que fija la propia empresa. Además, a través de esta app envía instrucciones y órdenes precisas para la ejecución de la prestación¹¹.
- La organización de reparto se determina a través de algoritmos que se optimiza de forma constante. Los algoritmos proporcionan una estructura de gobernanza a las plataformas e incorporan normas codificadas y realizan un seguimiento monitorizado¹².
- Las plataformas ponen a disposición de los clientes una oferta organizada y en función de la información obtenida de los gustos y preferencias de los usuarios.
- El ámbito geográfico en el que desarrollan su actividad es urbano.

En cuanto al ámbito subjetivo de estas plataformas digitales podemos destacar tres elementos¹³: en primer lugar, los solicitantes que pueden ser personas particulares o empresas que requieren que se realice una prestación de un servicio; en segundo lugar, se encuentran los trabajadores que prestan los servicios; y en tercer lugar, las plataformas digitales que se encargan de utilizar las nuevas tecnologías para unir la demanda y oferta y que perciben un porcentaje por cada prestación de servicio en concepto de la gestión realizada. Debido a los avances tecnológicos, esta plataforma descentraliza la prestación de un servicio hacia un gran número de personas en forma de llamamiento. Aunque esta forma de externalización es nueva, sigue el mismo modelo de todos los procesos de

⁹ Álvarez Cuesta, H., “La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus autónomos”, *op.cit.*, p. 87.

¹⁰ Adigital, Asociación española de la economía digital, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, *op.cit.*, p. 3.

¹¹ Fernández Nieto, L.A., “El mundo del trabajo en las empresas de plataformas digitales. ¿economía colaborativa?”, *op.cit.*, p.5.

¹² UGT, Servicio de estudios de la confederación, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, 2019, <http://www.ugt.es/sites/default/files/el-trabajo-en-las-plataformas-digitales-de-reparto-ugt.pdf>, pg. 7.

¹³ Fundación estatal para la prevención de riesgos laborales, *Dificultades de PRL en la economía colaborativa y de plataformas*, *op.cit.*, p. 14.

descentralización, donde prevalecen las condiciones precarias en consecuencia del ahorro de costes¹⁴. De este modo, existen personas que obtienen la mayor parte de sus ingresos realizando prestaciones de servicios de forma esporádica, sin horario alguno ni ingreso mínimo a percibir, sin descansos, sin protección social y con la condición de ser valorado por los clientes de forma positiva para poder seguir obteniendo retribución¹⁵.

Este esquema de relación contractual es el más parecido al vínculo laboral tradicional¹⁶ y por eso, los pronunciamientos doctrinales y jurisprudenciales como veremos más adelante, han sido numerosos.

3. VENTAJAS Y DESVENTAJAS DE ESTA NUEVA ECONOMÍA

El impacto de esta nueva economía en la economía como en la sociedad está siendo visible y podemos destacar aspectos positivos, pero también otros aspectos negativos que trataremos en este apartado.

En cuanto a los aspectos positivos, son destacables el crecimiento económico y la creación de empleo que están acarreado estas transformaciones tecnológicas. En 2018, por ejemplo, la aportación total al PIB de las plataformas digitales fue de 643 millones de euros en España. Las plataformas digitales, en general, ayudan a los mercados a organizarse de manera más eficiente y esto se traduce en beneficios para los clientes como para los negocios asociados o profesionales que colaboran con dichas plataformas¹⁷. Además, pueden resultar efectivas para la reducción de la economía sumergida¹⁸.

En este sentido, los consumidores tienen una oferta variadísima al que acceder a través de una única plataforma, esto es, la plataforma les ofrece distintos servicios y el cliente puede comparar y elegir con toda la información, en función de sus necesidades y capacidad económica. Además, suponen un ahorro de tiempo

¹⁴ UGT, Servicio de estudios de la confederación, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, *op.cit.*, p. 7.

¹⁵ Álvarez Cuesta, H., “La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus autónomos”, *op.cit.*, p. 88.

¹⁶ Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *op.cit.*, p.40.

¹⁷ Adigital, Asociación española de la economía digital, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, *op.cit.*, p. 4.

¹⁸ Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la Seguridad Social”, *op.cit.*, p.50.

para el cliente, debido a que pueden acceder a las ofertas en cualquier lugar y en cualquier momento y disfrutar de los productos o servicios en poco tiempo¹⁹.

Los prestadores de servicios, por su parte, pueden realizar una actividad económica de carácter flexible con los que aumentar sus ingresos. No obstante, analizaremos en el apartado siguiente el alcance real de esa flexibilidad. Asimismo, se trata de una actividad donde apenas existen barreras de entrada, debido a que es suficiente con darse de alta en el Régimen Especial del Trabajador Autónomo y poseer un móvil y vehículo para desempeñar el trabajo. Por este motivo, la tasa de inmigrantes en estas plataformas digitales es alta. Además, muchas personas que se encuentran en desempleo optan por este tipo de trabajo hasta que encuentran una ocupación que se adapte a sus expectativas y cualificación.

Los comerciantes, al asociarse con estas plataformas ven superados los obstáculos físicos o geográficos que están asociados a la ubicación del establecimiento. Así, pueden acceder a nuevos clientes y aumentan su actividad y, por ende, sus ingresos. Estas plataformas digitales sobre todo tienen repercusión muy positiva para las pequeñas y medianas empresas, que son las mayoritarias en nuestro tejido industrial, debido a que se transforman en la vía más sencilla y efectiva para sumarse a la era digital. Asimismo, les dan acceso a repartidores independientes que por su cuenta no podrían permitírselo²⁰.

En contraposición, encontramos los aspectos negativos de estas plataformas digitales. A pesar de los aspectos positivos mencionados, este tipo de trabajos atípicos pueden convertir inoperantes las normas en materia de protección de empleo, los sistemas de seguridad y salud o los modelos de negociación colectiva.

En primer lugar, no es fácil cuantificar el número de plataformas digitales que operan en nuestro entorno y tampoco, por tanto, el número de trabajadores en las mismas, debido a que pueden estar registradas pero inactivas o registradas varias veces en la misma plataforma o en varias plataformas.

En segundo lugar, no sabemos cuál es la relación jurídica existente entre el prestador de servicios y la plataforma digital. Esto es, tendrá un impacto importante en los aspectos laborales, la calificación de trabajador autónomo o por cuenta ajena. Trataremos este aspecto en el siguiente apartado.

En tercer lugar, la tasa de flexibilidad es muy alta, ya que las plataformas ofertan tareas concretas en vez de puestos de trabajo, y éstos tienen una duración corta. Las ansias de conseguir la tarea ofertada y las constantes evaluaciones por los clientes generan riesgos laborales, en concreto riesgos psicosociales. Estas

¹⁹ Adigital, Asociación española de la economía digital, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, op.cit., p. 5.

²⁰ *Ibid.*, p. 8.

circunstancias laborales, impactan de manera directa en los riesgos laborales y, por tanto, en la prevención de riesgos laborales. Analizaremos este aspecto más adelante.

A estos aspectos debemos añadirle que predomina el trabajo precario donde los prestadores de servicios necesitan un trabajo extra para sobrevivir, pero que los horarios a veces resultan incompatibles con otros trabajos. En muchos casos además, no tienen asegurado el pago y el trabajo continuo en ninguno y al ser trabajadores autónomos carecen o tienen una protección social baja y no tienen una representación colectiva²¹ ²².

4. RELACIÓN JURÍDICA EXISTENTE ENTRE EL PRESTADOR DE SERVICIOS Y LA PLATAFORMA DIGITAL

En los últimos años, con la aparición y el uso cada vez mayor de las plataformas digitales ha surgido el debate en torno a la calificación jurídica de la actividad desempeñada mediante estas plataformas. Es necesario conocer cuál es el tratamiento dispensado por el ordenamiento jurídico, para garantizar el empleo, la Seguridad Social y la Prevención de Riesgos Laborales de estos prestadores de servicios. No obstante, sea cual sea la calificación que se realice el objetivo debería ser garantizar unas condiciones dignas de prestación del servicio.

Dentro de las posibles calificaciones jurídicas que han predominado en la doctrina podemos encontrar la del trabajador autónomo en términos del artículo 1.1. del Estatuto del Trabajador Autónomo (Ley 20/2007), lo que supone que una persona física realiza de forma habitual, personal, directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, den o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena²³. La nota de habitualidad es la que choca con las prestaciones

²¹ Álvarez Cuesta, H., “La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus autónomos”, *op.cit.*, p. 88.

²² La calificación jurídica del trabajo realizado a través de plataformas supone un condicionante de primer orden con relación a la representación de los trabajadores. Los órganos de representación unitaria previstos en el Estatuto de los Trabajadores representan, con carácter general, a los trabajadores por cuenta ajena que prestan servicios en el centro de trabajo en los que se constituyen. La Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del Trabajador Autónomo, no ha previsto órganos de representación unitaria específicos para el conjunto de los trabajadores por ella regulados, ni tan siquiera para la figura del autónomo dependiente, en la que la existencia de un cliente podría haber justificado la previsión de órganos específicos. Pastor Martínez, A., “Una aproximación a la problemática de la representación colectiva de los trabajadores de las plataformas colaborativas y en entornos virtuales”, *Iuslabor*, nº 2, 2018, p. 219.

²³ Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto de trabajo autónomo. <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

de servicios en las plataformas digitales, debido a que muchas de las actividades propias de esta economía se desarrollan de forma intermitente.

Otros encuadran a estos prestadores de servicios como trabajadores económicamente dependientes (TRADE). Algunos expertos y académicos plantean una revisión innovadora de esta figura y la creación del denominado TRADE digital, modificando el capítulo III de la Ley 20/2007 e incluyendo diversas medidas para adaptar el TRADE a estas nuevas relaciones. Así, con la modificación podrían incorporar beneficios para los trabajadores de plataforma destacando los siguientes aspectos²⁴: determinación de una indemnización para el profesional en caso de extinción unilateral del contrato por parte de la plataforma, cuando establezca un tiempo mínimo de prestación de trabajo; obligatoriedad de contratación de seguros de accidente y coberturas de responsabilidad; compromiso de que la suspensión o interrupción de la actividad por parte del trabajador no afecte a su capacidad de trabajar con las plataformas; obligación de ofrecer formación profesional a las personas interesadas; provisión de un kit de seguridad... La mayoría de las empresas de plataformas digitales utilizan esta figura, ya que logran una importante reducción de costes laborales.

Otra calificación jurídica posible es el de la laboralidad de la relación contractual por encuadrarlo en el artículo 1.1 del Estatuto de los Trabajadores. Algunos autores opinan que la digitalización ha supuesto además de la flexibilización de las relaciones laborales también la aplicación de las nuevas tecnologías a los procesos organizativos, a las relaciones entre proveedores y clientes, a las relaciones con los trabajadores... pero, a pesar de estos cambios, no han logrado alcanzar la entidad suficiente para alterar el vínculo entre quien presta sus servicios y su empleador²⁵. Los elementos esenciales de una relación laboral son la ajenidad, subordinación o dependencia, remuneración y voluntariedad. A pesar de que la mayoría de empresas de plataformas digitales ofrecen a sus prestadores de servicios la opción de ser autónomos o autónomos económicamente dependientes, no debemos obviar que la naturaleza de la relación no se determina por la denominación o calificación jurídica que le otorguen las partes, sino por la realidad de las funciones que realicen²⁶.

En este sentido, el hecho de que los prestadores de servicios ofrezcan sus servicios a varias empresas no desvirtúa el vínculo laboral, porque el pluriempleo,

²⁴ Adigital, Asociación española de la economía digital, *Propuesta normativa en materia de trabajo en plataformas digitales*, *op.cit.*, p. 19.

²⁵ Fernández Nieto, L.A., "El mundo del trabajo en las empresas de plataformas digitales. ¿economía colaborativa?", *op.cit.*, p.2.

²⁶ UGT, Servicio de estudios de la confederación, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, *op.cit.*, pp. 64-65.

siempre que no constituya competencia desleal o no se haya suscrito pacto ninguno está permitido por el artículo 21 del Estatuto de los Trabajadores.

Respecto a la nota de dependencia se entiende como la disposición del trabajador frente a la organización y dirección del empresario. A pesar de que estos prestadores de servicios, en principio, tengan la libertad de establecer la franja horaria en la que trabajan, tengan la opción de rechazar dentro de esa franja pedidos asignados e incluso cancelar otros pedidos previamente por él seleccionados, elegir periodos de descanso y vacaciones... todo esto, no conlleva a que desaparezca la subordinación o dependencia, aunque exista una disminución de control por parte de la empresa²⁷.

En cuanto a la ajenidad es importante observar que el prestador de servicios trabaja bajo el nombre de una determinada marca que se constata la marca de propiedad de una empresa ajena (la de la empresa de la plataforma digital) cuando presta su servicio ante el cliente. Cuando el prestador de servicios acude ante el cliente no lo hace en su propio nombre, sino que bajo la marca de otra empresa ajena. Se puede ver como ejemplo, el caso de Glovo que ofrece a sus colaboradores la mochila con su marca y es la que deben utilizar cuando prestan sus servicios ante los clientes.

Además de la doctrina, la jurisprudencia se ha pronunciado en varias ocasiones para determinar cuál es la relación jurídica existente en esta nueva economía. De esta manera, las últimas sentencias y varias actas de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social han observado una serie de indicios de los que demuestran la existencia de la relación laboral^{28 29}:

- Respecto a la subordinación o dependencia, el repartidor cumple las condiciones impuestas por la plataforma digital y carece de poder de negociación.

²⁷ Fernández Nieto, L.A., “El mundo del trabajo en las empresas de plataformas digitales. ¿economía colaborativa?”, *op.cit.*, p.6.

²⁸ STJS 213/2018 de Barcelona de 29.05.18 STJS 244/2018 de Valencia de 1.06.18; STJS 53/2019 de Madrid de 11.02.19; STJS 128/2019 de Madrid de 3.04.19; STJS 130/2019 de Madrid de 4.04.19; STJS 134/2019 de Madrid de 4.04.19. STJS 197/2019, de Valencia, de 10.06.19; STJS 193/2019 de Barcelona de, 11.06.19; STJS 188/2019 de Madrid de 22.07.19; STSJ Asturias 1818/2019, de 25.07.19, Recurso suplicación contra STJS 61/2019 de Gijón 20.02.19. acta ITSS Valencia de enero 2017; acta ITSS Madrid de enero 2018; acta ITSS Barcelona de julio 2018; acta ITSS Zaragoza de julio de 2018; acta ITSS Valencia de diciembre de 2018; acta ITSS Barcelona de febrero 2019.

²⁹ UGT, Servicio de estudios de la confederación, *El trabajo en las plataformas digitales de reparto*, *op.cit.*, p. 65-69.

La plataforma emite instrucciones de comportamiento, acciones que tomar ante imprevistos...

- Es la empresa la que establece el precio del servicio y la forma en la que se le retribuirá al prestador de servicios.
- La facultad de designación del repartidor concreto le corresponde a la empresa. Se utilizan algoritmos para seleccionar el mejor perfil entre los repartidores.
- La empresa de plataforma digital ejerce el poder disciplinario a través de la suspensión del acceso a la aplicación o expulsión de la misma.
- Aunque el repartidor cuente con sus materiales como pueden ser el móvil o el vehículo, el valor se encuentra en la aplicación y la marca de la empresa que no es propiedad suya.
- La plataforma digital es el intermediario imprescindible entre el prestador de servicios y el cliente y, además, los frutos son destinados a la empresa de plataforma digital.

En términos generales, la jurisprudencia está abandonando poco a poco una interpretación rígida de la dependencia y la ajenidad por los que se determinaba que existía una relación laboral. Y así lo sigue haciendo con el último pronunciamiento del TSJ de Madrid dictado en enero de 2020, donde ha ratificado que 532 repartidores de comida a domicilio de Deliveroo son falsos autónomos, dando la razón a la Seguridad Social y confirmando la primera decisión de la Inspección de Trabajo.

5. LA PREVENCIÓN DE RIESGOS LABORALES EN LA ECONOMÍA DE PLATAFORMAS

Tanto los trabajadores que sean calificados como por cuenta ajena como si se consideran trabajadores por cuenta propia, son afectados por diversos riesgos. Estos riesgos laborales dependerán del tipo de actividad que desarrollen los prestadores de servicios, así como de las condiciones de trabajo³⁰.

Así, en las plataformas digitales se pueden encontrar riesgos físicos y ergonómicos originados por el manejo de cargas o pesos y la utilización de pantallas de visualización de datos. El manejo de cargas para trasladar el objeto al cliente puede exigir un esfuerzo continuo y tensión en las extremidades superiores, espalda y cuello. El Real Decreto 487/1997, de 14 de abril, establece cuáles son

³⁰ Fundación estatal para la prevención de riesgos laborales, *Dificultades de PRL en la economía colaborativa y de plataformas*, op.cit., pp. 70-71.

las condiciones mínimas de seguridad y salud relativas a la manipulación de cargas que pueden producir riesgos. Los riesgos físicos pueden ser leves, graves o severos dependiendo del caso, de la salud general del trabajador, de la intensidad de la jornada... Estos riesgos pueden derivar en una incapacidad temporal e incluso permanente.

Asimismo, las plataformas digitales conllevan el uso continuo de pantallas de visualización de datos, debido a que el prestador de servicios se comunica con la plataforma y cliente a través de ésta. El Real Decreto 488/1997, de 14 de abril, sobre disposiciones mínimas de salud y seguridad relativas al trabajo con equipos que incluyen pantallas de visualización podría ser aplicable.

Además de los riesgos mencionados no debemos olvidar que este tipo de prestaciones de servicios conllevan el uso de vehículos, motocicletas o bicicletas donde existe el riesgo de sufrir un accidente de circulación. El aumento de este riesgo se produce por las largas jornadas de trabajo que realizan los prestadores de servicios para poder obtener un salario digno, el trabajo con ritmos acelerados debido a la entrega rápida que solicita el cliente... Este riesgo puede generar graves daños físicos y psicológicos e incluso la muerte, como ocurrió en Barcelona con un rider de Glovo. En este sentido, un informe denominado *The emerging issues for management of occupational road risk in a changing economy: a survey of gig economy drivers, riders and their managers* publicó varias de las siguientes recomendaciones³¹:

- En el caso de Uber, por ejemplo, que los conductores tengan establecido una jornada laboral fija y sus ingresos en función de ésta. Sin embargo, si la remuneración se encuentra condicionada a los servicios prestados o tareas realizadas, la empresa deberá tener en cuenta el tiempo que exige llegar al destino respetando los límites de velocidad y el tiempo dedicado a las funciones administrativas.
- No debería permitirse la utilización del teléfono móvil para realizar gestiones laborales mientras se conduce el vehículo, debido a que puede distraer y aumentar el riesgo de sufrir un accidente de circulación.
- Las plataformas digitales deberían ofrecerles gratuitamente todo el equipo necesario para conducir con mayor seguridad, por ejemplo, designándoles chalecos fluorescentes para reducir los siniestros.

A los riesgos físicos que hemos analizado, hay que añadirles los riesgos psicosociales tradicionales como el estrés, acoso, burnout, insatisfacción laboral, alto grado de exigencia... La ansiedad o el estrés generados por la inseguridad de la demanda de los servicios que va a ofrecer el trabajador son comunes en los

³¹ *Ibid.*, p.74-76.

prestadores de servicios de las plataformas digitales. Asimismo, los trabajadores pueden sufrir adicción al trabajo, nomofobia y acoso laboral. El origen de todas ellas se encuentra en la excesiva dedicación laboral, incluso hasta llegar a ser el único objetivo de la vida y ser incapaz de dejar de trabajar. La nomofobia, que se refiere al miedo a estar incomunicado sin teléfono móvil, es frecuente en estos trabajadores, a causa de que el trabajo depende del móvil. Así, los prestadores de servicios temen a perder ocupaciones, puntos y calificaciones que influyen de manera directa en este tipo de nueva economía. Relacionado con la nomofobia y el uso de las tecnologías de la información y comunicación puede que los trabajadores sufran tecnoestrés³² ³³, tecnoansiedad, tecnofatiga o tecnoadicción. Respecto al mobbing que pueden sufrir estos prestadores de servicios, es importante recordar que será empleado por los clientes y usuarios, ya que éstos valoran la labor realizada por los trabajadores. Esta valoración que realizan los clientes es utilizada por las plataformas digitales como instrumento de determinación de la retribución. Si además le añadimos que frente a los hostigamientos recibidos por parte de los clientes no actúa la plataforma digital para proteger a sus prestadores de servicios, se podría dar acoso laboral³⁴. Otro tipo de acoso esencial que se produce en esta nueva economía es la basada en el origen racial o étnico. En este tipo de plataformas digitales la tasa de personas de nacionalidad extranjera que desempeñan este trabajo es alto. Con el uso de aplicaciones digitales puede producirse el ciberacoso destinado a estas personas e ir en contra de su dignidad.

Los riesgos psicosociales mencionados pueden tener su origen en diversos factores³⁵:

- La inseguridad respecto a la calificación jurídica de los prestadores de servicios que puede impactar directamente en la capacidad de representación y participación.
- Inestabilidad en los ingresos percibidos.
- El ritmo intenso del trabajo.

³² Se trata de una nueva enfermedad causada por la incapacidad para enfrentarnos a las nuevas tecnologías de un modo psicológicamente saludable, siendo el producto de la combinación de ansiedad, sobrecarga de información, conflicto de roles y factores organizacionales. Alfaro de Prado Sagrera, A., “Estrés tecnológico: medidas preventivas para potenciar la calidad de vida laboral”, *Temas Laborales: Revista andaluza del trabajo y bienestar social*, nº 102, 2009, p. 140.

³³ Salanova Soria, M., “Nuevas tecnologías y nuevos riesgos psicosociales en el trabajo”, 28 de abril, *revista digital de salud y seguridad en el trabajo*, nº 1, 2007, p. 4.

³⁴ Álvarez Cuesta, H., “La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de sus autónomos”, *op.cit.*, pp. 89-91.

³⁵ López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digitales”, *op.cit.*, p.7.

- Constantes evaluaciones del trabajo realizado por los clientes.
- Aislamiento por la inexistencia de lugares de trabajo estables.
- Dificultades a la hora de conciliar la vida personal y laboral.
- Intenso control que sufren los trabajadores por parte de la plataforma digital (monitorización).

Teniendo en cuenta los principales riesgos laborales que afectan a esta economía de plataformas digitales, ¿qué derechos y obligaciones existen para las partes respecto a la prevención de riesgos laborales? Para responder a esta pregunta, será determinante la calificación jurídica que se les asigne a estos prestadores de servicios, esto es, si son calificados como trabajadores por cuenta ajena o por cuenta propia, ya que variará la protección y el alcance de la normativa de prevención de riesgos laborales.

La norma fundamental en esta materia es la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, en el que su ámbito de aplicación determina que es de aplicación a los trabajadores que prestan sus servicios por cuenta ajena, y realiza una anecdótica mención a los trabajadores autónomos estableciendo obligaciones específicas que puedan derivarse para estos trabajadores. El legislador, al establecer este ámbito de aplicación pretendía dar respuesta únicamente a los trabajadores por cuenta ajena y no a los trabajadores autónomos. Esto mismo podemos trasladarlo a las normas de desarrollo que hemos mencionado anteriormente, como es el caso del Real Decreto 487/1997 y el Real Decreto 488/1997.

El trabajador autónomo, únicamente deberá cumplir las obligaciones específicas que desarrolla esta normativa, en caso de que tenga trabajadores a su cargo³⁶.

Las obligaciones específicas que establece la Ley de Prevención de Riesgos Laborales garantizan y protegen la integridad física de los trabajadores por cuenta ajena que se encuentra reconocido en el artículo 15 de la Constitución. En este contexto, el garante de la seguridad y salud del trabajador es el empresario y esta ley le establece una serie de obligaciones específicas³⁷: el empresario debe realizar una evaluación de riesgos y planificar la actividad preventiva necesaria para eliminar, reducir y controlar los riesgos (art.16 LPRL); el empresario adoptará las medidas adecuadas respecto a la información, formación y participación que debe ofrecer a los trabajadores (art. 18 y 19 de LPRL); le corresponde al empresario determinar cuáles son las medidas de emergencia adecuadas (art.20 LPRL)

³⁶ Fundación estatal para la prevención de riesgos laborales, *Dificultades de PRL en la economía colaborativa y de plataformas*, op.cit., p. 66.

³⁷ Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de prevención de riesgos laborales, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-1995-24292>

y la actuación en casos de riesgos grave e inminente (art.21 LPRL). Asimismo, el empresario debe garantizar a los trabajadores un servicio de vigilancia periódica en función de los riesgos (art.22 LPRL) y tiene que realizar un seguimiento permanente de las actividades preventivas para perfeccionar y mejorar.

Esta protección específica que se les ofrece a los trabajadores por cuenta ajena se debilita si nos trasladamos a los trabajadores por cuenta propia o a los trabajadores económicamente dependientes. Por lo tanto, si a los prestadores de servicios de estas plataformas digitales los calificamos como trabajadores autónomos por considerar que son personas físicas que realizan de forma habitual, personal y directa, por cuenta propia y fuera del ámbito de dirección y organización de otra persona, una actividad económica o profesional a título lucrativo, o no ocupación a trabajadores por cuenta ajena³⁸, la normativa aplicable en materia de prevención de riesgos es mucho menor y afecta de manera directa a la calidad del empleo. Resulta aplicable la misma normativa deficiente a los trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE)³⁹.

La Ley del Estatuto del Trabajo autónomo, ¿qué regula sobre la materia de prevención de riesgos laborales? Su artículo 5 delimita cuáles son los deberes profesionales básicos y entre ellos, en concreto, en el apartado b) establece que son deberes profesionales básicos de los trabajadores autónomos, *“cumplir con las obligaciones en materia de seguridad y salud laborales que la ley o los contratos que tengan suscritos les impongan, así como seguir las normas de carácter colectivo derivadas del lugar de prestación de servicios”*. Esta disposición, sin embargo, no clarifica cuál es la ley aplicable. Por su parte, el artículo 8 del Estatuto del Trabajo autónomo recoge expresamente un apartado denominado “Prevención de Riesgos Laborales”. Este artículo recoge que las Administraciones Públicas deben asumir un papel activo en relación con la prevención de riesgos laborales de los trabajadores autónomos a través de una serie de actividades como la promoción de la prevención, formación de la prevención, asesoramiento técnico, vigilancia y control del cumplimiento de los trabajadores autónomos de la normativa de prevención de riesgos laborales. Asimismo, dispone que cuando en un mismo centro de trabajo desarrollen actividades trabajadores autónomos y trabajadores de otra u otras empresas, así como cuando los trabajadores autónomos ejecuten su actividad profesional en los locales o centros de trabajo de las empresas para las que presten servicios, serán de aplicación para todos ellos los deberes de cooperación, información e instrucción previstos en el artículo 24.1 y 24.2 de la LPRL. Según estos últimos artículos, corresponde a la empresa titular informar al resto de empresarios de los riesgos existentes,

³⁸ Artículo 1.1. de Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

³⁹ *Ibid.*, artículo 1.2.d).

las medidas de protección y prevención y medidas de emergencia⁴⁰. En el caso de las plataformas digitales, el empresario titular es el dueño de la app y será el responsable del deber que le impone la ley ante los trabajadores autónomos. Además, las empresas que contraten con trabajadores autónomos la realización de obras o servicios correspondientes a la propia actividad de aquéllas y que se desarrollen en sus propios centros de trabajo, deberán vigilar el cumplimiento de la normativa de prevención de riesgos laborales por estos trabajadores. El artículo 8 también concede al trabajador autónomo el derecho a interrumpir su actividad y abandonar el lugar de trabajo cuando considere que dicha actividad entraña un grave riesgo e inminente para su vida o salud.

Además del artículo 8 del LETA, la misma ley regula en su disposición adicional duodécima la participación de los trabajadores autónomos en programas de formación e información de prevención de riesgos laborales con el objeto de reducir la siniestralidad y evitar la aparición de enfermedades profesionales. Con la promoción de las Administraciones Públicas, tanto las asociaciones representativas de los trabajadores autónomos como las organizaciones sindicales y empresariales más representativas podrán realizar programas permanentes de información y formación.

Si comparamos con la Ley de Prevención de Riesgos Laborales, el Estatuto del trabajador autónomo no recoge algunas obligaciones específicas que se recogen y son aplicables a los empresarios que cuentan con trabajadores por cuenta ajena. En este sentido, los trabajadores autónomos no deben realizar la evaluación de riesgos laborales, ni tampoco la planificación de la prevención o la gestión de la misma que resulta esencial para identificar, implantar y hacer un seguimiento a las medidas aprobadas para disminuir o evitar los riesgos laborales.

Como se puede observar el nivel de protección en materia de prevención de riesgos de los trabajadores autónomos es inferior si lo comparamos con el grado de protección que se les ofrece a las personas trabajadoras por cuenta ajena. Esto hace que incremente la tasa de siniestralidad en este colectivo. El legislador no debe permitir esta desigualdad y debe garantizar y tutelar de la misma manera a los trabajadores comunes y los trabajadores de las plataformas digitales para asegurar unas condiciones dignas y proteger la vida y la integridad de las personas reconocido en la Constitución.

⁴⁰ Artículo 8 de Ley 20/2007, de 11 de julio, del Estatuto del trabajo autónomo, <https://www.boe.es/buscar/act.php?id=BOE-A-2007-13409>

6. CONCLUSIONES

La nueva forma de trabajo basada en las plataformas digitales trae consigo ventajas como el crecimiento económico y la creación de empleo, pero no podemos olvidar las desventajas que se están observando, debido a que el resultado es la precarización del empleo y la inoperancia de las normas en materia de protección de empleo, los sistemas de seguridad y salud o los modelos de negociación. Asimismo, han traído consigo nuevos retos y desafíos para la seguridad, salud y bienestar laboral.

El resultado de esta precariedad laboral tiene su origen en la inseguridad jurídica de la calificación de estos trabajadores. Como hemos podido observar, existe un amplio debate tanto en la doctrina como en la jurisprudencia respecto a la calificación jurídica que deben tener estos trabajadores de plataformas digitales. En este sentido, las empresas de plataformas digitales intentan encuadrar a estos trabajadores como trabajadores por cuenta propia o trabajadores autónomos económicamente dependientes (TRADE) a favor de sus intereses, ya que así consiguen reducir gastos. Sin embargo, buena parte de la doctrina como de la jurisprudencia ve indicios de laboralidad y consideran a estos prestadores de servicios, trabajadores por cuenta ajena.

Esta incertidumbre si lo trasladamos a la materia de prevención de riesgos laborales también tiene un impacto negativo, ya que el alcance de los derechos y obligaciones en el ámbito preventivo será superior o inferior. Es cierto que la determinación jurídica no afecta a la clase de riesgos laborales a los que están expuestos, esto es, no importa si el trabajador es calificado como autónomo o por cuenta ajena, debido a que se enfrenta a los mismos riesgos laborales. Sin embargo, esa determinación influirá en la normativa aplicable en cada caso y el grado de protección que ofrece. Así, si el prestador de servicios es calificado como trabajador por cuenta ajena se le aplicarán todas las disposiciones de la Ley de Prevención de Riesgos Laborales y las obligaciones específicas recogidas en ella. No obstante, si el prestador de servicios es calificado como trabajador autónomo existen obligaciones en materia de prevención de riesgos laborales, pero son obligaciones más genéricas, ya que, por ejemplo, no se recoge la obligación específica de realizar una evaluación de riesgos a diferencia de la LPRL.

Respecto a los riesgos laborales a los que se enfrentan estos prestadores de servicios son diversos, ya que dependerá del sector en el que se encuentren trabajando. Sin embargo, los riesgos comunes que encontramos en todas ellas en consecuencia de las características del trabajo son los riesgos psicosociales. En las plataformas digitales, el sistema de obtención del trabajo es estresante, pues se hace competir a los trabajadores a través de un proceso de selección. Asimismo, se encuentran de manera continua valorados por los clientes y esta información es la que le facilita al empresario a la hora de ofrecer un trabajo a un prestador

de servicio o a otro. Esta presión puede además conllevar a realizar jornadas de trabajo excesivamente largas, con la reducción del tiempo de descanso y con el riesgo que supone esto. Otro rasgo común en estas plataformas es el uso continuo y excesivo de las herramientas tecnológicas. El constante uso del móvil, por ejemplo, puede generar riesgos físicos como psicológicos (adicción a las herramientas tecnológicas, ciberacoso, accidentes de circulación...).

En definitiva, no importa la calificación jurídica que se le atribuya al prestador de servicios, sino que el legislador debe garantizar de la misma manera la seguridad y salud al trabajador. Para esto, el legislador debe repensar y reformular el alcance de los deberes en materia de prevención con el objetivo de alcanzar las nuevas formas de trabajo. El reto no resulta sencillo, debido a que implica lograr un equilibrio justo entre la seguridad y salud de los trabajadores y la adecuada implantación de los cambios organizativos que demandan flexibilidad y uso intensivo de las nuevas tecnologías. No obstante, el legislador debe seguir optando por el reparto de responsabilidad entre el trabajador y empresario, siempre sin olvidar que el empleador debe ser el principal sujeto obligado en la prevención. Sea cual sea el sistema preventivo que seleccione el legislador, debe ser un modelo integrado de la prevención y debe ser revisado de manera periódica con la finalidad de afrontar los nuevos riesgos que vayan apareciendo con la evolución tecnológica.

TIEMPOS DE VIDA Y DE TRABAJO: EL IMPACTO DE LAS TICs*

FRANCISCA FERNÁNDEZ PROL

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: nuevas tecnologías, tiempo de trabajo, descanso, registro de jornada, desconexión digital

Information and communication technologies are tools for the exercise, at the end of the working day and remotely, of the managerial power of business which allow working at anytime from anywhere. In this context, of confusion and overlapping of life and work times, the effectiveness of the tools devised by the internal legislator for the containment of working time and the safeguarding of rest time is analyzed.

ABSTRACT

KEYWORDS: new technologies, working time, rest period, records of working hours, digital disconnection

Las TICs se erigen en instrumento para el ejercicio, ya finalizada la jornada laboral y a distancia, del poder empresarial de dirección y permiten, así mismo, trabajar a cualquier hora desde cualquier lugar. En dicho contexto, de confusión y superposición de tiempos de vida y de trabajo, se analiza la eficacia de las herramientas ideadas por el legislador interno para la contención del tiempo de trabajo y la salvaguarda del tiempo de descanso.

* Este trabajo se inscribe en el marco del Proyecto DER2017-83488-C4-3-R "Los derechos fundamentales ante el cambio del trabajo subordinado en la era digital" financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER.

ÍNDICE

1. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA CUESTIÓN, ENTRE OTRAS, DE TIEMPO DE TRABAJO
2. VIEJAS Y NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA DELIMITACIÓN DE TIEMPOS DE TRABAJO Y DE NO TRABAJO
 - 2.1. “Tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”: la reinterpretación de los conceptos clásicos
 - 2.2. Las herramientas de control y protección
 - 2.2.1. El registro de jornada
 - 2.2.2. El derecho a la desconexión digital
3. PONDERACIÓN CRÍTICA: ¿SON EFICACES LAS HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL TIEMPO DE NO TRABAJO?

1. EL IMPACTO DE LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS: UNA CUESTIÓN, ENTRE OTRAS, DE TIEMPO DE TRABAJO

El surgimiento y proliferación de las nuevas tecnologías operan una profunda transformación del tejido productivo y de las relaciones de trabajo. El impacto se aprecia en varios y muy significados frentes. Por medio de las nuevas tecnologías se acomete, ya hoy, la ejecución de tareas antaño realizadas por trabajadores -tareas sencillas, pero también de cierto grado de dificultad-, con la correlativa destrucción de puestos de trabajo. Las tecnologías de la información y la comunicación –en adelante, TICs-, en particular, han revolucionado los hábitos de consumo –que requieren ya respuestas en tiempo real-, imponiendo nuevos modos de producción y de prestación de bienes y servicios, lo que, a su vez, implica dinámicas organizativas y empleos nuevos –unas y otros, flexibles-. En la práctica totalidad de las profesiones, finalmente, irrumpen nuevos métodos de trabajo, a menudo en línea o a distancia, bien de modo preponderante –con el consiguiente surgimiento del denominado teletrabajo-, bien con carácter accesorio respecto de una actividad principalmente desempeñada en el centro de trabajo.

En cualquier caso, tanto en nuevos como en viejos empleos, sobresale la incidencia en el factor “tiempo de trabajo”, fruto, en particular, del recurso universal a las TICs. Toda vez que estas facilitan la prestación de servicios en cualquier lugar y a cualquier hora, el control del tiempo de trabajo –jornada pactada- y la correlativa protección del tiempo de no trabajo –descansos y vacaciones- se tornan sumamente complejos. Lo primero, porque la presencia en un espacio físico concreto –el puesto de trabajo- conlleva, conforme a la concepción clásica aún hoy recogida por el ET –art. 34.5 ET-, el inicio del cómputo de la jornada, cuyo fin, a su vez, marca el abandono de ese mismo puesto de trabajo. Lo segundo, por trascender de las regulaciones al uso en la materia –también de

la interna- una concepción lineal del tiempo de prestación de servicios, ordenado conforme al número de horas, en principio, consecutivas, pactadas, a su vez, conforme a un esquema clásico, diariamente. De modo que las TICs pulverizan aquellas coordenadas –lugar y tiempo- sobre las que se edificaron las normas de control y protección, respectivamente, de los tiempos de trabajo y de no trabajo.

Sin duda, la modulación y ajuste del tiempo de trabajo –la flexibilidad temporal- son susceptibles de una lectura en clave positiva: en cualquier caso, para los empresarios, que hallan en las nuevas tecnologías una herramienta de respuesta y adaptación a las constantes y/o cambiantes necesidades del mercado; en ocasiones, para los trabajadores, al erigirse el trabajo en línea en valioso instrumento para la conciliación de la vida personal, familiar y laboral, distribuyendo su jornada laboral en función de sus responsabilidades de cuidado y de sus necesidades personales. Con todo, la flexibilidad temporal, en este caso fruto del recurso a las TICs, presenta también, para los trabajadores, un lado oscuro: el riesgo de injerencia empresarial en los tiempos de descanso. Las instrucciones empresariales, emitidas y recibidas *on line*, proyectan el poder de dirección más allá de la jornada pactada, invadiendo descansos –entre jornadas o semanales- y vacaciones.

Los efectos, como es evidente, no son menores. Por lo pronto y desde una perspectiva estrictamente jurídica, ello conforma una vulneración de normas dirigidas a preservar la seguridad y salud de los trabajadores, con el consiguiente impacto en el derecho fundamental a su integridad física –no en vano la Directiva 2003/88/CE, cuya transposición operan los arts. 34 y siguientes del ET, “establece las disposiciones mínimas de seguridad y salud en materia de ordenación del tiempo de trabajo”¹-. En clave práctica, mermados los tiempos de descanso –tanto desde una óptica cuantitativa como cualitativa-, la salud del trabajador se resiente considerablemente. Y no debe obviarse el correlativo impacto económico: quien trabaja más por lo mismo, a la postre trabaja por menos. El resultado –afectadas las condiciones esenciales tiempo de trabajo y salario- es un empleo de peor calidad, más precario. Desde otra óptica, finalmente, ha de destacarse el impacto negativo en términos de conciliación, corresponsabilidad e igualdad entre hombres y mujeres, convirtiendo en obstáculo aquello –las TICs- que precisamente debiera contribuir a su desarrollo. Mientras un modelo de trabajo recíprocamente flexible favorece la conjugación de facetas vitales, el desequilibrio a favor del empresario –convertido en beneficiario exclusivo de la flexibilidad temporal-, en cambio, cercena toda posibilidad de conjugación de actividades profesionales y familiares. A la postre, incluso, un modelo de jornada en exceso flexible contribuye a mantener o a ensanchar la brecha laboral de género, pues los varones, menos implicados en el

¹ También en dicho sentido, STJCE de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas y STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco.

cuidado, se hallan en mejor disposición para responder a requerimientos empresariales, vía TICs, en tiempos en principio de no trabajo.

Debe referirse, finalmente, el contexto en que operan las nuevas tecnologías: un tiempo de trabajo ya objeto de intensa flexibilización vía reformas legales o prácticas convencionales fruto de la presión empresarial por adaptar la fuerza de trabajo a los cambiantes –particularmente, en periodo de crisis- requerimientos del mercado. El impacto de las TICs viene, pues, a sumarse a la distribución irregular de la jornada –vía configuración anual de la jornada máxima y conforme al pacto convencional o de empresa o la decisión unilateral del empresario respecto del 10 por 100 de aquélla-, así como a horas extraordinarias y complementarias –estas últimas, en el marco y extramuros del contrato a tiempo parcial-.

2. VIEJAS Y NUEVAS HERRAMIENTAS PARA LA DELIMITACION DE TIEMPOS DE TRABAJO Y DE NO TRABAJO

Para preservar los tiempos de no trabajo, mantienen su utilidad las herramientas clásicas: la regulación del tiempo de trabajo articulada en torno a los conceptos de jornada máxima, descansos y vacaciones, en su caso reinterpretada a la luz del nuevo contexto digital. Incluso, instrumentos concebidos para paliar prolongaciones indebidas de jornadas –en principio, ejecutadas en las dependencias de la empresa- son susceptibles de contribuir al deslinde de tiempos de trabajo y de no trabajo: tal es el caso del registro horario de jornada. Pero la nueva realidad, tal vez precise asimismo de respuestas específicas: así, del reconocimiento del derecho a la desconexión digital, cuya virtualidad práctica también es objeto de ponderación crítica en las páginas que siguen.

2.1. “Tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”: la reinterpretación de los conceptos clásicos

Ante los desafíos de la digitalización, recobran protagonismo el mandato a los poderes públicos de garantía del “descanso necesario mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas” –art. 40.2 CE-, así como, en aplicación de aquél, las previsiones legislativas en orden a la fijación de una jornada máxima y de unos descansos y vacaciones mínimos –arts. 34 y 38 ET-. Rigen para todos los trabajadores –también, pues, para aquellos que presten servicios en entornos digitalizados- el límite, infranqueable, de la jornada máxima anual –40 horas semanales de trabajo efectivo de promedio en cómputo anual-, así como aquél, en su caso pactado en convenio colectivo o, en defecto de este, por acuerdo de empresa, de aplicación a la jornada diaria –como es sabido, a falta de los citados acuerdos, de 9 horas diarias-. Y perviven, asimismo, a efectos de cómputo, los conceptos “tiempo de trabajo” y, correlativamente, “tiempo de descanso”. Así,

siendo “de descanso” aquel tramo temporal que no es “de trabajo”², este último, a su vez, ha de ser, desde una perspectiva cualitativa, de “trabajo efectivo” –art. 34.1 ET-, de modo tal que, ya desde una óptica cuantitativa, “tanto al inicio como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo” –art. 34.5 ET-. Puntualizaciones que, aún escasas, han contribuido, en supuestos complejos y a luz de la jurisprudencia europea a continuación analizada, al deslinde de tiempos de trabajo y de descanso: así, excluyendo de la noción de tiempo de trabajo, tanto los periodos invertidos en el desplazamiento desde el domicilio hasta el centro de trabajo –aún con matices, en el caso, por ejemplo, de centros móviles o itinerantes³-, como los empleados, ya en el propio centro de trabajo, a efectos de acceso al concreto puesto de trabajo o con objeto de realizar actos de carácter preparatorio⁴ –en ambos casos, nuevamente, con destacadas excepciones en el caso, respectivamente, de accesos a puestos, por las características del centro, especialmente prolongados y reglados, sin margen de maniobra para los trabajadores⁵ o, por expresa disposición normativa, cuando las acciones, anteriores o posteriores al desempeño de las funciones pactadas, impliquen el cumplimiento de normas de prevención⁶ o sean consustanciales a determinadas actividades configuradas como relaciones laborales especiales⁷-. En cambio, sí son tiempo de trabajo, las denominadas “guardias de presencia”, en que el trabajador se halla, a disposición del empresario, en su puesto de trabajo. Elemento locativo que, en cambio, no concurre en el caso de las llamadas “guardias de localización”⁸, por consiguiente, con carácter general, no constitutivas de tiempo de trabajo.

Para llegar a tales conclusiones, con todo, las aportaciones del Derecho de la UE han sido decisivas. Entre estas, debe destacarse, en primer término, las definiciones mismas de los conceptos “tiempo de trabajo” y “periodo de descanso”: de modo que es “tiempo de trabajo”, *ex art. 2 de la Directiva 2003/88/CE*, “todo período durante el cual el trabajador permanezca en el trabajo, a disposición del

² Optando expresamente por esta delimitación negativa, *vid.* art. 2.2 de la Directiva 2003/88/CE.

³ STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco. En sentido contrario, con todo, STS de 1 de diciembre de 2015 (rec. núm 284/2014).

⁴ Así, en STS de 4 de mayo de 2016 (rec. núm. 169/2015).

⁵ STSJ de las Islas Baleares de 7 de diciembre de 2018 (rec. de Suplicación núm. 165/2017).

⁶ Así, *ex RD 664/1997 y 665/1997*, ambos de 12 de mayo, que computan como tiempos de trabajo aquellos empleados en el aseo personal del trabajador expuesto, respectivamente, a agentes biológicos (art. 7) o cancerígenos (art. 6).

⁷ Tal es el caso de los ensayos de artistas –art. 8.Uno del RD 1435/1985- y de los entrenamientos de deportistas profesionales –art. 9.1 del RD 1006/1985-.

⁸ La normativa interna contempla alguna definición de estas guardias: así, a tenor del art. 46.1.d) de la Ley 55/2003, de 16 de diciembre, por la que se aprueba el Estatuto Marco de Personal Estatutario de Servicios de Salud, es “Período de localización”, aquel “período de tiempo en el que el personal se encuentra en situación de disponibilidad que haga posible su localización y presencia inmediata para la prestación de un trabajo o servicio efectivo cuando fuera llamado para atender las necesidades asistenciales que eventualmente se puedan producir”.

empresario y en ejercicio de su actividad o de sus funciones, de conformidad con las legislaciones y/o prácticas nacionales” y es “periodo de descanso”, en cambio, como ya se ha referido, aquél que no es de trabajo. Conceptos, conviene advertirlo, de Derecho de la UE, por consiguiente –para “garantizar una plena eficacia de la Directiva, así como una aplicación uniforme de los mencionados conceptos en la totalidad de los Estados”⁹-, no susceptibles de interpretación divergente habida cuenta, pese al tenor literal del precepto europeo, las previsiones internas. Y tales conceptos son, así mismo, absolutos y excluyentes de cualquier otra categoría intermedia, amparando, por consiguiente, cualquier modo de prestación de servicios o de descanso: así, periodos de espera, guardias, tiempos de disponibilidad, con o sin presencia física en el lugar de trabajo, etc., o bien conforman tiempo de trabajo, o bien constituyen tiempo de descanso. El concepto “tiempo de trabajo”, dicho de otro modo, se concibe en contraposición al de periodo de descanso, al excluirse mutuamente ambos conceptos”¹⁰.

Y resulta especialmente reseñable el esfuerzo de la jurisprudencia del TJUE por subsumir en los conceptos clásicos “tiempos de trabajo” y “tiempos de descanso” nuevos modos de prestación de servicios. Así sucedió respecto de las ya referidas guardias de presencia, en que, como se ha adelantado, el trabajador se estima en tiempo de trabajo. Para llegar a tal conclusión el TJUE procede a una reinterpretación del citado art. 2 de la Directiva 2003/88/CE y retiene como elementos identificativos del tiempo de trabajo dos de los tres requisitos enumerados por la norma europea: por un lado, la puesta a disposición del empresario y, por otro lado, la presencia física del trabajador en el centro de trabajo o en aquel preciso lugar señalado por el empleador –resultando, pues, secundario el efectivo desarrollo de funciones o tareas, al reconducirse estas, de algún modo, a la citada puesta a disposición¹¹-. Correlativamente y en virtud de idéntica argumentación, no es tiempo de trabajo, como también se adelantó, el transcurrido en las denominadas guardias de localización, en que salvo estipulación de periodos de respuesta extremadamente breves¹², el trabajador se halla a disposición del empresario pero fuera de las instalaciones de la empresa, en el lugar escogido, con cierto margen de maniobra, por aquél¹³. De modo que, con la salvedad indicada, de pactarse

⁹ SSTJCE de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas.

¹⁰ Nuevamente, STJUE de 10 de septiembre de 2015, Asunto C-266/14, Tyco, así como, anteriormente, STJCE de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger. Destacando dicha característica, *vid.*, Segoviano Asturburuaga, M. L., “Jornadas, descanso, trabajo efectivo”, en AA.VV. (Casas Baamonde, M^a. E., Dir.), *Derecho Social Europeo*, Lefebvre, Madrid, 2018, p. 915.

¹¹ Dicho posicionamiento del Tribunal puede consultarse en las SSTJCE de 3 de octubre de 2000, asunto C-303/98, SIMAP, de 9 de septiembre de 2003, Asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, y de 1 de diciembre de 2005, Asunto C-14/04, Abdelkader Dellas.

¹² Tan sólo 8 minutos en el Asunto C-518/15, Matzak, STJUE de 21 de febrero de 2018.

¹³ Circunstancias en que los trabajadores “pueden organizar su tiempo con menos limitacio-

guardias de localización, sólo el tiempo de efectiva prestación de los servicios, tras requerimiento del empleador, constituye tiempo de trabajo.

Conviene así reparar en la virtualidad atribuida al elemento locativo, por un lado, revelador de un tiempo de trabajo y, por otro lado, excluyente de un verdadero y efectivo tiempo de descanso, útil al objetivo último de protección de la seguridad y salud de los trabajadores. Pues, precisamente el elemento locativo se torna irrelevante en el caso de prestaciones de servicios realizadas, por medio de las TICs, a distancia.

En ocasiones, con todo, el Tribunal Europeo atiende aquellas nuevas realidades fruto, precisamente, de la incorporación de nuevas tecnologías a los procesos de producción de bienes y servicios, reinterpreta los elementos configuradores del “tiempo de trabajo”, lugar de trabajo inclusive. Un ejemplo de ello es el conocido como Asunto Tyco, del que acostumbra destacarse –así se ha hecho también en el marco del presente análisis- la doctrina a cuyo tenor, a falta de centro de trabajo fijo, el tiempo de desplazamiento del trabajador desde su domicilio hasta la sede del primer cliente –y, a la inversa, al finalizar la jornada, desde el lugar de la última intervención hasta su residencia- debe calificarse como tiempo de trabajo, pero del que cabe extraer otras destacadas enseñanzas. Debe así repararse en que el litigio trae causa de un nuevo modo de organización del trabajo –prescindiendo de delegaciones empresariales de carácter local y vinculando a todos los trabajadores a unas únicas oficinas centrales-, a su vez, fruto de la implementación de nuevas tecnologías, en concreto, dos aplicaciones informáticas, a disposición del trabajador vía teléfono móvil, a través de las que la empresa ejerce su poder de dirección: pues, una le permite asignar a cada trabajador la hoja de ruta diaria y la otra le reporta las intervenciones realizadas y las incidencias, en su caso, generadas. Y dichas circunstancias, determinantes de la desaparición de un centro de trabajo fijo o habitual al que vincular el elemento locativo, precisamente conducen a una reformulación de este, de modo tal que el trabajador se halla “en el trabajo” durante el desplazamiento. Por lo que, si bien el Tribunal no lo refiere explícitamente de este modo, al reconducir un requisito de orden físico –la presencia en un lugar concreto y determinado- a un tramo temporal –el tiempo de desplazamiento-, a la postre resta relevancia o matiza, en determinados contextos, el elemento locativo. En el caso de ejercicio, a distancia,

nes y dedicarse a sus asuntos personales”, SSTJCE de 3 de octubre de 2000, Asunto C-303/98, SIMAP, y de 9 de septiembre de 2003, asunto C-151/2002, Norbert Jaeger, así como, en el ámbito interno STS de 27 de enero de 2009 (rec. de Casación núm. 27/2008), cuya doctrina, por cierto, probablemente deba revisarse a la luz del referido Asunto Matzak.

del poder de dirección –alternativa precisamente facilitada por las TICs-, el requisito de presencialidad, por consiguiente, pierde notable virtualidad.

Y tal línea de tendencia parece apreciarse, así mismo, en otro orden de resoluciones: así, al matizarse la hasta entonces inquebrantable doctrina jurisprudencial –más arriba referida- relativa a la configuración de la guardia de localización como tiempo de descanso. Posicionamiento, como se recordará, sustentado, nuevamente, en un elemento locativo: en este caso, la no presencia del trabajador en el centro de trabajo o, desde otra perspectiva, su ubicación, al tiempo de la guardia localizada, en el lugar libremente designado, a menudo, el domicilio. El brevísimo tiempo de respuesta impuesto a un trabajador –al que se exige hallarse en el centro de trabajo en “8 minutos en condiciones de tráfico fluido”-, con todo, ha conducido al Tribunal a introducir una excepción a la referida construcción, en cualquier caso, como destaca la Sala, aún vigente. Así, en dichas circunstancias –sin duda, especialísimas-, más allá del elemento locativo puro, el TJUE atiende, a efectos de calificación de tan peculiar guardia de localización como tiempo de trabajo, a un elemento nuevo: la limitación, objetiva o de facto, de las posibilidades del trabajador de atender, durante el periodo de guardia, a “intereses personales y sociales” como consecuencia de la restricción temporal –y, correlativamente, geográfica- impuesta por el empleador¹⁴. La argumentación, ciertamente, no permite resultados, como hasta ahora, homogéneos y conduce a la necesaria distinción entre guardias de localización sujetas a un grado de restricción compatible con una notable libertad de movimiento del trabajador –supuesto en que se configurarían como tiempo de descanso¹⁵- y guardias de localización, en cambio, de restricción, temporal y/o geográfica, intensa, por el contrario del todo incompatibles con la referida libertad –circunstancia en que la calificación será de tiempo de trabajo-. Pese a ello, debe repararse en el elemento interpretativo ahora enfatizado a efectos de deslinde entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso: el grado de constricción de la libertad del trabajador para determinar en qué, dónde o cómo disfruta de su tiempo de no trabajo. De modo que al igual que el efectivo desempeño de tareas o la intensidad y rendimiento del trabajo prestado, también la presencia física en el lugar de trabajo parece, ahora, intrascendente¹⁶. En última instancia, pues, y si bien otras circunstancias coadyuven asimismo a la calificación, la disponibilidad del trabajador para prestar sus servicios bajo

¹⁴ STJUE de 21 de febrero de 2018, Asunto C-518/15, Matzak.

¹⁵ Por ello, la jurisprudencia europea en análisis no es objeto de aplicación a toda guardia de localización: así, manteniendo que esta última es tiempo de descanso –en el caso de trabajadores del sector de prevención y extinción de incendios compelidos a “presentarse completamente equipado[s] en el punto de encuentro en el plazo máximo de treinta minutos desde el momento en que se le comunique”-, *vid.* STSJ de Madrid de 25 de julio de 2018 (rec. de Suplicación núm. 326/2018).

¹⁶ En dicho sentido, Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, TRABAJO Y DERECHO, 43-44/2018, p. 2.

las órdenes e instrucciones empresariales se erige en el criterio clave del test de identificación del tiempo de trabajo. El argumento, por lo demás, si bien de aplicación novedosa a la guardia de localización, no es nuevo: fundamentó asimismo, en esencia, las configuraciones como tiempo de trabajo, más arriba referidas, de guardias presenciales y tiempos de desplazamiento¹⁷.

2.2. Las herramientas de control y protección

2.2.1. *El registro de jornada*

Muestra del interés que sigue despertando la variable “tiempo de trabajo” son las reformas en la materia recientemente implementadas, respuesta a realidades cuando menos preocupantes: así, por RD-Ley 8/2019, de 8 de marzo, por el que se impone a la empresa la obligación de garantizar “el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora” (art. 34.9 ET). Una intervención, por la vía de urgencia, que pretende mitigar vulneraciones masivas en materia de tiempo de trabajo –jornadas que rebasan límites a priori infranqueables o realización de horas extraordinarias no remuneradas, entre otras¹⁸- y que pone fin a un intenso debate acerca del alcance de la obligación de registro contemplada por el art. 35.5 ET¹⁹. Controversia, en última instancia zanjada, aun extemporáneamente, por el TJUE –STJUE de 14 de mayo de 2019-, cuyo novedoso enfoque merece aquí destacarse: interpelado el Tribunal sobre la conformidad de la práctica estatal con la Directiva 2003/88 –en relación con la Directiva Marco 89/391/CE y con el art. 31.2 de la Carta de Derechos Fundamentales-, concluye que la obligación de implantación de un sistema “objetivo, fiable y accesible” de cómputo de la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador se desprende del deber general, de Estados Miembros y empresarios, de velar por la seguridad y salud de los trabajadores –apartado 62-, también comprometidas por prolongaciones excesivas de la jornada de trabajo y correlativas vulneraciones de los derechos de descanso. Una fundamentación, debe destacarse, no exenta de implicaciones,

¹⁷ Así, “En los tres casos, resulta esencial esta limitación de la libertad personal del trabajador en el marco de una relación contractual laboral para descartar el período de descanso y afirmar el tiempo de trabajo efectivo, más allá de la realización de actividad profesional real y la presencia o no el centro de trabajo”, Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, op. cit., p. 2.

¹⁸ Son ilustrativos, en dicho sentido, los datos de la EPA de 2018 señalados por la propia Exposición de Motivos del RD.

¹⁹ Protagonistas destacados del citado debate fueron la AN –SSAN de 4 de diciembre de 2015 (caso Bankia, Proc. núm. 301/2015), 19 de febrero de 2016 (caso Abanca, Proc. núm. 383/2015) y de 6 de mayo de 2016 (caso Sabadell, Proc. núm. 59/20169)- y el TS –STS de 23 de marzo de 2017 (caso Bankia, Rec. Casación núm. 81/2016), cuya doctrina reiteran las SSTS de 20 de abril de 2017 (caso Abanca, Rec. Casación núm. 116/2016) y de 20 de diciembre de 2017 (caso Sabadell, Rec. núm. 206/2016)-.

señaladamente a efectos de determinación del alcance subjetivo de la obligación de registro: sustentada en el “derecho fundamental de todo trabajador a la limitación de la duración máxima del tiempo de trabajo y a periodos de descanso diario y semanal” –apartados 30 y 32-, su aplicación a cualquier sector y modo de prestación de servicios –inclusive, on line o a distancia- parece indubitada.

Tal es, por otro lado, una consecuencia obligada de la sujeción a las normas estatutarias mínimas en materia de tiempo de trabajo de todo asalariado, inclusive de aquel parcialmente deslocalizado y también del trabajador a distancia –igualmente, en la modalidad telemática de teletrabajo-²⁰. Este último, en efecto, tiene reconocido, *ex art.* 13 ET, iguales derechos que los trabajadores presenciales y protección adecuada en materia de seguridad y salud. Por lo que la flexibilidad inherente a tales modos de prestación de servicios en modo alguno puede obstaculizar la limitación del tiempo de trabajo y su correlativo control: toda prestación laboral, por definición, debe ser determinable²¹, a falta de otros módulos de fijación de la cantidad de trabajo debido, temporalmente. La obligación de registro, por consiguiente, se configura con carácter universal, alcanzando, en cualquier sector de actividad, a la totalidad de los trabajadores²², inclusive ““móviles”, comerciales, temporales, trabajadores a distancia o [en] cualesquiera otras situaciones en las que la prestación laboral no se desenvuelve, total o parcialmente, en el centro de trabajo de la empresa”²³. Y al igual que para otros trabajadores, el control del tiempo de trabajo es responsabilidad del empleador, sobre el que recae la obligación de implementación del correspondiente sistema de registro²⁴ del “horario” concreto de “inicio” y “finalización” de la “jornada de trabajo”, de conformidad, en su caso, con los métodos de organización y documentación dispuestos por la negociación colectiva o, en defecto de regulación convencional, previa consulta de estos extremos con los representantes de los trabajadores.

La dificultad estriba, en primer término, en la vinculación del cómputo a la presencia física del trabajador en un determinado lugar: el “puesto de trabajo” *ex art.* 34.5 ET o, habida cuenta la interpretación flexible de este último, el centro de trabajo, sumando, en su caso, tiempos de desplazamientos. Por lo que, como es lógico, también el recurso a dispositivos móviles habrá de determinar una interpretación flexible de la norma que salve el obstáculo del elemento espacial.

²⁰ En dicho sentido, ya la AN señaló que “resulta irrelevante también, que algunos de los trabajadores no realicen su jornada total o parcialmente en los locales de la empresa”.

²¹ Iguartua Miró, M. T., “La obligación de registro de la jornada de trabajo tras el RDL 8/2019”, TEMAS LABORALES, 147/2019, p. 131.

²² Ello sin perjuicio de la introducción de especialidades, respecto de sectores, trabajos y categorías profesionales que así lo requieran, *ex art.* 34.7 ET.

²³ Guía sobre el registro de jornada del Ministerio de Empleo y Seguridad Social (<http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>).

²⁴ Es de reseñar, en dicho sentido, la reforma del art. 7.5 LISOS.

No puede, con todo, dejar de apuntarse la necesidad de una reforma que sustituya este último por un concepto más abierto comprensivo de las nuevas realidades.

Desde una perspectiva práctica, caben, a priori, también en el caso de prestaciones de servicios sustentadas en TICs, múltiples procedimientos de registro, en cualquier caso de carácter “diario”²⁵: sistemas manuales en soportes más o menos sofisticados –hojas o libros de registro o inserción por el propio trabajador de los datos de su jornada- o, como es esperar en el caso de trabajadores que desempeñan toda o parte de su jornada on line, informatizados –registro de encendido y apagado del dispositivo informático o de la conexión a la correspondiente plataforma, programa o aplicación-. De modo que también en el caso de trabajos deslocalizados –en ocasiones, incluso, con mayor facilidad-, la fiabilidad de los sistemas de control puede verse comprometida: bien por la articulación por el empleador de mecanismos de manipulación de los registros o por verse compelido el propio trabajador a confeccionar datos falsos²⁶.

Y la utilidad del registro es más cuestionable aún en el caso de trabajadores formalmente presenciales –sin reconocimiento formal de teletrabajo alguno-, que, no obstante, se hallan compelidos, por el empleador mismo o por clientes de la empresa a responder, al margen de su jornada de trabajo, en muchas ocasiones a cualquier hora, a requerimientos varios. Registrada su jornada en el centro de trabajo *ex art.* 34.9 ET, desarrollan, ya fuera de este y al margen de todo control, una suerte de guardia de localización, sin reconocimiento ni compensación –ni por el tiempo de trabajo efectivo en su caso realizado-. Tal situación –de elevada flexibilidad y disponibilidad, fruto del deber de conexión constante-, pretende atajarse, precisamente, vía reconocimiento del derecho a la desconexión digital.

2.2.2. *El derecho a la desconexión digital*

Para blindar un mínimo tiempo de no trabajo, que ahora ha de resultar así mismo inmune a nueva suerte de injerencias empresariales –telemáticas, por medio de TICs-, surge, siguiendo tal vez la senda del Derecho laboral francés²⁷, el denominado “derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral”, hoy por hoy, objeto de reconocimiento expreso *ex arts.* 20 bis ET y 88.1 LO 3/2018²⁸. Así, “los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente

²⁵ Pues tal es el único requisito expresamente exigido por la norma.

²⁶ Iguartua Miró, M. T., “La obligación de registro de la jornada...”, *op. cit.*, p. 147.

²⁷ *Ex art.* L.2242-8 del Código de Trabajo, reformado por Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016 (*Loi Travail*).

²⁸ LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantías de los derechos digitales.

establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar” –art. 88.1-. Y recuerda, así mismo, el legislador el evidente vínculo con el derecho a la conciliación, instando a que las “modalidades de ejercicio” del derecho a la desconexión “potencien” aquél –apartado 2-. Y es que siendo relevante el reconocimiento legal operado, tal vez el llamado “derecho a la desconexión digital” no sea tal en sentido estricto, conformando, en realidad, la concreción o, según refiere literalmente la norma reproducida, la garantía de otros derechos clásicos en la órbita social²⁹: así, del derecho al descanso y del derecho a la intimidad personal y familiar –expresamente referidos por los citados arts. 88.1 LO 3/2018 y 20 bis ET-, pero también del derecho a la conciliación de la vida familiar y laboral, todos ellos, por cierto, a su vez dotados de dimensión constitucional³⁰.

Pero más allá del debate teórico –y sin perjuicio de sus notables repercusiones prácticas-, el análisis de las normas referidas –en el marco del presente estudio, necesariamente breve- permite realizar las apreciaciones básicas que pasan a referirse. Ni la LOPD ni el ET definen en modo alguno el contenido del derecho a la desconexión digital, cuya materialización, en cualquier caso, se intuye plural o diversa. Pues la norma–art. 88.2- refiere expresamente la posible configuración de “modalidades de ejercicio” del derecho, bien por convenio colectivo, bien, en defecto de este, por acuerdo de empresa. Y contempla así mismo el legislador la elaboración por el empresario de una “política interna”, a su vez comprensiva de dos extremos: nuevamente, “modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión”, así como “acciones de formación y sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática”. Por lo que, sin duda, son válidas múltiples fórmulas de implementación del derecho, requiriendo la norma un resultado –la desconexión-, pero sin imponer –ni sugerir siquiera- mecanismo alguno para alcanzar el mismo³¹. Ciertamente, es comprensible una configuración flexible –que permita la adaptación a las concretas circunstancias concurrentes, siguiendo la letra de la Ley, “a la naturaleza y objeto de la relación laboral”-, pero no lo es, en cambio, el silencio mantenido a falta de regulación convencional o vía acuerdo

²⁹ *Id.* esta concepción en Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: la ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, TL, 138/2017, p. 249 y siguientes, así como p. 281; Vallecillo Gámez, M. R., “EL derecho a la desconexión: ¿«novedad digital» o esnobismo del «viejo» derecho al descanso?”, RTSS, CEF, 408/2017, p. 167; y, más recientemente, ya aprobada, la Ley 3/2018, Blázquez Agudo, E. M., “Novedades laborales en la nueva Ley orgánica de protección de datos”, TyD, 50/2019, p. 9

³⁰ *Ex* arts. 15, 40 o 43 –en el caso del derecho al descanso-, *ex* art. 18 –que expresamente reconoce el derecho a la intimidad personal y familiar- y *ex* arts. 14 y 39 –en cuanto al derecho a la conciliación, cuya relevancia constitucional ha sido destacada por el TC (STC 3/2007, de 15 de enero)-.

³¹ Iguartua Miró, M. T., “El derecho a la desconexión en la LO 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, RTSS, CEF, 432/2019, p. 66.

de empresa. Pues tampoco en este supuesto, ofrece el legislador, ni siquiera con carácter subsidiario, contenido mínimo alguno. Y menos aún prevé la norma un deber empresarial de no intervención o abstención –así, de remisión de comunicaciones-, ni, por supuesto, la articulación de mecanismos verdaderamente garantistas, que, en tiempo de descanso del trabajador, restrinjan su acceso a los dispositivos electrónicos o interrumpan la comunicación con la empresa –mecanismos, conviene remarcarlo, desde una perspectiva tecnológica al alcance del empleador-.

Y si bien determinados colectivos han merecido especial mención –directivos y trabajadores a distancia-, respecto de otros, sin duda en situación más vulnerable, la virtualidad o eficacia de la norma es cuando menos cuestionable: tal es el caso de aquéllos que, bien en el marco de una relación laboral –trabajadores a tiempo parcial-, bien inactivos, se hallan, a la espera de trabajo, permanentemente conectados. Pues, para estos últimos en particular, el derecho a la desconexión digital es, pese a su regulación, una “quimera”, al radicar precisamente en la conectividad sus oportunidades de empleo³².

Finalmente, pese a erigirse la hiperconexión en riesgo para la salud, forzoso resulta constatar la carencia de un enfoque verdaderamente preventivo, lo que obliga a recurrir a las normas generales en la materia (señaladamente, al art. 14 LPRL), como es sabido ideadas para entornos productivos más tradicionales³³. De modo que, reconocido legalmente el derecho subjetivo a la desconexión digital –tal avance es innegable- y encomendada su puesta en práctica a la negociación colectiva –lo que parece una alternativa razonable-, los escasos mimbres proporcionados por el legislador –que ni orienta al negociador, ni proporciona soluciones de aplicación subsidiaria- amenazan la efectividad misma del derecho.

3. PONDERACIÓN CRÍTICA: ¿SON EFICACES LAS HERRAMIENTAS DE PROTECCIÓN DEL TIEMPO DE NO TRABAJO?

Pese al transcurso de los años y a la consolidación de nuestra disciplina, el tiempo de trabajo, al igual que en los albores de aquélla, se erige nuevamente, bien adentrado el siglo XXI, en una de las grandes cuestiones laborales del momento. Mercado y clientes exigen, hoy por hoy, una atención inmediata que las TICs ponen a su alcance. A través de estas, en efecto, empresas y, consecuentemente, trabajadores se hallan en disposición, respectivamente, de prestar servicios y de trabajar desde cualquier lugar y a cualquier hora. El impacto en la variable tiempo

³² Molina Navarrete, C., “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación...”, op. cit. p. 282.

³³ Iguartua Miró, M. T., “El derecho a la desconexión...”, op. cit., p. 74.

de trabajo es cuantitativo –habida cuenta la prolongación, recorte o fragmentación de las jornadas propiciadas-, pero también cualitativo –al proyectarse los nuevos tiempos de trabajo sobre periodos, diarios o semanales, hasta el momento tradicionalmente dedicados al descanso-, diversificándose los modos de organización de los tiempos de trabajo³⁴. En el nuevo contexto, por consiguiente, el Derecho de Trabajo, en su labor de acompañamiento de las revoluciones tecnológicas, ha de perseguir que las herramientas telemáticas no impliquen una constante o desmesurada puesta a disposición del trabajador, sujeto, vía TICs y sin correlativa compensación, a una permanente dependencia telemática.

Desde una perspectiva jurídico-laboral, la frontera entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso, antaño marcada por la separación y alejamiento físicos del trabajador de su centro de trabajo, se desdibuja. En el caso de trabajadores sujetos a una alta disponibilidad, el criterio clásico de identificación del tiempo de trabajo efectivo con aquél en que el trabajador se halla en su puesto de trabajo –art. 34.5 ET- resulta insuficiente, pues no garantiza el respeto de los derechos de descanso –ni, por consiguiente, una protección efectiva de su seguridad y salud-, y amenaza con romper la conmutatividad del contrato, ahora más gravoso para el trabajador.

Ante el reto de la conjugación de variables antagónicas –por un lado, la atención inmediata de la demanda de bienes y servicios y la alta disponibilidad de los trabajadores y, por otro lado, la limitación de la jornada, la salvaguarda de los descansos y la protección de la salud de los trabajadores-, la jurisprudencia del TJUE, con todo, demuestra cierta capacidad de respuesta. Debe así repararse, en primer término, en la elasticidad y adaptabilidad de las categorías “tiempo de trabajo” y “tiempo de descanso”: aún sin contemplarse categorías intermedias, ambos conceptos se hallan, en efecto, en proceso de evolución. Los elementos identificativos clásicos –la efectiva prestación de servicios (elemento funcional) en el lugar de trabajo (elemento locativo)-, en ocasiones revelados en exceso rígidos, se hallan en retroceso, ganando protagonismo un factor más elástico y acorde a los nuevos modos de prestación de servicios: la situación de puesta a disposición del trabajador para ejecutar, a demanda del empleador y bajo sus órdenes, la tarea o función pactada³⁵, circunstancia, por cierto, consustancial al trabajo por cuenta ajena y dependiente. Tal construcción, en efecto, tal vez permita dar cabida a aquellos tramos temporales, en que, aún sin configurarse formalmente como guardias de localización, el trabajador se halla presto a atender los requerimientos de su empleador, inclusive a distancia –telefónicamente o, como

³⁴ Casas Baamonde, M. E., “Distribución irregular de la jornada, flexibilidad del tiempo de trabajo y tiempo de vida personal y familiar”, REVISTA JURÍDICA DE LA UNIVERSIDAD DE LEÓN, 4/2017, p. 5.

³⁵ *Vid.*, en dicho sentido, STS de 19 de noviembre de 2019 (Rec. núm. 1249/2017).

es cada vez más frecuente, telemáticamente-. Atendiendo al grado de restricción de la libertad del trabajador para disponer de su tiempo –para atender responsabilidades familiares o personales o para descansar-, tales tramos de disponibilidad o conexión, o bien serán tiempo de descanso –sin perjuicio de la configuración como tiempo de trabajo y de la consiguiente remuneración de la efectiva prestación de servicios desempeñada-, o bien serán tiempo de trabajo –con las consiguientes implicaciones en términos de reformulación de descansos mínimos, así como de carácter retributivo-.

Otra alternativa, ante la complejidad de la construcción, tal vez determinante de una huida del Derecho del Trabajo –hacia el trabajo autónomo, en ocasiones de modo fraudulento-, pasa, según algunos autores, por la implementación de fórmulas intermedias, superando la concepción binaria trabajo/descanso: en concreto, “tiempos de presencia digital”, objeto de cierta compensación económica³⁶. Y es que, tal vez, efectivamente, proceda ampliar la concepción misma de presencia, abarcando esta la tradicional presencia física y, asimismo, una suerte de presencia digital o virtual. Ambas, con todo, deben, a nuestro entender, estimarse constitutivas de tiempo de trabajo y consiguientemente retribuirse –eso sí, no necesariamente de igual modo o en igual cuantía-.

Y deben reseñarse así mismo las limitaciones de las herramientas de control y garantía de tiempos de trabajo y de descanso: respectivamente, el registro de jornada y el derecho a la desconexión digital. Si bien deben, con carácter general, valorarse positivamente al encarar, respectivamente, la contención del tiempo de trabajo y procurar el blindaje de descansos –tal construcción articulada es en sí mismo reseñable-, las lagunas son aún muy notables. Señaladamente en contextos marcados por el recurso a las TICs, la eficacia y fiabilidad de los registros resultan muy comprometidas. Y no pueden obviarse las notables carencias en que incurre la regulación interna del derecho a la desconexión digital, cuyos posibles contenidos o materializaciones prácticas no desvela el legislador.

Por todo ello, parece necesario emprender la regulación de los nuevos tiempos de trabajo, todos ellos ya temporalmente flexibles, pero en gran medida desprotegidos habida cuenta la pervivencia de construcciones arraigadas a conceptos en muchas circunstancias obsoletos –la presencia física del trabajador, el lugar y puesto de trabajo- y, por consiguiente, ya muy alejadas de los nuevos modos de producción y prestación de servicios. Para ello, intervenciones puntuales –implementando la obligación de registro de la jornada diaria o el derecho a la desconexión digital- se revelan insuficientes. Los intereses en juego, sin duda, exigen una profunda y pausada reflexión en la materia, que aboque a una reforma integral y coherente del tiempo de trabajo, de manera señalada

³⁶ Lahera Forteza, J., “Tiempo de trabajo efectivo europeo”, op. cit., p. 3.

de los mecanismos de flexibilización de aquél –ya respondan a las necesidades empresariales de adaptación a las demandas del mercado (horas extraordinarias, distribución irregular, acumulación de descansos...), ya persigan, a instancia del trabajador, la armonización de facetas profesionales y personales-, procurando equilibrar los intereses de las partes. De ello pende, en primer término, la salud misma del trabajador, muy comprometida por los riesgos psicosociales vinculados a la hiper-flexibilidad, a menudo consecuencia del recurso intensivo a las TICs. Se opera, de este modo y desde otra perspectiva, una presión a la baja en las condiciones de trabajo: de manera señalada, en dos de ellas de especial relevancia, el tiempo de trabajo y el consiguiente salario vinculado al mismo. Roto el equilibrio del contrato, la calidad misma del empleo es otra de las trascendentes variables implicadas en el debate. A la postre, pues, de lo que se trata es de frenar un potente factor de precarización de las relaciones laborales. Por otro lado, habida cuenta la natural dedicación del tiempo de no trabajo a la atención de responsabilidades familiares y de cuidado, el incremento de jornadas y la intromisión del empresario en tiempos de descanso producen el correlativo impacto negativo en los derechos de conciliación, corresponsabilidad e igualdad entre mujeres y hombres. Derechos, conviene advertirlo más comprometidos si cabe en el caso de fórmulas de trabajo flexibles sustentadas en el recurso a las nuevas tecnologías –de modo paradigmático, el teletrabajo-, enfocadas ya por Ley –art. 34.8 ET- a la conjugación de las facetas personales y profesionales.

LA DELIMITACIÓN DEL DERECHO A LA INTIMIDAD DE LOS TRABAJADORES EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DIGITALES*

ANTONIO ÁLVAREZ DEL CUVILLO

Profesor Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Cádiz

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: derecho a la intimidad, secreto de las comunicaciones, poder de vigilancia del empresario, nuevas tecnologías y Derecho del Trabajo

Este trabajo parte de la necesidad de reconfigurar el marco teórico relativo a la delimitación del ámbito de afectación del derecho a la intimidad para garantizar el valor de la dignidad humana en el contexto actual, en el que gran parte de las interacciones sociales – personales y profesionales- se llevan a cabo en “escenarios digitales”. En estos nuevos ámbitos, los mecanismos tradicionales de delimitación de la “privacidad” devienen ineficaces, porque normalmente se sustentan sobre metáforas espaciales o sobre delimitaciones temporales o materiales que se diluyen en el mundo digital. Para afrontar esta complejidad se hace necesario recomponer la noción de “expectativas razonables de privacidad”, que en la actualidad se encuentra distorsionada por una aplicación excesivamente restrictiva en los escenarios digitales.

ABSTRACT

KEYWORDS: right to privacy, secrecy of communications, workplace monitoring and surveillance, Labour Law and new information technologies

This paper aims to redefine the theoretical framework regarding the determination of the scope of the right to privacy in order to ensure human dignity in the modern context. The traditional mechanisms for determining the scope of ‘privacy’ are usually based on spatial metaphors, time segmentation or physical barriers. However, nowadays, great part of social interaction take place in ‘digital places’, where these mechanisms lose their effectiveness. To face this complexity, it is necessary to recompose the notion of ‘reasonable expectative of privacy’, which is usually distorted by a restrictive approach when applied to ‘digital workplaces’.

* Este trabajo se ha realizado en el contexto del grupo de investigación DER2017-83488-C4-1-R “Los derechos fundamentales ante las transformaciones laborales en la nueva economía”.

ÍNDICE

1. EL DERECHO A LA INTIMIDAD EN EL SIGLO XXI
2. LA RELATIVIZACIÓN DE LAS FRONTERAS CLÁSICAS EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DIGITALES
3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS “EXPECTATIVAS RAZONABLES DE PRIVACIDAD” Y LAS DEFICIENCIAS DE SU APLICACIÓN
4. LA IRRUPCIÓN DE LA LÓGICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS
5. CONCLUSIONES

1. EL CONTEXTO SOCIAL DEL DERECHO A LA INTIMIDAD

En sentido estricto, los Derechos Humanos no son “universales”; ciertamente, todos ellos tienen como fundamento último el valor universal –aunque no universalmente reconocido- de la dignidad humana y una serie de intereses humanos básicos permanentes. Sin embargo, la formulación concreta de los derechos y su contenido solo tienen sentido en un contexto histórico particular, caracterizado por determinadas condiciones y circunstancias económicas, tecnológicas, sociales, culturales y políticas. Así, por ejemplo, el derecho a la seguridad social (art. 22 de la Declaración Universal) o a las vacaciones pagadas (art. 24 de la Declaración Universal) solo tienen sentido en una economía capitalista y el derecho al recurso efectivo ante los tribunales competentes (art. 8 de la Declaración Universal) requiere que exista un marco institucional determinado; estos derechos no podrían aplicarse estrictamente a una sociedad prehistórica de cazadores-recolectores aunque, por supuesto, la población de estas sociedades compartía los intereses humanos básicos que subyacen a la regulación moderna, como son las necesidades de seguridad, descanso y protección frente al poder arbitrario.

En particular, aunque indudablemente existen algunos precedentes, podría decirse que el derecho a la intimidad “nace” en 1890 con un artículo de Samuel D. Warren y Louis D. Brandeis en la *Harvard Law Review*¹. En este texto, los autores argumentan que la protección que el Derecho atribuye a las personas y a su propiedad debe concretarse de manera distinta en cada momento histórico y que, en este caso concreto, los cambios tecnológicos y económicos exigen la configuración de un nuevo derecho “a la privacidad”². Resulta destacable que los

¹ Warren, S.D, Brandeis, L.D., *Right to Privacy*, Harvard Law Review, Vol. 4, nº 5, 1890, pp. 193-220.

² “Recent inventions and business methods call attention to the next step which must be taken for the protection of the person, and for securing to the individual that Judge Cooley calls the right ‘to be let alone’. Instantaneous photographs and newspaper enterprise have invaded the sacred precincts of private and domestic life; and numerous mechanical devices threaten to make good the prediction that what is whispered in the closet shall be proclaimed from the house-tops”. *Ibid.* p. 195.

factores tecnológicos y económicos que producían alarma a Warren y Brandeis a finales del siglo XIX –la posibilidad de tomar fotografías “instantáneas” y la multiplicación de las posibilidades de propagación de la información- no solo siguen estando presentes, sino que, de hecho, han crecido de manera exponencial. No cabe ninguna duda de que el “derecho a la intimidad” sigue siendo necesario para salvaguardar la dignidad humana, e incluso cabría decir que es más importante que nunca; la cuestión es determinar hasta qué punto su contenido y límites deben interpretarse de manera diferente, para responder adecuadamente a la nueva realidad producida por los cambios tecnológicos, económicos y sociales y, en concreto, por la llamada “economía digital”.

La “intimidad” es un concepto abstracto cuyo ámbito se delimita continuamente en una permanente interacción entre las necesidades de cada individuo por un lado y, por otro lado, su reconocimiento por parte de la sociedad y del Derecho. Esta delimitación cotidiana se lleva a cabo básicamente a través de una serie de operaciones culturales de segmentación del espacio, del tiempo, de la materia y de las actividades humanas que distinguen “lo privado” de lo “público”. Casi invariablemente, estas operaciones se articulan a través de metáforas basadas en referencias espaciales o geométricas (“espacios”, “esferas”, “zonas”, “ámbitos”, “perímetros”, etc.) que permiten atribuir la cualidad de “privacidad” a determinadas actividades, personas y objetos, reconociendo que todos ellos mantienen una vinculación especial con el sujeto de derechos y considerando que estos ámbitos deben quedar relativamente libres de la injerencia de “terceros” a los que no se haya permitido el “acceso”. En este contexto, el TC español define la intimidad como un “ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás, necesario- según las pautas de nuestra cultura- para mantener una calidad mínima de la vida humana” (STC 231/1988).

A primera vista, podría parecer que el trabajo asalariado y la intimidad son conceptos antagónicos en la medida en que el primero se identifica como el prototipo clásico de la “vida pública”, por contraposición a la “vida privada” –personal y familiar-, que con frecuencia se relaciona precisamente con las actividades que se desarrollan fuera del trabajo. Ciertamente, se asume, como regla general, que el empresario tiene la potestad de controlar la actividad de los trabajadores a su servicio en el tiempo y en el lugar de trabajo, mientras que, por el contrario, se considera no puede inmiscuirse en la “vida privada” del trabajador, en su tiempo de descanso o en su domicilio particular. Estos poderes de vigilancia y control del empresario -circunscritos al ámbito laboral- se fundamentan en el contrato de trabajo, a través del cual los asalariados se desprenden de su fuerza de trabajo para ponerla a disposición del empleador durante un tiempo determinado. El problema es que esta cesión es, de algún modo ficticia, porque la fuerza de trabajo no puede, en realidad, separarse de la persona, en tanto que el trabajo humano no es

otra cosa que la actividad humana, es decir, el ser humano mismo, contemplado desde una perspectiva dinámica³. Por ello, en el ámbito laboral, “florece” inexorablemente determinados “ámbitos de intimidad” que es necesario proteger y, de hecho, esta circunstancia es precisamente la que está en la base de la división entre el espacio privado y el espacio profesional. En efecto, el hecho de que la vida humana no esté, en realidad, fragmentada en compartimentos estancos es precisamente el motivo que explica la necesidad de separar mentalmente estas esferas.

Por consiguiente, también en el terreno laboral es necesario hacer operaciones culturales o simbólicas que permitan delimitar determinados “ámbitos” que resultan relevantes desde la perspectiva del derecho a la intimidad. En los espacios físicos –por contraposición a lo que se verá respecto a los escenarios digitales–, las zonas privadas están configuradas normalmente a través de fronteras materiales, que permiten distinguir con cierta claridad entre los ámbitos de intimidad y aquellos otros que se consideran “públicos”: así, por ejemplo, el sobre cerrado –que despliega la aplicación de la garantía específica del secreto de las comunicaciones– la atribución de un despacho individual cuya puerta se cierra con llave, el uso de un escritorio personal, la taquilla del trabajador, los aseos, los lugares de esparcimiento y descanso de los trabajadores, etc., demarcan un espacio propio para el trabajador que ha surgido incluso dentro de los límites de la propiedad del empresario.

Ahora bien, debe tenerse en cuenta que esta delimitación previa del ámbito de afectación del “derecho a la intimidad” no implica, en principio, que este espacio sea absolutamente inaccesible. En efecto, el derecho de intimidad no es una “regla” taxativa –es decir, un mandato que deba imponerse sin excepción, como podría ser la prohibición de la tortura, sino un “principio de optimización”, que debe garantizarse “en la mayor medida que sea posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”⁴. Esto implica que, una vez identificado el ámbito merecedor de protección, en la mayoría de los casos debe llevarse a cabo una ponderación con otros bienes e intereses constitucionalmente protegidos⁵. En

³ “[...] la fuerza de trabajo en acción, el trabajo mismo, es la propia actividad vital del obrero, la manifestación misma de su vida”, Marx, K., *Trabajo asalariado y capital*, 1849, Versión electrónica en <https://www.marxists.org/espanol/m-e/1840s/49-trab2.htm>

⁴ Seguimos aquí la definición de Alexy, R. [trad. al castellano de Ernesto Garzón Valdés], *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993 [publicado originariamente en alemán en 1986], p. 86.

⁵ Álvarez Alonso, D., *Derechos fundamentales de la persona y obligaciones contractuales del trabajador*, Tesis doctoral inédita, Universidad de Oviedo, pp. 348-355; en el mismo sentido, Álvarez Alonso, D., “Modulación laboral de los derechos fundamentales, ponderación y principio de proporcionalidad: ¿un paradigma en retroceso?”, Comunicación presentada al XXIV Congreso Nacional de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, en *Los derechos fundamentales ines-*

todo caso, como veremos a continuación, el desarrollo de relaciones personales y profesionales en escenarios “virtuales” o “digitales” afecta particularmente a la primera fase de delimitación *a priori* del ámbito personal protegido por el derecho a la intimidad.

2. LA RELATIVIZACIÓN DE LAS FRONTERAS CLÁSICAS EN LOS NUEVOS ESCENARIOS DIGITALES

La generalización masiva del uso de Internet -particularmente, pero no exclusivamente, en los países más desarrollados- a través de todo tipo de dispositivos y aplicaciones ha implicado cambios profundos en los modos de vida y en las formas de interacción social. Una parte muy importante de la vida de las personas se desenvuelve en “escenarios digitales” o “virtuales” en los que se desarrollan todo tipo de relaciones sociales (económicas, profesionales, afectivas, sexuales, lúdicas, de ayuda mutua, de transmisión de conocimiento, etc.) En estos nuevos escenarios se diluyen las divisiones o segmentaciones clásicas del tiempo, del espacio y de los objetos materiales que la cultura ha construido⁶, afectando a todos los campos de la vida humana y, muy particularmente, al ámbito laboral.

En primer lugar, se difumina notablemente la distinción “clásica” entre “tiempo de trabajo” y “tiempo libre”, porque muchos trabajadores, a través de los escenarios digitales desarrollan interacciones sociales no profesionales durante el tiempo de trabajo, así como tareas profesionales durante su tiempo libre⁷; esto provoca problemas tanto en lo que refiere al control del trabajo realizado o de la actividad profesionalmente relevante como a la efectividad de los derechos laborales relativos a la jornada y a su distribución, pero, en lo relativo al tema que nos ocupa, supone una mayor dificultad en la distinción entre actividades

pecíficos en la relación laboral y en materia de protección social, Ed. Cinca, 2014 (CD con las comunicaciones que acompaña al libro, p. 15 del pdf).

⁶Castells, M., *La era de la información. Vol. 1. La sociedad red*, Alianza Editorial, 2015 (publicado originariamente en 1996), hace referencia al “espacio de los flujos”, en el que los lugares no existen en sí mismos, sino que sus posiciones se definen por los intercambios de flujos en la red (pp. 488 y ss y, en particular, p. 490); también menciona un “tiempo atemporal” que pertenece al “espacio de los flujos” (pp. 507-547 y, en particular, p. 545), que pretende trascender el tiempo biológico poniendo el foco tanto en lo instantáneo como en lo eterno (y que implica, en la práctica, una fuerte tensión contra el tiempo). Por otra parte, Gotved, S., “Time and space in cyber social reality”, *New Media Society*, Vol. 8 (3), 2006, señala que, en la comunicación llevada a cabo a través de ordenadores, la espacialidad es una cuestión de imaginación (p. 477), puesto que se utilizan diferentes tipos de representaciones para generar un sentido del espacio a través del discurso (p. 479).

⁷Tewes, E.J., “Privatesphere: Can Privacy Laws Adequately Protect Employees Amidst the Complexities of the Modern Employment Relationship?”, *Santa Clara Law Review*, Vol. 57, nº1, pp. 288-289, 292, 296, 298.

profesionales y no profesionales. En segundo lugar, este proceso implica también una relativización del “espacio de trabajo”, en la medida en que, en muchos casos, determinados trabajadores realizan parte de sus funciones productivas –o incluso la totalidad de sus tareas- en su domicilio o en otros lugares físicos, accediendo a “escenarios laborales digitales” a través de dispositivos electrónicos y, en sentido contrario, también porque a veces los trabajadores se evaden mentalmente del lugar de trabajo comunicándose con otras personas a través de la red con finalidades puramente personales y no profesionales. En tercer lugar, se difumina la importancia de la propiedad de los dispositivos, en tanto que los trabajadores pueden llevar a cabo prestaciones laborales a través de dispositivos de su propiedad y, al mismo tiempo, desarrollar interacciones no profesionales a través de los dispositivos de la empresa. Por otra parte, la propiedad de los dispositivos se convierte en un factor más que interacciona con la propiedad de los programas, las aplicaciones o los “dominios” dentro de Internet. Así, puede utilizarse un dispositivo propio para acceder a un escenario virtual propiedad de la empresa y, también al contrario, puede utilizarse un dispositivo de la empresa para acceder a un espacio digital de propiedad ajena, que a su vez admite tanto usos personales como profesionales.

En este contexto, la determinación del ámbito de afectación de la intimidad frente a conductas “intrusivas” del empresario implica necesariamente la consideración de una complejidad de factores. En este contexto, los órganos judiciales han acudido en muchos casos a la noción jurisprudencial de “expectativas razonables de privacidad” como criterio de delimitación del ámbito de la intimidad –o del secreto de las comunicaciones- en un mundo cada vez más “líquido”, en el que las barreras materiales, espaciales y temporales tienden a diluirse.

3. LA CONSTRUCCIÓN JURISPRUDENCIAL DE LAS “EXPECTATIVAS RAZONABLES DE PRIVACIDAD” Y LAS DEFICIENCIAS DE SU APLICACIÓN

La noción de las “expectativas razonables de privacidad” aparece por primera vez en la jurisprudencia del Tribunal Supremo norteamericano y, concretamente, en la opinión del juez Harlan en la sentencia *Katz v. Estados Unidos*⁸. El caso se refiere a la consideración de si las escuchas policiales relativas a conversaciones mantenidas en una cabina telefónica, efectuadas a través de un dispositivo electrónico instalado fuera de la cabina, resultaban o no contrarias a la Cuarta Enmienda de la Constitución norteamericana. El problema fundamental en este caso era que la literalidad de esta disposición parece referirse a la protección

⁸ *Katz v. United States*, 389 US 347 (1967).

de determinados espacios privados o propiedades del trabajador⁹, mientras que una cabina telefónica es claramente un “espacio público” (el Gobierno incluso insistía en el hecho de que, al ser parcialmente de cristal, el sujeto en cuestión podía ser observado desde fuera) y, en todo caso, ni siquiera había sido necesario que el dispositivo de escucha se hubiera instalado dentro de la cabina o utilizara la red telefónica (en relación con el precedente de la “penetración” que se había planteado en el caso *Goldman v. Estados Unidos*). El razonamiento principal de la sentencia *Katz* resalta que la discusión entre las partes está excesivamente focalizada en la cuestión de si la cabina puede ser o no un espacio protegido por la Constitución estadounidense; entiende el tribunal que el texto controvertido no protege lugares, sino personas y que, cuando una persona utiliza una cabina telefónica, está asumiendo que la conversación es privada. La sentencia refuerza esta idea haciendo referencias simbólicas a fronteras espaciales (“cerrar la puerta”) y proporcionando imágenes metafóricas que aluden a la propiedad, o, en sentido más estricto, a la posesión, dado que se refieren a la apropiación transitoria y legítima del objeto (“ocupar la cabina” y “pagar la cantidad que permite llamar”)¹⁰. La opinión particular del juez Harlan –concordante con la decisión de la sentencia–, hace un mayor esfuerzo de teorización, con objeto de determinar de manera más general cuáles son los presupuestos que permiten esta atribución. Así, señala que, para que entre en juego la protección constitucional es necesario que concurra una expectativa subjetiva de privacidad que esté socialmente reconocida y que, por tanto, pueda calificarse en términos intersubjetivos como “razonable”. Esta tesis se traslada a la jurisprudencia posterior¹¹ y se convierte en el criterio básico para la delimitación del espacio a la intimidad en una sociedad en la que las tecnologías de comunicación empezaban a diluir la importancia de las barreras materiales.

La doctrina de las expectativas razonables de privacidad se introduce en Europa a partir de la jurisprudencia del TEDH en la sentencia *Halford v. Reino Unido*¹². El caso se refiere a la interceptación de comunicaciones telefónicas de una oficial de policía que tenía dos teléfonos (uno para uso profesional y otro para uso privado) en un despacho particular. El Tribunal aprecia que no se acredita que la trabajadora hubiera sido advertida previamente de que estas comunicaciones

⁹ “*The right of the people to be secure in their persons, houses, papers, and effects, against unreasonable searches and seizures, shall not be violated [...]*”.

¹⁰ “One who occupies it, shuts the door behind him, and pays the toll that permits him to place a call is surely entitled to assume that the words he utters into the mouthpiece will not be broadcast to the world.”

¹¹ *Smith v. Maryland*, 442 US, 735 (1979). En este caso, se consideró que el registro de las llamadas realizadas y de los números de teléfono de destino no afectaba a las expectativas de privacidad, porque no abarcaba el contenido de las conversaciones.

¹² STEDH de 25-6-1997, *Halford v. United Kingdom*.

podían ser escuchadas por otras personas y, por tanto, concluyó que existían “expectativas razonables de privacidad”. Diez años después, el TEDH insiste en la necesidad de comunicación previa en el caso *Copland v. Reino Unido*¹³. La sentencia se refiere a la monitorización del flujo de comunicación (teléfono, e-mail y uso de Internet) de una trabajadora, supuestamente para comprobar si estaba haciendo un uso excesivo de los medios de la escuela educativa en la que trabajaba y, de cualquier modo, sin acceder al contenido de las comunicaciones. En este caso, el Tribunal también consideró que existía afectación del derecho a la intimidad, puesto que la trabajadora no había recibido ningún aviso previo de que el flujo de sus comunicaciones podía ser observado por la empresa (Apdo. 42) y que no existía ninguna regulación al respecto por parte de la empresa (Apdo. 15).

Resulta destacable que, aunque la noción de “expectativas razonables de privacidad” tiene inicialmente un carácter expansivo de los contenidos tradicionales del derecho a la intimidad, puesto que permite configurar espacios “privados” en lugares inicialmente considerados como “públicos”, en su traslación al ámbito laboral y, en particular, a los nuevos escenarios digitales, ha ido asumiendo progresivamente perfiles restrictivos del derecho –tanto en Estados Unidos como en Europa–, por cuanto que los tribunales tienden a dar por supuesto que el empresario tiene una libertad absoluta para determinar con carácter previo las condiciones de ejercicio de la intimidad en la empresa¹⁴. En efecto, aunque en ocasiones se termina condenando al empleador, esto suele hacerse exclusivamente cuando este no ha definido con claridad una política de uso personal de sus dispositivos o aplicaciones y, asimismo, ha tolerado este uso privado de sus medios tecnológicos.

Ciertamente, el derecho de propiedad y la libertad de empresa otorgan al empresario un amplio margen de libertad para condicionar el uso de sus dispositivos. Sin embargo, esta potestad no puede ser ilimitada, como tampoco lo es en los espacios físicos o materiales. Recordemos que, en el espacio físico de la empresa, las fronteras materiales –puertas, cerraduras, sobres cerrados, etc.–, la atribución de determinados usos a los espacios (aseos, taquillas, lugares de esparcimiento...) y el contexto de determinadas situaciones sociales –como las conversaciones informales de carácter privado realizadas por los trabajadores “cara a cara”–, determinan el “florecimiento” de determinados “oasis” de

¹³ STEDH de 3-4-2007, *Copland v. United Kingdom*.

¹⁴ Jervis, C., “*Barbulescu v. Romania*: Why There is no Room for Complacency When it Comes to Privacy Rights in the Workplace”, *Industrial Law Journal*, Vol. 47, n° 3, 2018, pp. 442-443 destaca que el concepto surgió en Estados Unidos para superar las concepciones espaciales de la intimidad, pero que su aplicación por el TEDH ha llevado, paradójicamente, al resultado opuesto; también señala que los órganos judiciales ingleses tienen dificultades para superar esta concepción “espacial” de la intimidad (p. 444, nota 29). Respecto a esta tendencia restrictiva en el caso estadounidense, *Vid.*, Tewes, E.J., *Op. Cit.*, *per totum* y, en particular, pp. 288, 289, 301, 309-310.

intimidad dentro de los límites físicos de la propiedad del empresario, al margen de su voluntad unilateral. Sin embargo, en los escenarios digitales, la perspectiva de los tribunales es mucho más restrictiva.

Probablemente, esto se debe a una comprensión incompleta del modo en el que las relaciones sociales cotidianas más básicas se han “incrustado” en los nuevos espacios digitales. Así, por ejemplo, es fácil llegar a la conclusión de que, como regla general, el empresario no puede prohibir radicalmente cualquier tipo de conversación extralaboral –por pequeña que sea– entre los compañeros de trabajo y en el lugar y tiempo de trabajo, puesto que ello supondría una limitación excesiva de una necesidad humana básica de interacción social; dicha prohibición habría de estar justificada en la concurrencia de circunstancias justificativas y debería aplicarse con parámetros de proporcionalidad. Sin embargo, los tribunales a menudo parecen suponer que la prohibición absoluta de interacción ajena al trabajo en escenarios digitales que son de la titularidad de la empresa, se puede fundamentar únicamente en la voluntad unilateral del empresario, sin ningún tipo de exigencia de proporcionalidad.

Por otra parte, en muchas resoluciones judiciales también se asume que, cuando el trabajador actúa de manera antijurídica, en contra de las reglas de uso establecidas por la empresa, no existe ninguna expectativa de privacidad, argumento que resulta insostenible, si se plantea sin matices; así, por ejemplo, el hecho de que el empresario haya prohibido que los trabajadores reciban paquetes privados en el centro de trabajo no le permite acceder sin el consentimiento del trabajador al contenido de un paquete de carácter personal que este haya intentado enviar desde las instalaciones de la empresa.

En el ámbito del ordenamiento jurídico español, la sala de lo Social del Tribunal Supremo ha asumido esta lectura relativamente restrictiva de las “expectativas de privacidad” en su conocida sentencia de 26 de septiembre de 2007¹⁵. Ciertamente, en este caso, la sentencia se dictó en favor del trabajador, pero esto se debía a la circunstancia de que la empresa no había establecido previamente unas reglas de uso de sus dispositivos y aplicaciones. Si se observa con detenimiento el razonamiento de la sentencia (Fundamento jurídico nº 4), se aprecia con claridad que, de un lado, se admiten prohibiciones absolutas de uso extralaboral de internet en la empresa y, de otro lado, se afirma que no existen expectativas de privacidad en los casos en los que el trabajador contravenga estas prohibiciones.

En todo caso, la lectura restrictiva del derecho a la intimidad en los espacios digitales de carácter laboral alcanza un grado extremo en la doctrina del Tribunal Constitucional español en sus sentencias 241/2012 y 170/2013. La STC 241/2012 se refiere a la aprehensión por parte de la empresa de la comunicación privada

¹⁵ STS (Social) de 26-9-2007 (RCUD nº 966/2006), ECLI: ES:TS:2007:6128.

mantenida por dos trabajadoras a través de un programa de mensajería instantánea que incluía comentarios críticos, despectivos e insultantes relativos a compañeros, superiores y clientes; el TC considera que no hubo vulneración del derecho a la intimidad ni de la garantía del secreto de las comunicaciones, puesto que las trabajadoras habían instalado el programa de mensajería en un ordenador de uso común al que se accedía sin clave y contraviniendo una prohibición expresa de la empresa. Por su parte, la STC 170/2013 se refiere a un supuesto en el que la empresa accedió al contenido de los correos electrónicos del trabajador y comprobó que este había pasado información sensible a otra empresa de la competencia; en este caso, el Tribunal determina que tampoco se había infringido ni el secreto de las comunicaciones ni el derecho a la intimidad, puesto que el convenio colectivo sectorial estatal prohibía el uso extralaboral de las herramientas informáticas de la empresa y se entiende que la monitorización del uso del correo electrónico era necesaria para detectar las infracciones a esta prohibición generalizada.

Más allá de la resolución final respecto a los casos particulares –que puede ser más o menos discutible- el principal problema de estas sentencias desde la perspectiva que nos ocupa es que en ellas se configura una concepción de las “expectativas razonables de confidencialidad” notablemente alejada de la realidad de la vida social actual, que, si se aplicara de manera consistente, terminaría diluyendo casi totalmente las posibilidades de la protección de la intimidad en los espacios digitales o virtuales cuando se accede a ellos a través de dispositivos de la empresa. Esta concepción desmesuradamente restrictiva se sostiene sobre dos errores teóricos íntimamente relacionados entre sí: de un lado, la confusión entre el ámbito de afectación del derecho a la intimidad y el de la garantía del secreto de las comunicaciones; de otro lado, la falta de distinción entre la delimitación del ámbito de afectación del derecho y su eventual ponderación con otros intereses legítimos.

A primera vista, la aplicación de esta doctrina jurisprudencial al secreto de las comunicaciones parece razonable. Por una parte, no cabe duda de que el flujo de las comunicaciones cerradas se protege de manera específica porque implica, precisamente, por su propia naturaleza, una expectativa de privacidad; por otra parte, como ya se ha visto, este concepto aparece vinculado en sus orígenes –en la doctrina del TS estadounidense y del TEDH- a la interceptación de comunicaciones privadas. Sin embargo, debe tenerse en cuenta que, en el ordenamiento jurídico español, el “secreto de las comunicaciones” constituye una garantía específica que despliega una protección mucho más intensa que la que resulta de la mera afectación del derecho a la intimidad, por lo que los requisitos de acceso a una u otra forma de tutela no pueden equipararse.

Como se ha señalado anteriormente, el derecho de intimidad es un “principio de optimización”, que debe ponderarse con otros bienes e intereses

constitucionalmente protegidos. Así pues, la “expectativa de privacidad” es un criterio relativamente amplio, puesto que determina simplemente la relevancia o afectación inicial del derecho, pero no impone una prohibición absoluta de injerencia en el espacio así delimitado. En cambio, el “secreto de las comunicaciones” opera en principio como una “regla” que impone una exclusión absoluta de la posibilidad de acceder a las comunicaciones ajenas, con independencia de cuál sea su contenido o de las razones que justifiquen la intervención, salvo que se cuente con autorización judicial. Ciertamente, en estos casos también se lleva a cabo una cierta ponderación de intereses, pero esta se realiza siempre *ex ante* (antes de la intervención y no a *posteriori*), corresponde en exclusiva al juez y tiene que estar amparada por una norma legal. En el ámbito laboral no existe ninguna previsión que permita al empresario solicitar al juez la intervención de las comunicaciones de los trabajadores a su servicio para controlar el cumplimiento de sus obligaciones laborales; esto solo sería posible para las autoridades públicas en relación con hipotéticas infracciones penales. La intensidad de la protección en este caso hace razonable que el concepto de “comunicaciones cerradas” sea más restringido del de “expectativas de privacidad”, de modo que pueda haber espacios que no están protegidos por la prohibición absoluta de injerencia, pero que sí afectan en alguna medida al contenido del derecho a la intimidad.

Asimismo, debe tenerse en cuenta que el derecho al “secreto de las comunicaciones” está concebido inicialmente frente a los poderes públicos y, en concreto frente a las fuerzas y cuerpos de seguridad del Estado en el desarrollo de sus investigaciones relativas a posibles delitos; además, en estos casos, las comunicaciones investigadas normalmente se refieren a la actividad puramente privada de los particulares, realizada con sus propios medios. La traslación de este derecho al contexto laboral impone determinadas modulaciones a la determinación de las comunicaciones que resultan protegidas, que no se han puesto de manifiesto de manera explícita ni por el Tribunal Constitucional ni por la Sala de lo Social Tribunal Supremo¹⁶. En primer lugar, hay que tomar en consideración que, en muchos casos, la prestación de trabajo se desarrolla precisamente a través de actos de comunicación (así sucede, por ejemplo, en el telemarketing o en los servicios telemáticos de atención al cliente). Con carácter general, estos actos no pueden considerarse comunicaciones “cerradas” y, lógicamente, están sometidos al poder de control del empresario sobre la prestación laboral; no obstante, en ocasiones,

¹⁶ De hecho, en el ámbito del orden jurisdiccional penal, el Tribunal Supremo sostiene que el secreto de las comunicaciones impide acceder sin autorización judicial al contenido del correo electrónico del trabajador, aunque este se ubique en un ordenador propiedad de la empresa que solo puede utilizarse para una finalidad laboral [STS (Penal) de 16-6-2014 (Recurso nº 2229/2013)]. Esto termina generando una conclusión paradójica: es más sencillo que un empresario consulte el correo electrónico de sus empleados para indagar respecto a infracciones menores previstas en un convenio colectivo sectorial a que lo haga la policía investigando acerca de la comisión de conductas delictivas.

incluso en estos espacios de comunicación podrían “brotar” espacios específicos de “privacidad” que merecen algún tipo de protección, por ejemplo, en atención al contenido de la información registrada. En segundo lugar, cabe plantearse si, en el ámbito laboral, la garantía del secreto de las comunicaciones se extiende únicamente a la interceptación de los actos de comunicación, excluyendo los restos de estas comunicaciones no borrados por el trabajador y depositados en dispositivos o servidores de titularidad de la empresa¹⁷ (mensajes de teléfono grabados en un contestador, correos electrónicos archivados en el ordenador, mensajes impresos en papel, cartas abiertas y archivadas, etc.) Seguramente resulta excesivo imponer al empresario una prohibición absoluta de acceder al material depositado en dispositivos o archivos de su propiedad, pero esto no es óbice para que el contenido de la información registrada pueda generar expectativas razonables de privacidad y, por tanto, se encuentre dentro del ámbito de afectación del derecho a la intimidad, aunque no de la garantía del secreto de las comunicaciones.

En las sentencias anteriormente referidas, seguramente el Tribunal Constitucional ha considerado excesivo aplicar la protección absoluta brindada por la garantía del art. 18.3 CE, pero, en lugar de construir una teoría que permita incluir los matices necesarios se ha limitado a asumir una interpretación excesivamente restrictiva de la noción de “expectativas razonables de privacidad”, que termina vaciando de contenido real este concepto. Posteriormente, esta interpretación se proyecta de manera disfuncional sobre la consideración del ámbito de afectación del derecho a la intimidad, llevando así a conclusiones totalmente desconectadas de la realidad de la interacción humana en los escenarios digitales.

Ciertamente, podría argumentarse que, en el supuesto enjuiciado por la STC 241/2012, la conducta de la empresa, además de afectar a la intimidad, vulneró el secreto de las comunicaciones (en este sentido puede consultarse la argumentación del voto particular discrepante formulado por D. Fernando Valdés Dal-Ré). Pero, de cualquier modo, para excluir la aplicación del secreto de las

¹⁷ La doctrina básica del TC sobre este derecho –configurada fuera del ámbito laboral en lo que refiere a las intervenciones policiales– es ambigua en este punto. De un lado, la doctrina repetida por muchas sentencias a partir de la STC 114/1984 establece que la garantía no solo se aplica a la comunicación misma, sino también al conocimiento antijurídico de lo comunicado (y se pone el ejemplo de la apertura de la correspondencia archivada por el destinatario). De otro lado, la STC 70/2002 –y, en cierto modo, la 132/2002– señala que la infracción requiere la interferencia directa en el proceso de comunicación y que no opera cuando este proceso ya se ha consumado, con independencia de que pueda operar en este caso el derecho a la intimidad. En cualquier caso, no parece equiparable que la policía acceda al registro de SMS de un teléfono particular sin autorización judicial a que el empresario pueda entrar en archivos grabados en el disco duro de un ordenador de su titularidad, que provienen de un proceso previo de comunicación que el destinatario no borró; parece más claro que la garantía específica no debe aplicarse al segundo caso.

comunicaciones no era necesario afirmar –contra toda lógica– que dos trabajadoras que intercambian mensajes personales en un programa de mensajería instalado por ellas mismas en un ordenador de la empresa no tenían una expectativa de privacidad que permite determinar la aplicación a priori del derecho a la intimidad, como sucedería también en una conversación privada que tuvieran dentro de las instalaciones de la empresa, que no puede ser, por ejemplo, registrada por el empresario sin ningún tipo de consideración de proporcionalidad. Por otra parte, en el supuesto enjuiciado en la STC 170/2013, entendemos que la empresa había vulnerado claramente el secreto de las comunicaciones y que la argumentación del TC resulta particularmente alejada de la realidad, porque la mera previsión abstracta de una infracción laboral en un convenio sectorial estatal se consideró suficiente como para afirmar que el envío de mensajes a través de una cuenta de correo electrónico personal no constituye una comunicación cerrada. No obstante, incluso aunque las circunstancias hubieran sido otras y se hubiera podido excluir la aplicación de esta garantía específica, ello no permite excluir completamente la posibilidad de que aparezcan expectativas de privacidad.

En otro orden de cosas, como hemos adelantado, la jurisprudencia constitucional confunde la delimitación del ámbito del derecho a la intimidad con su ponderación con otros bienes e intereses legítimos. A mi juicio, en las dos sentencias mencionadas, el TC se ve influido por la preconcepción de que la intervención de la empresa estaba justificada porque la conducta de los trabajadores era antijurídica, tanto en sentido formal (utilizaban medios de la empresa para finalidades extralaborales sin el consentimiento de la empresa) como material (el contenido de la comunicación era jurídicamente reprochable, especialmente en el segundo caso). Esta confusión se aprecia de manera particularmente clara en la STC 170/2013, puesto que en ella se determina al mismo tiempo y en el mismo fundamento de derecho [5. C)], que no hay expectativas de privacidad y que la intromisión del empresario fue proporcionada. Este razonamiento es incoherente, puesto que, si realmente no hay afectación al derecho a la intimidad, no debía haberse entrado en ninguna ponderación (como ciertamente sucede en la STC 241/2012). Desde una perspectiva teórica más consecuente, la hipotética antijuricidad de la conducta del trabajador no afectaría, en realidad, a sus expectativas de privacidad, sino que en todo caso podría determinar que la intervención del empresario en el ámbito de la intimidad del trabajador estuviera justificada por las circunstancias¹⁸.

¹⁸ Jervis, C., *Op. Cit.*, p. 444 (nota 29) critica que la tendencia de los tribunales ingleses a admitir que no existen expectativas de privacidad cuando se alega una conducta criminal.

4. LA IRRUPCIÓN DE LA LÓGICA DE LA PROTECCIÓN DE DATOS

En los últimos tiempos, los avances tecnológicos y los cambios sociales han propiciado la aparición de una nueva perspectiva para la protección de la dignidad de las personas de las injerencias ajenas, que se ha denominado “el derecho a la protección de datos” o “derecho a la autodeterminación informativa”.

No hay consenso en la doctrina respecto a si la garantía de protección de datos personales es una nueva faceta del derecho a la intimidad, o si, por el contrario, se trata de un nuevo derecho fundamental autónomo¹⁹ (que, en el caso español, se fundamentaría en el art. 18.4 CE, además de en el art. 8 CDFUE). A mi juicio, el “derecho de protección de datos” no es otra cosa que un nuevo movimiento expansivo del derecho a la intimidad para adaptarlo al incremento exponencial de las posibilidades de recopilación, tratamiento, análisis y difusión de datos de todo tipo. En el nuevo paradigma tecnológico y social, datos aparentemente inocuos, que *a priori* no tienen un carácter “íntimo” (como, por ejemplo, el domicilio postal), pueden combinarse con muchos otros para obtener un perfil excesivamente detallado de la persona, o bien pueden difundirse de un modo extremo para llegar a cualquier desconocido, provocando así riesgos de lesión de la intimidad o de otros intereses legítimos. En definitiva, la manipulación o distribución masiva de datos personales puede terminar afectando de algún modo a la esfera “íntima” del sujeto incluso aunque estos no tengan a primera vista un carácter sensible. Así pues, la eficacia del derecho de intimidad requiere, además de las garantías habituales, que se permita al sujeto un cierto conocimiento y control sobre el tratamiento de toda la información relativa a su persona.

Esta nueva perspectiva implica que el derecho a la intimidad despliegue efectos en “espacios” –físicos o virtuales- en los que en principio no existirían “expectativas de privacidad”, aunque solo en relación con la captación, tratamiento y difusión de datos personales. Así, por ejemplo, un lugar de trabajo compartido en el que los trabajadores se encuentran bajo supervisión no determina, en sí mismo, que exista una expectativa de privacidad equivalente a la de un despacho particular, un vestuario, un aseo o una taquilla; sin embargo, la captación de imágenes del trabajador en ese contexto concreto a través de videocámaras implica un cierto tratamiento de datos personales y, por tanto debe estar sometido a determinadas limitaciones²⁰. Lo mismo podría decirse de los datos del

¹⁹ Puede seguirse un resumen de este debate en Lanzadera Arencibia, E., *La eficacia del derecho a la intimidad en el entorno digital y su protección. Especial relevancia al Derecho Laboral*. Tesis Doctoral (en acceso abierto), Universidad Autónoma de Madrid, 2017, pp. 139-149.

²⁰ En este sentido, de manera especialmente clara, STEDH *López Ribalda II*, de 17-10-2019, Apdo. 93. Personalmente defendiendo que es necesaria una noción más amplia de las “expectativas de privacidad” que abarque las distintas posibilidades de afectación a la intimidad, si bien el resultado

trabajador que el empresario pudiera obtener de escenarios puramente “virtuales” en los que, en principio el contexto no determinara una especial privacidad. Sin embargo, resulta llamativo que el Tribunal Constitucional español haya asumido inicialmente la perspectiva de la protección de datos para la videovigilancia de los espacios físicos, pero no, al menos en principio, para los escenarios digitales²¹.

En todo caso, el paradigma de la protección de datos se ha venido a aplicar de algún modo a los escenarios virtuales a partir de la sentencia *Barbulescu* del Tribunal Europeo de Derechos Humanos²². El caso se refiere a un trabajador que utilizó para fines personales durante el horario de trabajo una cuenta de mensajería telemática creada para atender necesidades de la empresa, contraviniendo el reglamento de régimen interno que estaba vigente; para demostrar la infracción, la empresa le entregó una transcripción completa de 45 páginas de conversaciones privadas con su hermano y su novia, que, en ocasiones se referían a cuestiones íntimas como la salud y la vida sexual.

El asunto es conocido en principio por la Sección 4ª del Tribunal (*Barbulescu I*); en este caso, el gobierno rumano defendía que el trabajador no tenía expectativas razonables de privacidad, por haber llevado a cabo estas comunicaciones en contra de las ordenes expresas del empresario. El Tribunal se plantea esta cuestión (Apdos. 35-46) y llega finalmente a la conclusión de que existe afectación a la privacidad y a la protección de la correspondencia (Apdo. 45), considerando tanto la perspectiva de la protección de datos como el hecho de que el contenido de las conversaciones era privado, e incluso íntimo; así pues, podemos deducir que entiende que había expectativas de privacidad a pesar de la prohibición empresarial, aunque esto se expone con cierta ambigüedad. No obstante, en último término, termina declarando que la injerencia del empresario estaba justificada, fundamentalmente porque se considera que este había examinado las comunicaciones creyendo que su contenido era exclusivamente profesional y que la medida de vigilancia respondía a un fin legítimo y era proporcionada.

Esta sentencia es revisada por la Gran Sala del TEDH, que termina llegando a la conclusión de que el Estado rumano había vulnerado el art. 8 del CEDH por no haber ponderado suficientemente el respeto a la privacidad y a la correspondencia del demandante con los intereses de la empresa empleadora (Apdo. 144). El Tribunal afirma expresamente (Apdo. 80) que no tiene claro si en este caso

final viene a ser equivalente a la afirmación de que el derecho a la intimidad pueda entrar en juego incluso cuando no hay expectativas de privacidad.

²¹ Goñi Sein, J.L., “La protección de las comunicaciones electrónicas del trabajador: la doctrina del Tribunal de Estrasburgo y la jurisprudencia constitucional”, *Trabajo y Derecho*, nº 40, 2018, p. 14 (del ejemplar electrónico).

²² TEDH (Gran Sala), *Barbulescu II*, de 5-11-2017. La sentencia de la Gran Sala rectifica la previamente dictada por la Sección 4ª del mismo Tribunal (*Barbulescu I*) el 12-1-2016.

existía una expectativa de privacidad –esto se debe a una cierta indeterminación probatoria en lo que refiere a las advertencias previas del empresario-, pero considera que en todo caso existe afectación del derecho a la intimidad, puesto que este incluye el derecho a la “vida privada social” (apartado 70), es decir, la facultad de comunicarse con otras personas para desarrollar relaciones sociales, conformando así su identidad social; la empresa no puede anular completamente este derecho de manera unilateral (apartado 80)²³ y las restricciones tienen que estar justificadas por las circunstancias. Una vez determinada la afectación del derecho, aplica un “test de justificación” (apartado 120) en el que el esquema clásico de la proporcionalidad o ponderación de intereses se combina con la lógica del derecho a la protección de datos²⁴.

En todo caso, el TEDH parece configurar una vía alternativa de acceso al derecho a la intimidad independiente de las “expectativas razonables de privacidad” y relacionada con el derecho a la “vida privada social”, que rompe con la tendencia a considerar que el derecho a la intimidad en los escenarios digitales de carácter laboral depende exclusivamente de la voluntad unilateral del empresario. A mi juicio, el resultado final es correcto, aunque su presentación teórica es inadecuada: el problema es que el TEDH parece seguir asumiendo una interpretación distorsionada del concepto de “expectativas razonables de privacidad” en los espacios virtuales.

Por último, esta nueva perspectiva se ha trasladado de algún modo a la normativa española vigente sobre protección de datos, lo que definitivamente debe implicar cambios respecto a los criterios asentados en la jurisprudencia constitucional. Así, se reconoce de manera expresa que los trabajadores tienen derecho a la intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador (art 87.1 LOPD y 20 bis ET). Ciertamente, se permite al empresario –con la participación de los representantes de los trabajadores- establecer criterios para la utilización de estos dispositivos (art. 87.3 LOPD) e incluso se plantea la posibilidad teórica de que se prohíba totalmente el uso privado de

²³ Vid. Jervis, C., *Op. Cit.*, p. 445; Goñi Sein, J.L., *Op. Cit.*, pp. 8, 14 y 15 (del ejemplar electrónico).

²⁴ a) Información previa tanto de la posibilidad de las medidas como de su aplicación concreta; b) intensidad de la intrusión (distinguiendo entre el hecho de la comunicación y su contenido, así como en función del acceso total o parcial o limitado en el tiempo y en el número de personas al contenido); c) finalidad legítima del empresario, proporcionada al grado de afectación; d) posibilidad o no de responder a esta finalidad con medios menos intrusivos; e) consecuencias sobre el trabajador y adecuación de las medidas; f) garantías suficientes para el trabajador; g) posibilidad de recurrir la decisión empresarial. La STEDH *López Ribalda*, *Cit. Apdos.* 115-116 extiende este test a las medidas de videovigilancia (aunque con matices, ya que reconoce la posibilidad de vigilancia encubierta en determinadas circunstancias); esta sentencia también toma en consideración la intensidad de las “expectativas de privacidad” en el momento de la ponderación de proporcionalidad (Apdo. 125).

estos dispositivos (art. 87.3. párr. 2 LOPD *a sensu contrario*). No obstante, estas restricciones deben ajustarse a los usos sociales y a los derechos reconocidos constitucional y legalmente (art. 87.3 LOPD, párr. 1), de modo que no pueden implicar una anulación del derecho a la “vida privada social” del trabajador. Por otra parte, incluso aunque se hubiera prohibido el uso privado de los medios empresariales, sigue existiendo afectación a la intimidad (*Cfr*: 87.1 LOPD), dado que se indica expresamente que el empresario solo puede examinar el contenido si concurre alguna causa justificada (art. 87.2 LOPD).

5. CONCLUSIONES

Como se ha mostrado en este trabajo, los perfiles del derecho a la intimidad varían históricamente al hilo de los cambios tecnológicos, sociales e institucionales. En este sentido, es necesario reconfigurar este derecho desde un punto de vista teórico para garantizar su eficacia en el contexto actual, caracterizado por la generalización de las interacciones sociales –personales y profesionales- en “escenarios virtuales” disociados del espacio físico, de las barreras materiales y, hasta cierto punto, también del tiempo. En particular, la configuración del derecho a la intimidad en torno a metáforas e imágenes espaciales está provocando una injustificada tendencia de la jurisprudencia a valorar de distinto modo los límites de la intimidad en el espacio digital en comparación con los parámetros utilizados para el espacio físico.

Para reconstruir los perfiles del derecho a la intimidad es necesario diferenciarlo con claridad del secreto a las comunicaciones, que es una garantía específica –particularmente intensa- incorporada al ordenamiento español. Para ello es preciso establecer un marco teórico respecto a las modulaciones que debe sufrir el secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral, posiblemente, distinguiendo entre la comunicación misma y el almacenamiento de su contenido en dispositivos que son propiedad del empresario. La afectación del secreto de las comunicaciones no debe estar condicionada por el concepto de “expectativas de privacidad”, sino más bien por la noción de “comunicación cerrada” que implica una expectativa de privacidad particularmente intensa (aunque no absoluta, porque basta con un “cierre” de carácter simbólico como el que produce un sobre de correo postal). Como consecuencia de esta distinción, tanto en el espacio físico como en los nuevos escenarios digitales, pueden producirse comunicaciones no “cerradas”, pero sobre las que exista una expectativa razonable de privacidad, determinando la afectación del derecho a la intimidad; así sucede, por ejemplo, con las conversaciones personales llevadas a cabo en canales no cerrados de carácter profesional. En estos casos, pueden producirse injerencias del empresario en el contenido del derecho, pero estas deben superar un test de adecuación

y proporcionalidad y cumplir con determinadas garantías relacionadas con el derecho a la autodeterminación informativa.

En este contexto, es necesario recomponer la noción jurisprudencial de “expectativas razonables de privacidad” para impedir que su concurrencia dependa exclusivamente de la voluntad unilateral del empresario de excluir usos personales de los dispositivos de su propiedad. La determinación de si existen o no estas expectativas depende del análisis de todas las circunstancias concurrentes en cada interacción social concreta, teniendo en cuenta los usos sociales generalizados y la necesidad de garantizar mínimamente el derecho a la vida privada social del trabajador. Así pues, la afectación del derecho a la intimidad no depende solamente de la información previa sobre la posibilidad de la supervisión, sino que también puede estar relacionada con el carácter personal de la interacción o con el contenido de la información. Por último, las expectativas de privacidad pueden ser diferentes en función del uso que se haga de la información obtenida; así, por ejemplo, puede ser que un espacio físico o virtual no sea particularmente “privado” –en la medida en que los titulares del poder de dirección pueden acceder directamente a él sin ningún condicionamiento material o simbólico-, pero que, aun así, existan limitaciones respecto a la recopilación sistemática de datos personales del trabajador y al tratamiento que se haga de estos datos.

Por supuesto, en el examen de casos concretos, el dato de que las expectativas de privacidad sean reducidas –pero no inexistentes- o bien el hecho de que el trabajador haya actuado en contra de una prohibición legítima de uso personal de dispositivos digitales del empresario, pueden tomarse en consideración en el test de proporcionalidad posterior, pero estas circunstancias no determinan automáticamente que el derecho a la intimidad no se vea inicialmente afectado por la indagación del empresario.

ECONOMÍA DIGITAL Y RECONOCIMIENTO DEL DERECHO DE HUELGA Y LIBERTAD SINDICAL. NUEVOS DESAFÍOS PARA EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL*

MILENA BOGONI

Profesora Ayudante Doctor de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Castilla-La Mancha

EXTRACTO

PALABRAS CLAVES: Derecho de huelga; nueva economía; constitucionalismo multinivel; Unión Europea

La UE, se configura como una dimensión jurídica peculiar, en la cual, la tutela de los derechos fundamentales se desarrolla en el marco de un definido “constitucionalismo multinivel” que hace que, en el mismo espacio territorial y a la vez, las Constituciones nacionales convivan con instrumentos supranacionales que, desde su propio ámbito de influencia, operan como una única “Carta Magna” compleja y articulada. Siendo así, la libertad sindical y la huelga, temas tradicionalmente anclados a las Constituciones nacionales, se modulan en una dimensión jurídica supranacional en la que el definido “dialogo entre jueces” y la conjunción integrada de los distintos textos podrían representar una oportunidad definitoria interesante, especialmente para categorías de trabajadores que, empelados en empresas de “nueva economía”, se sitúan en un espacio jurídico de difícil tutela y para el cual la construcción de derechos fundamentales tiene que empezar necesariamente cimentando los derechos de dimensión colectiva, es decir, la libertad sindical y el derecho de huelga.

ABSTRACT

KEY WORDS: Right to strike; new economy; multi-level constitutionalism; European Union

The EU is configured as a peculiar legal dimension, in which the protection of fundamental rights is developed within the framework of a defined “multilevel constitutionalism” that makes, in the same territorial space and at the same time, national Constitutions coexist with supranational instruments that, from their own sphere of influence, operate as a single complex and articulated “Magna Carta”. Freedom of association and strike, traditionally anchored to national Constitutions, are modulated in a supranational legal dimension in which the defined “dialogue between judges” and the integrated conjunction of the different texts could represent an interesting defining opportunity. Especially for categories of workers who, employed in companies of “new economy”, are located in a legal space of difficult guardianship and for which the construction of fundamental rights must necessarily begin by cementing the collective dimension, starting with trade union freedom and the right to strike.

* Artículo elaborado en el marco del Proyecto de Investigación “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales” (RTI2018-097917-B-100). Ministerio de Economía y competitividad.

ÍNDICE

1. “NUEVA” ECONOMÍA Y “VIEJOS” DERECHOS: ¿UN BINOMIO INCONCILIABLE?
2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR COMO NÚCLEO ESENCIAL DE TODA RELACIÓN DE TRABAJO
3. EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL COMO ESCENARIO DE TUTELA
4. LIBERTAD SINDICAL Y HUELGA: MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL
 - 4.1. La “Carta Europea de los Derechos Fundamentales” y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea
 - 4.2. La “Carta Social Europea” y el Comité Europeo de Derechos Sociales
 - 4.3. El “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos
5. CONCLUSIONES

1. “NUEVA” ECONOMÍA Y “VIEJOS” DERECHOS: ¿UN BINOMIO INCONCILIABLE?

El mundo del trabajo está viviendo en estas décadas una importante revolución¹ protagonizada por la creciente incorporación de las tecnologías digitales en los espacios productivos. El debate jurídico, especialmente en el mundo académico, se proyecta en una constante confrontación entre quienes ven en este cambio imparable una ocasión para la liberación del/desde el trabajo, gracias a la llegada del “post-capitalismo”, y quienes miran a este nuevo mundo como un espacio tendencialmente hostil en el que la explotación de los seres humanos pasa por una tutela mínima o inexistente en la que los límites se difuminan hasta, en la mayoría de los casos, desaparecer². Sobre las ventajas y desventajas de la digitalización y su impacto en el empleo, tanto desde la perspectiva de la cantidad de este como desde el punto de vista de su calidad, se ha reflexionado de forma rigurosa en la doctrina nacional e internacional³. Esto ha sido esencial para llegar,

¹ La también definida doctrinalmente como “cuarta revolución industrial” por Schwab, K., “The Fourth Industrial Revolution”, World Economic Forum, 2016, o la conocida como “industria 4.0”: “después de la automatización de la industria en los siglos XVIII y XIX (Industria 1.0), la división del trabajo y la producción en cadena (organización científica del trabajo) del siglo XX (Industria 2.0), y la revolución tecnológica de finales del siglo XX (Industria 3.0), ahora se hablaría de la “era de la digitalización de la economía.” Así en En Molina Navarrete, C., “Derecho y trabajo en la era digital: ¿” revolución industrial 4.0” o “economía sumergida 3.0”?”, *Actas conferencia nacional tripartita OIT “El futuro del trabajo que queremos” celebrada en Madrid el 28 de marzo de 2017*, Ministerio de Empleo y Seguridad Social ed., 2017, p. 405

² Lassandari, A., “La tutela collettiva del lavoro nelle piattaforme digitali: gli inizi di un percorso difficile”, *Labour&Law Issues*, vol. 4 n. 1, 2018, p. 4.

³ Véase entre otros: Rodríguez Fernández, M.L. – Pérez del Prado, D. “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo. Estudio de caso en dos empresas de base tecnológica”, *Cuadernos de Relaciones Laborales*, 36(2), 2018, pp. 355-372.

de alguna manera, a identificar las problemáticas más agudas y urgentes, así como para plantear posibles escenarios de regulación.

La conocida contraposición del “trabajo abierto” frente al más tradicional “trabajo cerrado”, la progresiva ruptura del nexo de proximidad entre empresario y trabajador⁴, así como la (aparente) “soberanía sobre el tiempo de trabajo”⁵ unida a una pérdida absoluta de separación y organización de los tiempos de trabajo y vida, son sólo algunos de los desafíos que plantea la “nueva” economía o la definida digitalización de la economía.

Sin querer entrar, por cuestiones de pertinencia con el objeto de este estudio, en los matices de esta definición y sus implicaciones teóricas y prácticas sobre la forma de organizar la producción y distribución de bienes y servicios⁶, cabe resaltar que con este término, como bien se relata en la doctrina, se acaba identificando, todos los cambios que acaban afectando a la estructura productiva tradicional y que tienen su origen en la irrupción de la digitalización en cuanto principal desencadenante de los mismos⁷. Con el uso de esta expresión, sin embargo, no se pretende crear confusión o, lo que es peor, fomentar el error conceptual de entender que el derecho del trabajo se enfrenta a un fenómeno histórico y único en su origen, desarrollo e impacto real. Sin las innovaciones técnicas y tecnológicas en la forma de organizar y llevar a cabo la producción, desde las más ancestrales, hasta las más modernas, el derecho del trabajo no existiría en cuanto tal, confirmando por tanto que el cambiante mundo en el que el *trabajo* se inserta es el escenario habitual en el que el *derecho* opera dignificando y tutelando⁸. Sin embargo, es cierto que la última de las revoluciones industriales se está produciendo en un momento socio-económico especialmente delicado en el que, por lo menos en Europa, convergen los efectos de fenómenos igualmente complejos como son la globalización, la (aún) reciente (y aún irresuelta) crisis económica

⁴ Fenómeno así descrito en Suárez Corujo, B., “La gran transición: la economía de plataformas digitales y su proyección en el ámbito laboral y de la seguridad social”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 141, 2018, pp. 37-66.

⁵ Rodríguez Fernández, M.L. – Pérez del Prado, D., “El impacto de la economía 4.0 sobre las condiciones de trabajo y empleo (...)”, *op. cit.*, p. 358.

⁶ Para eso véase, entre otros: Trillo Párraga, F., “Trabajo decente y economía digitalizada”, AA.VV. (Rodríguez Fernández, M. L. – Mora Cabello de Alba, L., coords.), *El futuro del trabajo que queremos*, Bomarzo ed., 2017, pp. 71-94.

⁷ Cruz Villalón, J., “Las transformaciones de las relaciones laborales ante la digitalización de la economía”, *Temas laborales: Revista andaluza de trabajo y bienestar social*, n. 138, 2017, p. 15.

⁸ Esta idea ya estaba presente, magistralmente argumentada, en Romagnoli U., *Il lavoro in Italia. Un giurista racconta*, Il Mulino ed., Bologna, 1995, pp. 19 y ss. y aparece como indispensable premisa conceptual en muchos de los estudios sobre el fenómeno citados a lo largo de este trabajo. Sobre la metamorfosis ineludible del prototipo de trabajador destinado a sostener los diferentes paradigmas económicos a lo largo de la historia véase, entre otros, Molina Navarrete, C., “Derecho y trabajo en la era digital (...)”, *op. cit.*, p. 410-411.

y la presencia de una estructura jurídica multinivel en la cual la tutela eficaz y eficiente de los derechos pasa necesariamente por una articulación precisa y coordinadas de tutelas nacionales y supranacionales.

El contexto, por tanto, sugiere mirar al cambio con ciertas cautelas e impone que, desde la investigación, se intente contestar a algunas preguntas básicas⁹ que tienen que ver con la cantidad y (sobre todo) la calidad del empleo de hoy y de mañana. Es justamente en esta dimensión multinivel (y aprovechándose de la misma) en la cual se pretende situar la reflexión contenida en estas páginas con el fin de reflexionar, si es posible, en materia de tutelas para la nueva “ciudadanía industrial”¹⁰. En este contexto, de “precariedad en construcción” hablar de los derechos fundamentales se hace, por tanto, no sólo necesario sino urgente.

2. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DEL TRABAJADOR COMO NÚCLEO ESENCIAL DE TODA RELACIÓN DE TRABAJO

Los derechos fundamentales constituyen históricamente el dique de contención para la protección de lo que se considera el núcleo esencial de la tutela del trabajo y, especialmente, de las personas que trabajan. Permiten emancipar la dimensión del trabajo de la consideración de un simple factor productivo y revalorizar todo lo que tiene que ver con la persona, el ser humano, que, de manera indisoluble, como bien se ha descrito en la doctrina desde hace décadas¹¹, va

⁹ Ejemplo de algunas de ellas en la ponencia de Rojo Torrecilla, E., “Cambios en el mundo del trabajo. El ejercicio de los derechos colectivos en el entorno empresarial digital y la adaptación sindical: la representación colectiva y el derecho de huelga”, presentada el 6 de junio de 2019 en Albacete, en ocasión de la 56ª edición de las Jornadas de Estudio organizadas por el Gabinete de Estudios Jurídicos de la Confederación Sindical de Comisiones Obreras, dedicadas a *Los cambios en el sistema de relaciones laborales* y reproducida en el blog de su autor: <http://www.eduardorojotorrecilla.es/2019/06/cambios-en-el-mundo-del-trabajo-el.html> (consultado por última vez el 3 de noviembre de 2019).

¹⁰ Así definida en Romagnoli, U., “De la ciudadanía industrial a la ciudadanía industrial”, *Revista de Derecho Social*, n. 81, 2018, pp. 21-38 refiriéndose a la necesidad de recalibrar el tradicional debate entre ciudadanía y trabajo, que está en la base de la función protectora del derecho del trabajo. Esto sería esencial para ir más allá de la “industria” (entendida como la medida de toda conceptualización) y del definido “trabajo regular” paradigma de la ciudadanía *industrial* (es decir la que “olía a petróleo, sudor y vapor de pistones”) y empezar así a razonar de ciudadanía *industrial*, dotando de estatus jurídico, los que “se caracterizan por la intensa erogación de cantidades ingentes de trabajo, y por una disponibilidad difusa para ponerse en marcha con el fin de ganarse el pan, honestamente”. Esa, según Romagnoli representaría la vía para responder al hecho progresivo de ver “el trabajo transformado en una mercancía a su vez convertida en un bien, que se puede desvalorizar impunemente”.

¹¹ Baylos Grau A., *Derecho del trabajo: modelo para armar*, Trotta ed., Madrid, 1991, p. 21.

unido a la realización de cualquier acción laboral, ya que “no existe trabajo sin una persona que lo realice”.

La “desmercantilización del trabajo”¹² se construye, dentro de las fronteras de los Estados nacionales pero también en el espacio global organizado, a través de un articulado sistema jurídico en el que la elaboración de conceptos como el de “constitución laboral” o “constitución económica” permite reconocer, con cierta armonía interpretativa, un conjunto de derechos dotados de un cierto valor universal (“entendida la nota de universalidad no sólo ni tanto en un sentido subjetivo, que atiende a la titularidad de los derechos, cuanto en un significado material”¹³) y que en el contexto europeo se desarrollan a través de un pluralismo articulado, aunque no jerarquizado, de instrumentos jurídicos en el cual las Constituciones sólo constituyen una de las partes esenciales. La referencia a la Constitución tiene que ser, evidentemente, el punto de partida ya que es, tradicionalmente, en el debate histórico sobre la noción de Constitución y su relación con la idea de “constitución material”, donde se plasma en un primer momento, la necesidad de garantizar el equilibrio entre libertades públicas y derecho de la propiedad, base, en este caso, de la elaboración de la primera gran categoría conceptual reconocida como “constitución económica”. Y es en ese contexto, donde la irrupción del concepto de “constitución laboral” – producto directo del pacto social logrado después de la II Guerra Mundial en el que el reconocimiento de la clase trabajadora (en sus distintas formas organizadoras) como sujeto político – obliga la Constitución a reconocer en si misma un espacio concreto dedicado a un conjunto de derechos y garantías que obliga los poderes públicos a recodificar la propia “constitución económica”.

La elaboración de una serie de derechos capaces de operar como límite interno – amplificadas por el funcionamiento de cláusulas transversales como la del principio de igualdad y de no discriminación, así como la cláusula social o del Estado Social – y externo a la mercantilización del trabajo en una óptica esencialmente economicista de la idea de Estado, es lo que permite construir otro de los conceptos esenciales en la reflexión doctrinal sobre la “dimensión humana” del trabajo cual es el de “ciudadanía social”.

Si en efecto, tal y como consideran muchos exponentes de la doctrina nacional e internacional, lo que caracteriza la época actual es la progresiva erosión de los derechos de los trabajadores conjuntamente con un debilitamiento de la

¹² Utilizando palabras de la Organización Internacional del Trabajo (OIT): “el trabajo no es una mercancía”. Así empieza la Declaración de Filadelfia del 10 de mayo de 1944 indicando los principios fundamentales que tienen que inspirar la política de los Estados miembros y orientar la acción de la misma organización.

¹³ Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo y la protección multinivel de los derechos laborales fundamentales*, Bomarzo ed., 2016, p. 67.

base de la ciudadanía social, volver a analizar los derechos fundamentales para reafirmar la centralidad del “constitucionalismo laboral europeo” es, en definitiva el paso obligado para entender el impacto jurídico real de la “nueva economía” y su recién estrenada laboralidad.

El contenido de la “constitución laboral” se construye y asienta sobre un conjunto de derechos que sirven para proteger el trabajo “en condición digna” (retribución, jornada y tiempo de descanso, igualdad de derechos, jubilación y protección del menor o derecho a la protección social) que sirven, a su vez, de soporte a los dos grandes grupos de garantías: las que están relacionadas con los derechos de libertad sindical (en su doble vertiente de organización y de acción) y las que se encargan de asegurar el pleno empleo. La libertad sindical aparece por tanto como uno de los ejes fundamentales del modelo constitucional de relaciones laborales representando la implicación de los sujetos colectivos en el proyecto político, social y económico de Estado y funciona como contrapeso esencial en la elaboración y ejecución de las políticas sociales en materia de empleo en la que, necesariamente, intervienen con mayor protagonismo los poderes públicos.

Si, por tanto, se pretende dotar los empleos de la económica 4.0 de un substrato lo suficientemente fuerte para que los trabajadores contratados en esos ámbitos lo sean en un marco jurídico, teórico y práctico, fundamentado en los derechos fundamentales entendidos como puerta de acceso a la ciudadanía social, para lo cual se vuelve indispensable desarrollar una investigación previa, a la que se pretende hacer referencia en este trabajo y que pretende orientar la profundización de estos derechos, especialmente de los que conforman el grupo de los derechos de libertad sindical, en un contexto imprescindible e inolvidable de constitucionalismo multinivel.

3. EL CONSTITUCIONALISMO MULTINIVEL COMO ESCENARIO DE TUTELA

Cuando en el espacio europeo se piensa a la arquitectura jurídica dirigida a tutelar los derechos fundamentales, necesariamente hay que hacer referencia a los principales organismos internacionales (y correlativos instrumentos normativos) que operan en este territorio. Si querer disminuir la importancia del ámbito de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) y sus Convenios, se prefiere delimitar el campo de estudio a los que tienen carácter regional, como es el caso del Consejo de Europa y de la Unión Europea (UE) y es a los textos producidos en estos espacios a los que se quiere referirse. Esto por supuesto sin olvidar las Constituciones de los Estados nacionales que, en última instancia, constituyen (aún) el nivel más desarrollado de reconocimiento y protección de los derechos

fundamentales. Estos ámbitos jurídicos acaban conviviendo en lo que se conoce como el “pluralismo constitucional”¹⁴.

La independencia de los sistemas jurídicos y la ausencia de una correlación jerárquica entre ellos, permiten configurar, un panorama peculiar en el que resulta interesante pensar si se pretende, como es el caso de este trabajo, hablar de la forma y los mecanismos más idóneos para hacer frente a los principales retos y problemas en materia de configuración de la dimensión colectiva de los derechos fundamentales laborales en los nuevos espacios de producción y distribución. Esta dimensión se articula, por tanto, en un conjunto de textos jurídicos, que tienen un canal de acceso (y por tanto una capacidad de impacto) en los ordenamientos jurídicos nacionales a través de las definidas “clausulas de apertura” presentes en la Constituciones europeas y que las vuelve permeables a los ordenamientos jurídicos supranacionales con los que conviven. A la vez y juntamente con una elaboración teórica del derecho claramente multinivel, se desarrolla un interesantísimo entramado judicial especialmente fructífero y peculiar, en el cual el “dialogo entre jueces”, funciona como elemento central. Con este termino se entiende la tarea de “construir un cuerpo de doctrina, sobre los derechos que han de ser asegurados, mutuamente compatible o mutuamente aceptable a través del cual resulte factible no ya uniformar aquellos, sino armonizarlos, intentando conciliar su contenido, sus límites, o incluso, las técnicas de ponderación que haya de efectuarse en relación con cada uno de ellos”¹⁵.

Respecto a la individuación del *corpus* normativo en el que moverse para la construcción teórica de los derechos fundamentales hay indudablemente que ir al conjunto de textos jurídicos, analizando por tanto las principales fuentes a disposición. Para eso, en primer lugar, hay que tener en cuenta que en el sistema constitucional europeo conviven dos importantes estructuras supranacionales: la Unión Europea y el Consejo de Europa. A efectos de lo que en este estudio se está analizando y con el fin de centrar la atención en lo relativo a los derechos relacionadas con la acción sindical y el derecho de huelga, es inevitable hacer una referencia concreta y directa a la Carta de los Derechos Fundamentales de

¹⁴“(…) La elaboración del modelo constitucional pluralista se debe al mérito científico de Maccormick, que entiende por tal la situación en la que convergen, en un espacio territorial y de manera simultánea, dos o más constituciones (*in the sense of a body of higher-order norms*) que regulan y condicionan el ejercicio de los poderes políticos (*establishing and conditioning relevant governmental powers*) y en el que se reconoce una recíproca legitimidad sin que ello comporte superioridad de ninguno de ellos sobre el o sobre los otros (*constitutional superiority over another*).” Así en Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo...*, op. cit., p. 7.

¹⁵ Valdés Dal-Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo...*, op. cit., pp. 91-92.

la Unión Europea (CDFUE)¹⁶, a la Carta Social Europea (CSE)¹⁷ y finalmente al Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (CEDH)¹⁸.

En cambio, si se quiere ver la dimensión más práctica de la tutela y entender cómo la jurisprudencia actúa y construye, en este contexto, hace falta realizar una, aunque breve e introductoria, aproximación a la labor de los órganos jurisdiccionales supranacionales competentes. Se trata, esencialmente, del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), del Comité Europeo de Derechos Sociales (CEDS) y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH), teniendo en cuenta las posibles sincronías entre los mismos y entendiendo que, es en la compenetración mutua, donde podría recabarse uno de los espacios más interesantes para proyectar la defensa de la dimensión colectiva de los derechos de los trabajadores empleados por la “nueva economía”.

4. LIBERTAD SINDICAL Y HUELGA: MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL E INTERPRETACIÓN JURISPRUDENCIAL

4.1. La “Carta europea de Derechos Fundamentales” y el Tribunal de Justicia de la Unión Europea

La Carta de Derechos Fundamentales destina de manera directa un artículo, el art. 12, a la libertad de reunión y de asociación en cuyo contenido hace una referencia expresa al derecho de afiliación sindical, así como al derecho de fundar

¹⁶ La Carta se aprobó y adjunto como Anexo en ocasión de la aprobación del Tratado de Niza en 2000 y finalmente adquirió carácter vinculante con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, y ahora tiene la misma validez jurídica que los tratados de la UE (DO C 202 de 7.6.2016, pp. 389-405).

¹⁷ La versión originaria de esta Carta fue aprobada en Turín el 18 de octubre de 1961 y constituye el primer instrumento elaborado en el marco jurídico de la UE, para la tutela específica de los derechos sociales fundamentales de los trabajadores de la UE. Su versión revisada es de 1996. La Carta Social Europea (revisada) se abrió a la firma el 3 de mayo 1996 y entró en vigor el 1 de julio de 1999. Hasta la fecha no todos los países miembros del Consejo de Europa han tramitado su ratificación. España la firmó el 23 de octubre de 2000, pero la necesidad de adaptar algunos aspectos de la legislación española llevó a posponer su ratificación. En el Consejo de Ministros celebrado en febrero de 2019 se aprobó un Acuerdo por el que se disponía la remisión a las Cortes Generales de la Carta Social Europea revisada y se autorizaba la manifestación del consentimiento de España para obligarse por dicha carta.

¹⁸ Este texto fue adoptado por el Consejo de Europa el 4 de noviembre de 1950 y entró en vigor en 1953. El Convenio ha sido desarrollado y modificado por diversos protocolos adicionales que han añadido el reconocimiento de otros derechos y libertades al listado inicial o han mejorado las garantías de control establecidas. El convenio fue firmado por España en fecha 24 de noviembre de 1977, publicado en el Boletín Oficial del Estado el 10 de octubre de 1979, y entrando en vigor el 4 de octubre de 1979.

sindicatos¹⁹, mientras que en el art. 28, después de proclamar el derecho a la información y consulta de los trabajadores en la empresa (art. 27), reconoce el derecho de negociación colectiva y acción colectiva. Concretamente, establece, con una fórmula de debatida y discutida elaboración, que “los *trabajadores* y los *empresarios*, o sus organizaciones respectivas, de conformidad con el Derecho de la Unión y con las legislaciones y prácticas nacionales, tienen derecho a *negociar* y *celebrar* convenios colectivos, en los niveles adecuados, y a emprender, en caso de conflicto de intereses, *acciones colectivas para la defensa de sus intereses, incluida la huelga*”. De esta manera y gracias a la atribución de valor vinculante operada por el art. 6 del Tratado de la Unión Europea en su versión aprobada en Lisboa el 12 de diciembre de 2007, los derechos de acción sindical y huelga adquieren el estatuto indudable de derechos fundamentales en el nivel más alto del sistema de fuentes del derecho social europeo.

Sin embargo, y debido en cierta medida a la necesidad que estos derechos fundamentales convivan con la limitación de competencias aún vigente establecida en el art. 153.5 del Tratado de funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), estos derechos han tenido escaso o nulo desarrollo legal y además han sido objeto de un choque frontal con las libertades económicas de la UE en importantes sentencias del TJUE²⁰. El posible alcance del reconocimiento de estos derechos, en efecto, ha sido en parte bloqueado por las famosas Sentencias Viking, Laval y Rüffert²¹ ya que, en estos pronunciamientos, el TJUE acabó condenando este derecho, formalmente reconocido como un derecho fundamental, a una subordinación *de facto* respecto al más desarrollado principio de libertad de establecimiento y al principio de libre prestación de servicios. En definitiva, el derecho de huelga quedaba configurado en la práctica como una excepción a las grandes libertades económicas europeas²².

Cabe recordar al respecto lo que el TJUE afirma en la Sentencia Viking respecto a las posibles restricciones del derecho de huelga ya que resultan esenciales para comprender el desarrollo teórico-práctico de este derecho fundamental. En la STJUE en cuestión se empieza por considerar de forma explícita el derecho

¹⁹ Art. 12 CDFUE: “(...) Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación en todos los niveles, especialmente en los ámbitos político, sindical y cívico, lo que supone el derecho de toda persona a fundar con otros sindicatos y a afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.

²⁰ Tema ampliamente debatido en Miranda Boto, J. M., “La regulación del derecho de huelga en del derecho de la Unión Europea”, en AA.VV. (Fotinopoulou Basurko, O., dir.), *El derecho de huelga en el derecho internacional*, Tirant Lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 85-120.

²¹ STJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05, STJUE de 18 de diciembre de 2007, asunto C-341/05 y STJUE de 3 de abril de 2008, asunto C-346/06, respectivamente.

²² Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, en *Revista Española de Derecho del Trabajo*, n. 156/2012, p. 57.

de huelga como “un derecho fundamental que forma parte integrante de los principios generales del Derecho comunitario cuyo respeto garantiza el Tribunal de Justicia”²³. En este sentido, resulta posible que el ejercicio de este acabe alterando “las obligaciones impuestas por el Derecho comunitario, incluso en virtud de una libertad fundamental garantizada por el Tratado como la libre circulación de mercancías o la libre prestación de servicios”. Sin embargo, el mismo derecho de huelga, a su vez puede ser objeto de restricciones que deriven, por un lado, del derecho interno, tal y como afirma el mismo art. 28 de la CDFUE, y por otro del derecho europeo. Recordando lo dictado en anteriores asuntos (Sentencias Schmidberger²⁴ y Omega²⁵) en los cuales el TJUE había tenido que resolver el conflicto entre la libertad de expresión y de reunión con el respeto a la dignidad humana, el Tribunal recuerda que “el ejercicio de un derecho fundamental no está excluido del ámbito de aplicación de las disposiciones del Tratado” y que, por tanto, es inevitable y necesario un esfuerzo de conciliación del ejercicio del derecho con “las exigencias relativas a los derechos protegidos por dicho Tratado y con el principio de proporcionalidad”²⁶. De esta manera “el carácter fundamental atribuido al derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo no permite excluir las medidas de conflicto colectivo controvertidas en el asunto principal del ámbito de aplicación del artículo 43 TCE (actual art. 49 TFUE en materia de libertad de establecimiento)”. La subordinación de las unas frente a la otra

²³ Ap. 44 STJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05.

²⁴ Se trata de la STJUE de 12 de junio de 2003, asunto C-112/00. Este supuesto es extremadamente interesante ya que resuelve una cuestión prejudicial presentada por los Tribunales austriacos en consecuencia de una controversia entre una empresa privada de transporte, la Schmidberger, concretamente, y el Estado austriaco acerca de la autorización concedida tácitamente por la autoridad competente austriaca a una asociación con fines esencialmente medioambientales para organizar una concentración en la autopista del Brenner que tuvo como efecto el bloqueo total de la circulación por ésta durante casi treinta horas, creando en ese sentido un daño económico a la empresa que no pudo realizar un regular transporte de mercancías entre Italia y Austria, ambos países miembros de la UE y por tanto afectando a la libre circulación de mercancías.

²⁵ En la STJUE de 14 de octubre de 2004, asunto C-36/02, el TJUE resuelve una cuestión prejudicial relativa a la compatibilidad con el derecho europeo de una resolución administrativa alemana aplicada a una empresa privada, la Omega, que se dedica a la prestación de un servicio de ocio en establecimientos preparados a la realización de juegos de láser en los que los jugadores, utilizando fusiles y otros instrumentos de láser, compiten entre ellos en un “juego a matar”. Por eso la autoridad alemana había procedido a prohibir el desarrollo de la actividad en cuanto lo consideraba contrario un peligro para el orden público, dado que los homicidios simulados y la banalización de la violencia a la que conducen vulneran los valores fundamentales preponderantes en la opinión pública y constituían un atentado a la dignidad humana consagrada en la Constitución alemana. La empresa consideraba la medida del gobierno alemán contraria al derecho europeo en materia de libre prestación de servicio y por eso los Tribunales alemanes acabaron interpelando el TJUE.

²⁶ Ap. 46 STJUE de 11 de diciembre de 2007, asunto C-438/05.

quedaba por tanto consagrada. De nada sirvió invocar la doctrina Albany o la exclusión de competencias del derecho UE en estas materias.

De hecho, justamente la limitación de competencias regulada en el art. 153.5 TFUE, y no superada por dispositivo explícito en el art. 6 de TUE, ha funcionado de freno en la elaboración de instrumentos normativos específicos, en el marco del derecho de la Unión Europea, destinados a buscar cierto equilibrio entre las libertades económicas y los derechos fundamentales²⁷. La cuestión de la efectiva aplicación y desarrollo del contenido de los derechos fundamentales reconocidos en la CDFUE se agrava, por tanto, en el supuesto de la acción sindical y huelga por las limitaciones legales (art. 153.5 TFUE) y jurisprudenciales (doctrina Viking, reforzada y ampliada en Laval y Rüffert). Sin embargo, si se quiere profundizar en la tutela de estos derechos en el marco de una tutela supranacional, hay que entender que la CDFUE necesita que se establezcan “mecanismos que garantizan el contenido de esos derechos frente a las instituciones comunitarias” con el fin que cualquier limitación, legal o jurisprudencial, no acabe convirtiéndose en una injerencia²⁸. Para eso, si se entiende que la CDFUE reconoce la libertad sindical sin excluir la huelga y la negociación colectiva de su contenido y alcance y si se admite que la misma CDFUE funciona en relación constante con, por un lado, el CEDH y por el otro, los ordenamientos jurídicos nacionales, especialmente con las Constituciones nacionales, es justamente gracias a la dimensión multinivel integrada de la tutela (ámbito normativo pero también judicial a través del fomento del definido “diálogo judicial o entre jueces”) que se permite superar las limitaciones de competencias y garantizar un desarrollo armonioso del derecho de huelga y libertad sindical dentro del derecho UE y no sólo al margen del mismo. En ese sentido resultará fundamental seguir con el análisis de los instrumentos jurídicos internacionales y su interpretación jurisprudencial con el fin de entender

²⁷ Entre otras véase la *Propuesta de Reglamento del Consejo sobre el ejercicio del derecho a adoptar medidas de conflicto colectivo en el contexto de la libertad de establecimiento y la libre de prestación de servicios*, COM (2012) 130 final, presentada en Bruselas el 21 de marzo de 2012, en la que con la intención de elaborar un instrumento normativo con estas características, se recurre, como base jurídica de la acción legislativa europea, al art. 352 del TFUE que es “aplicable cuando los Tratados, en el marco de las políticas que definen, no prevén los poderes de actuación necesarios para alcanzar uno de los objetivos que establecen”. El contenido de la propuesta, además, profundiza en la línea abierta por el TJUE, admitiendo el necesario e inevitable juicio de ponderación entre las medidas de conflicto colectivos, entendidas como ejercicio de derecho fundamental, y las libertades y derechos reconocidos (y regulados) por el derecho de la Unión Europea (véase apartado 3.4.2. y siguientes de la Propuesta).

²⁸ Carrizosa Prieto, E., “Los modelos de tutela del derecho de libertad sindical en el ámbito internacional”, en *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, n. 3, 2015, p. 24.

el contexto en el que estos derechos puedan afirmarse desde una perspectiva teórico-práctica y en un contexto de revolución industrial como el actual.

4.2. La “Carta Social Europea” y el Comité Europeo de Derechos Sociales

Los artículos 5 y 6 de la Carta son los encargados de reconocer en este espacio normativo el derecho de libertad sindical y de huelga. Concretamente, el art. 6, en su apartado 4, que se ha mantenido prácticamente inalterado desde su redacción en 1961, afirma que “con el fin de “garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva, las Partes contratantes (...) reconocen el derecho de los trabajadores y empleadores, en caso de conflicto de intereses, a emprender acciones colectivas, incluido el derecho de huelga, sin perjuicio de las obligaciones que puedan dimanar de los convenios colectivos en vigor”. En este sentido es extremadamente interesante la manera que utiliza la Carta para elaborar el concepto y el contenido del derecho de huelga. Como bien se ha señalado en doctrina²⁹, hay unas peculiaridades interesantes en la formula aquí empleada para consagrar el derecho de libertad sindical y huelga.

En primer lugar, el reconocimiento del derecho de huelga se hace conjuntamente al derecho, más amplio, de emprender acciones colectivas³⁰. De esta manera la huelga se inserta en una visión más global de las medidas de conflicto y, de forma parecida a la empleada por la CDFUE, el contenido del derecho de huelga acaba diluyéndose en uno más general (pero también más difuminado) de conflicto. En segundo lugar, como consecuencia, tal vez, de lo que se acaba de decir y en línea con lo establecido también en cierta medida en la CDFUE, el art. 6.4 de la CSE parece abogar por un (peligroso) principio de “paridad de armas entre las partes”. El texto del artículo parece garantizar el mismo nivel de tutela a las medidas de conflicto bien sean promovidas por empresarios o bien por trabajadores. De esta manera se alteraría uno de los principios fundamentales consagrados en muchas de las Constituciones nacionales de los Estados europeos en los que la huelga goza de un nivel reforzado de tutela, así como de cierta especificidad respecto a las otras medidas de conflicto incluidas las emprendidas por los empresarios que nunca podrían utilizarse para reducir o anular el ejercicio del derecho de huelga. En tercer y último lugar, la CSE conecta de manera evidente el legítimo ejercicio del derecho de huelga con el fin último, a su vez, de “garantizar el ejercicio efectivo del derecho de negociación colectiva”, configurando de esta

²⁹ Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *op. cit.*, p. 49.

³⁰ Monereo Pérez, J. L. – Tomás Jiménez, N., “Derecho a huelga (artículo 6)”, en AA.VV. (Monereo Atienza, C – Monereo Pérez, J. L., coords.), *La garantía multinivel de los derechos fundamentales en el Consejo de Europa. El Convenio Europeo de Derechos Humanos y la Carta Social Europea*, Comares ed., Granada, 2017, pp. 533-545.

manera un carácter instrumental del derecho de huelga y planteando una limitación conceptual exclusivamente a las huelgas contractuales³¹. Todo esto ha sido de alguna manera redefinido por parte de la acción jurisprudencial del Comité Europeo de Derechos Humanos (CEDS).

La labor de este órgano ha sido fundamental en efecto para superar las interpretaciones literales de la norma y, en un importante trabajo interpretativo que se ha nutrido de las aportaciones de los otros instrumentos internacionales en la materia, así como de los pronunciamientos de los principales órganos judiciales correspondiente, ha permitido un desarrollo práctico de los derechos fundamentales reconocidos en el art. 6 de la CSE que no sea restrictivo y represivos para el derecho mismo. Cabe destacar, a este respecto y a título de ejemplo, que los pronunciamientos del Comité Europeo de Derechos Sociales han servido, por un lado, para ampliar el reconocimiento del derecho de huelga más allá del mero conflicto negocial³² y, por otro, ha servido para profundizar aspectos concretos como es el de la legalidad o menos de una huelga que se haya celebrado sin un intento de mediación anterior³³ o para analizar el deber de paz³⁴ o los supuestos de huelga con empresario complejo, como en las definidas “huelgas secundarias” o realizadas en el marco de una sucesión de empresa³⁵.

Una vez más la interpretación “judicial” coordinada, en el marco de la tutela multinivel, representa el elemento esencial para romper las limitaciones conceptuales y teóricas del sistema normativo o para profundizar en el mismo. El Comité Europeo de Derechos Sociales se constituyó conforme al art. 25 de la Carta Social Europea para monitorear el cumplimiento de los derechos enunciados en la Carta por los Estados partes. El Comité supervisa la aplicación de la Carta por parte de los Estados a partir de un sistema de presentación de informes elaborados por los mismo Estados y un sistema de reclamaciones

³¹ Como identifica Cabeza Pereiro la limitación en el reconocimiento operado en la CSE parecería llegar incluso más allá. Es decir, hasta el punto de circunscribir el alcance protector de la misma, en el marco de las huelgas contractuales, a su vez, al exclusivo conflicto de intereses, dejando fuera de tutela cualquier conflicto jurídico “pues sólo de ejercer el derecho a la negociación se trata, no ya de presionar por una interpretación determinada de un texto convencional, como alternativa al seguimiento de *grievance procedure*”, en Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *op. cit.*, p. 49.

³² Véase entre otros: Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, Alemania; Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, República Checa; Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, Eslovaquia; Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, Hungría. Todas ellas relatadas en Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *op. cit.*, p. 49.

³³ Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, Dinamarca; Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, Hungría.

³⁴ Véase esta referencia en Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *op. cit.*, p. 50.

³⁵ Conclusiones XVIII-1, vol. I, 31 octubre 2006, Reino Unido.

colectivas. El sistema de reclamaciones colectivas “adopta una lógica contenciosa” aunque tiene un importante problema en relación con su eficacia ya que no tiene carácter vinculante. Sin embargo la “capacidad política” de conseguir una modificación legislativa acorde a las indicaciones del CEDS a través de un compromiso por parte de los Estados destinatarios del pronunciamiento así como la posibilidad de que el contenido de las mismas penetre en el ordenamiento jurídico nacional a través de su incorporación en la labor jurisdiccional de los Tribunales internos constituyen elementos interesantísimos en una perspectiva de intensificación de la protección de los derechos sociales en todos los niveles de actuación³⁶. Si bien, formalmente, resulta complejo reconocer un carácter jurisdiccional a la actividad del CEDS es indudable que existe un diálogo entre los órganos que tutelan en el espacio europeo, los derechos sociales fundamentales, aun a falta de una identidad funcional y organizada entre los mismos y esto permite que funcionen entre ellos como un sistema de vasos comunicantes en el que los niveles de actuación, la efectividad y la capacidad ejecutiva de lo decidido se mezclan aportando cada uno un posible “giro interpretativo” que puede ser aprovechado en el desarrollo normativo y jurisprudencial de los derechos en cuestión.

4.3. El “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos

El “Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales” (CEDH) es sin duda el instrumento de reconocimiento y tutela de los derechos fundamentales más importante elaborado en el seno del Consejo de Europa y también es el más antiguo. Inspirado en la “Declaración Universal de Derechos Humanos” proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948 se firma el 4 de noviembre de 1950, en plena postguerra mundial y (re)construcción jurídico-política del continente europeo. Por lo que se refiere a la libertad sindical y al derecho de huelga, hay que empezar diciendo que el CEDH no confiere a la libertad sindical una sustantividad propia³⁷ sino que la vincula, en el último inciso del art. 11.1 a la libertad de asociación³⁸ y que no reconoce expresamente el derecho de huelga en cuanto tal, sino que resultaría, después de una amplia labor interpretativa del

³⁶ Valdés Dal -Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo...*, op. cit., p. 112.

³⁷ Valdés Dal -Ré, F., “La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical”, en *Derecho de las Relaciones Laborales*, n. 6, 2016, p. 529.

³⁸ Art. 11.1 CEDH: “Toda persona tiene derecho a la libertad de reunión pacífica y a la libertad de asociación, *incluido el derecho a fundar, con otras, sindicatos y de afiliarse a los mismos para la defensa de sus intereses.*”

TEDH no siempre pacífica³⁹, amparado por la proclamación genérica del art. 11 del CEDH del derecho de asociación y acción sindical⁴⁰.

Esta progresiva apertura operada por parte del TEDH que permite expandir el contenido del Convenio coincide además con un importante cambio en la postura del mismo respecto al “diálogo entre jueces”, ya que de un inicial olvido de los demás instrumentos jurídicos internacionales y relativos órganos jurisdiccionales, ha pasado en la primera década del siglo XXI a un uso sistemático de la metodología de derecho comparado, nacional e internacional, para ampliar y consolidar el contenido de los derechos sociales protegidos en el CEDH y especialmente la libertad sindical y el derecho de huelga. Significativo es lo que al respecto se dice en una resolución del 2008⁴¹ y que constituye un “explicito automandato” al TEDH: “el Tribunal, cuando define el sentido de los términos y nociones que figuran en el texto del Convenio, puede y *debe tener en cuenta* otros elementos de derecho internacional distintos, las interpretaciones hechas por los órganos competentes y la práctica de los Estados europeos reflejando sus valores comunes”⁴². Esta afirmación constituye un paso fundamental en la consolidación de un constitucionalismo multinivel efectivo en materia de tutela de los derechos fundamentales y, a la vez, una importante puerta de acceso para otras dimensiones en la integración de este espacio de diálogo normativo y judicial integrado.

Sin querer profundizar, por razones de extensión de este trabajo, en las numerosas e importantes sentencias de este órgano⁴³, es importante resaltar que, aprovechando el más escueto de los textos normativos internacionales en materia de libertad sindical y huelga, se acaba desarrollando una doctrina significativa que acaba analizando y matizando aspectos fundamentales del derecho de huelga

³⁹ Después de ciertas resistencias iniciales que reflejaban una postura contraria a la tutela del derecho del huelga por su incorporación implícita en el art. 11 CEDH, el TEDH empieza a abrirse a la posibilidad admitiendo este reconocimiento aunque seguiría siendo durante un tiempo una afirmación esencialmente retórica ya que “se enunciaba como oración concesiva al tiempo que se admitían graves limitaciones al ejercicio del derecho, de acuerdo con las reglas existentes en diferentes Estados miembros”. El reconocimiento del derecho de huelga al amparo del art. 11 CEDH se hace explícito en ocasión de la *Sentencia Enerji Yapi-Yol Sen* de 2009 en la que, ya sin rodeos y haciendo alusión directa al reconocimiento de la huelga en la doctrina de los órganos supervisores de los convenios de la OIT, se afirma que “sin el derecho de huelga, el derecho de negociación colectiva no es más que un derecho de súplica colectiva”. En Cabeza Pereiro, J., “El reconocimiento internacional y europeo del derecho de huelga”, *op. cit.*, p.52.

⁴⁰ Durán López, F., “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en *Temas Laborales*, n. 145, 2018, p. 318.

⁴¹ STEDH de 12 de noviembre de 2008, demanda 34503/97, Asunto *Demir y Baykara c. Turquía*.

⁴² Así citando en Valdés Dal -Ré, F., “La jurisprudencia del TEDH sobre libertad sindical”, *op. cit.*, p. 530.

⁴³ Entre otros véase: Durán López, F., “El derecho de huelga en la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, pp.319-321.

que tienen que ver con algo tan fundamental como son los límites que pueden aportarse al mismo a través de las legislaciones nacionales (tal y como establece el art. 11.2 CEDH⁴⁴). Esto es extremadamente interesante si se piensan en las posibilidades que la acción jurisprudencial del TEDH podría aprovechar en la profundización de este derecho en relación con los nuevos espacios productivos y de distribución.

La labor del TEDH presenta ciertas ventajas y ciertos inconvenientes que es oportuno analizar brevemente para concluir este apartado y el trabajo mismo. Si bien es cierto que la competencia del Tribunal está limitada, en términos generales y no sin ciertos cambios más recientes⁴⁵, a controversias entre Estados y sujetos privados, quedando excluidas las que afectan exclusivamente a vulneraciones de derechos fundamentales entre privados, y si bien el contenido de los derechos de libertad sindical y huelga es muy básico en el texto literal del CEDH, la acción judicial del TEDH presenta ciertas características que la hace especialmente interesante y que tiene que ver, especialmente, con su más reciente actitud catalizadora en el marco de un dialogo judicial en el que cada vez se siente más cómodo. El uso de un definido “método abierto”⁴⁶ en la interpretación judicial gracias al cual, utilizando un abanico de fuentes jurídicas extremadamente amplio y variado que incluye tanto fuentes normativas como fuentes jurisprudenciales (que van desde los Convenio OIT, la CSE, la Declaración Universal, la CEDH hasta las mismas resoluciones del Comité de Libertad Sindical o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), las decisiones del TEDH se construyen y contextualizan en una dimensión cambiante y esencialmente comparada.

⁴⁴ Art. 11.2 CEDH: “El ejercicio de estos derechos *no podrá ser objeto de otras restricciones que aquellas que, previstas por la ley, constituyan medidas necesarias*, en una sociedad democrática, para la seguridad nacional, la seguridad pública, la defensa del orden y la prevención del delito, la protección de la salud o de la moral, o la protección de los derechos y libertades ajenos. El presente artículo no prohíbe que se impongan *restricciones legítimas* al ejercicio de estos derechos por los miembros de las fuerzas armadas, de la policía o de la Administración del Estado”.

⁴⁵ Sin querer sustituirse a los tribunales nacionales el TEDH afirma tener que desarrollar una actividad de control cada vez que las decisiones judiciales sobre asuntos entre privados son resueltas por parte de los Estados con cierta injerencia en la libertad sindical de los ciudadanos. Véase, por ejemplo: STEDH de 12 de septiembre de 2011, Asunto *Palomo Sánchez y otros c. España*, Demandas n. 28955/06, 28957/06, 28959/06 y 28964/06. En Salas Porras, M., “El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, en Quesada Segura, R. (coord.), *Treinta años de la Ley Orgánica de Libertad Sindical: perspectivas y retos: XXXIV Jornadas Universitarias Andaluzas de Derecho del Trabajo y Relaciones Laborales*, Consejo Andaluz de Relaciones Laborales ed., Sevilla, 2016, p. 255.

⁴⁶ Así lo define Salas Porras, M., “El tratamiento jurisprudencial de la libertad sindical conforme al Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *op. cit.*, p. 255.

5. CONCLUSIONES

Las breves reflexiones, planteadas en estas páginas, sobre la conexión existente entre los instrumentos jurídicos demuestra, en cierta medida, que, a través de una interpretación coordinada destinada a reconocer un espacio efectivo en el marco del derecho europeo para los derechos de libertad sindical y huelga permite, no sólo, ir más allá de la interpretación limitada y literal de los textos sino que puede, en algunos supuestos servir de estímulo para superar ciertos vacíos legales y solventar así problemas de tutela. En ese sentido es posible llegar a algunas primeras sencillas conclusiones.

Parece ser que, concretamente, el TEDH, pese a juzgar sobre la base de un texto jurídico limitado en materia de libertad sindical y huelga y pese a sus iniciales reticencias sobre la posibilidad de ampliar su mirada y sus criterios hacia los otros instrumentos con los que comparte espacio aplicativo – tanto en relación con la CSE⁴⁷ como en relación con la CEDF⁴⁸ – está cogiendo cierto impulso y cierta soltura en el uso de las técnicas jurídicas propias del constitucionalismo multinivel. Eso es, sin duda, una muy buena noticia para las necesarias y futuras interpretaciones de los derechos colectivos en un espacio jurídico complejo como el que presenta el escenario económico-productivo actual.

En una economía de producción y distribución en la que los derechos más básicos de los trabajadores encajan con dificultad y donde, cada vez más, se denuncian las carencias (en la teoría) y los abusos (en la práctica), es necesario recuperar una dimensión constituyente en la que revertebrar la estructura misma del sistema jurídico. Esta estructura ya no puede sustentarse en el marco constitucional nacional y tampoco cuenta con un espacio jurídico muy desarrollado desde el punto de vista conceptual en el contexto supranacional y transnacional. Sin embargo, es justamente en ese contexto donde, gracias al definido “diálogo entre jueces” así como a través de la implementación de técnicas jurídicas comparadas e integradas se pueden recentralizar los derechos fundamentales en la relación laboral. Esta no sólo constituye una posibilidad real para poder avanzar en la

⁴⁷ La relación del TEDH con la CSE y los pronunciamientos del CEDS, aunque pertenecientes al mismo corpus jurídico, el del Consejo de Europa, no ha sido siempre fluida, de hecho, solían trabajar “de espalada” y sólo en una época más reciente, a partir de finales de los noventa, el TEDH ha empezado a incorporar a sus sentencias reflexiones de derecho comparada que tenían en cuenta el contenido de la CSE y las interpretaciones del CEDS. Véase por ejemplo la STEDH de 21 de abril de 2015, *Junta Rectora Ertzainen Nazional Elkartasuna (ER.N.E) c. España*, demanda n. 45829/09, así en Valdés Dal -Ré, F., *El constitucionalismo laboral europeo...*, op. cit., p. 101.

⁴⁸ En ese caso, la fluidez de las relaciones entre TEDH y TJUE ha sido mayor y el catálogo de derechos de la CEDH ha sido tradicionalmente aprovechado por el TJUE. Esto queda de alguna manera consagrado en el mismo art. 6 del TUE en la que se remite directamente al contenido de la CEDH y a la labor del TEDH.

tutela de los derechos, sino que parece ser la única vía realmente útil para aprovechar, en la práctica, la estructura multinivel del espacio jurídico supranacional europeo.

Volver a poner al centro del debate sobre la relación de trabajo los derechos fundamentales, especialmente los derechos colectivos, y reforzarlos a través de técnicas normativas y jurisprudenciales cruzadas capaces de aprovechar los recovecos y las sinuosidades de un derecho “vivo” y multinivel es, ciertamente, una oportunidad para, desde la práctica y sin olvidar las dificultades institucionales que siguen persistiendo, garantizar efectividad y eficacia a los mismos derechos y una tutela real a esa “ciudadanía industriosa” sin pasaporte que desorientada y alejada de luchas y garantías, busca un lugar jurídico en el que ampararse y, a ser posible, (sobre)vivir.

NUEVOS RETOS LABORALES ANTE LA DIGITALIZACIÓN: UN ANÁLISIS DESDE LA PERSPECTIVA ECONÓMICA

ALBERTO VAQUERO GARCÍA

Profesor Titular de Universidad. Economía Aplicada

Grupo GEN de investigación. Universidad de Vigo

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: digitalización; robotización; empleo; globalización; economía.

La digitalización de la economía está suponiendo un importante cambio en las relaciones laborales, siendo especialmente destacable sus efectos sobre los salarios y el tipo de empleo. Unido a lo anterior, es preciso tener muy presentes los efectos económicos de la robotización, puesto que este proceso es mucho más que un *trade-off* entre mano de obra y máquinas. De esta forma es necesario conocer como el nuevo escenario económico va a afectar a la productividad, su influencia sobre el coste de producción, la potencial creación de nuevas profesiones, la sustitución de trabajadores por capital y la polarización de los salarios.

Además, y a diferencia de otras revoluciones económicas, los citados efectos, no quedan delimitados a un sector o país en concreto, sino que, como consecuencia de la globalización económica afectan a todo el mundo. Esto está generando una mayor dualización del mercado laboral que precisa que los responsables públicos, agentes sociales, empresarios y trabajadores se preparen para este nuevo escenario y se puedan anticipar a todo lo que supone el nuevo modelo económico.

ABSTRACT

KEYWORDS: digitization; robotization; employment; globalization; economy

The digitisation of the economy is bringing about a major change in labour relations, the effects on wages and the type of employment being particularly notable. In addition, the economic effects of robotisation must be borne in mind, since this process is much more than a trade-off between labour and machines. In this way it is necessary to know how the new economic scenario will affect productivity, its influence on the cost of production, the potential creation of new professions, the replacement of workers by capital and the polarization of wages. Moreover, unlike other economic revolutions, these effects are not confined to a particular sector or country, but affect the whole world as a result of economic globalization. This is leading to a further dualisation of the labour market which requires that public social partners, employers and workers prepare for this new scenario and can anticipate all that the new economic model entails

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL NUEVO ESCENARIO DE LAS RELACIONES LABORALES
3. LA DIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL MERCADO LABORAL
 - 3.1. Factores que condicionan el trabajo digital
 - 3.2. La creciente robotización de la economía
4. CONCLUSIONES
5. BIBLIOGRAFÍA

1. INTRODUCCIÓN

En los últimos años se ha producido un aumento sin precedentes del denominado capital intangible, entendido como el agregado de conocimientos, habilidades y aptitudes que pueden ser utilizados en el proceso productivo. Esto ha venido acompañado de una relegación a un segundo plano, del que hasta ahora era el primer pilar del crecimiento económico: el capital tangible: infraestructuras y maquinaria.

La actual economía poco o nada tiene que ver con la que conocíamos hace tres o cuatro décadas. La creciente digitalización de la actividad productiva ha permitido acuñar el término “Economía 4.0”, para reflejar esta nueva revolución industrial, que va a marcar las relaciones laborales por los cambios que trae la robotización, la automatización de los procesos y la logística sin fronteras (CES, 2017).

Es evidente que habrá un antes y un después en materia laboral tras esta última revolución económica. Hasta ahora, todos los procesos económicos tenían siempre cierto grado de control por parte de los trabajadores. Sin embargo, cada vez es más frecuente la producción de bienes y, sobre todo, la prestación de servicios, sin mediación de la intervención humana. Pero las modificaciones no terminan aquí, puesto que, además, la forma tradicional de prestar una actividad está siendo claramente superada por la introducción de las nuevas tecnologías. Todo lo anterior trae consigo cambios en las cifras de empleo, calidad y condiciones de trabajo, los salarios y en materia de protección social (Vaquero, 2017 y 2019).

Para analizar los nuevos retos laborales ante la digitalización económica, este trabajo presenta la siguiente estructura. Tras esta introducción, en el segundo epígrafe se presenta, desde una perspectiva económica, el nuevo escenario de las relaciones laborales. El tercero se centra en la digitalización de la economía y sus repercusiones sobre el mercado laboral, a través de un doble análisis: factores que condicionan el trabajo digital y los efectos sobre la robotización en la

economía. Finalmente, a modo de corolario, se señalan una serie de conclusiones y recomendaciones.

2. EL NUEVO ESCENARIO DE LAS RELACIONES LABORALES

La tradicional relación entre empleador y trabajador ha dado paso a un nuevo marco laboral, muy diferente del que estábamos acostumbrados. La creciente digitalización de la economía es uno de los elementos que ha provocado este importante cambio. A partir de Hernández (2019), este proceso presenta cuatro áreas de impacto:

- Creación de empleo en nuevos sectores, productos y servicios.
- Cambios en la forma de trabajar, de relacionarse con las máquinas y de gestión.
- Destrucción de puestos de trabajo, debido a la automatización y la robotización.
- Cambios en relación al tiempo y forma de trabajo, por la introducción de las plataformas digitales, *crowdsourcing* y la economía compartida.

La Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo (Eurofound, 2015) establece las siguientes nuevas formas de empleo, a partir de la “Economía 4.0”:

- Trabajadores compartidos: una persona es contratada de manera conjunta, por varios empleadores para cubrir determinada demanda de personal continuada en el tiempo. Fruto de esta interacción, el trabajador obtiene un empleo estable en el tiempo, pero con varios empleadores.
- Trabajo compartido: un empleador contrata a varios trabajadores para realizar una determinada tarea (cada uno desempeña una labor diferenciada, pero relacionada con el resto), posibilitando que de esta forma entre todos los trabajadores realicen la totalidad de la tarea. El resultado es la obtención de un trabajo a tiempo parcial por parte del empleado.
- Gestión interina: un empleador contrata temporalmente a personas expertas, de elevada cualificación, para la resolución de una determinada incidencia o para llevar a cabo un proyecto específico, que resulta complicado abordar con la plantilla que tiene contratada. El resultado es un trabajo temporal pero altamente retribuido.

- Trabajo “a demanda”: el trabajador desarrolla cierta actividad a petición del empleador, pero sin que éste le garantice cierta carga de trabajo. Se trataría, por lo tanto, de un trabajo “a la carta” y de manera discontinua.
- Trabajo a través de la Tecnologías de la Información y las Comunicaciones (TICS): gracias al desarrollo de las TICS los trabajadores pueden realizar cierta tarea o servicio desde cualquier lugar y en cualquier momento. Se trata de realizar una actividad sin horarios y sin centro de trabajo concreto.
- Trabajo colectivo: a través de una plataforma *on line* interactúan empleadores y trabajadores, en ese mercado de ofertan determinadas tareas para que los interesados las realicen, por lo general de escasa duración y remuneración. Se trata de un trabajo donde pujan oferta y demanda a través de la *web*.

Sin duda, todo lo anterior se debe al *crowdwork* y el trabajo vía *apps*. El *crowdwork* se trata de un trabajo colaborativo en red. Esto es algo muy frecuente en los micro trabajos, que ocupan una pequeña parte de tiempo del trabajador y/o para tareas muy concretas. Por esta actividad, los prestadores suelen cobrar pequeñas cantidades. A modo de ejemplo, se puede citar la clasificación de sitios webs o la revisión de documentos.

El trabajo vía *apps* surge cuando una empresa pone en contacto a clientes con prestadores de un servicio por medio de una plataforma digital. La empresa intermediaria establece unas reglas de intercambio, a través de una aplicación, cobrando para ello una comisión. Entre otros casos, se puede citar al sector del transporte y el reparto de comida a domicilio, pero la lista es mucho más extensa.

En los últimos años se ha exportado este modelo desde el servicio de coches con conductor o de comida a domicilio a otras actividades como servicios de limpieza, estética, cuidado de personas o las reparaciones a domicilio. Uno de los ejemplos más destacados es el de Uber¹, que tras comenzar con el transporte de viajeros, ha ampliado sus líneas de negocio hacia el reparto de comida a domicilio (*Uber Eats*²), la puesta en contacto a transportistas con empresas (*Uber Freight*³), el transporte de pacientes a centros sanitarios (*Uber Health*⁴) y el alquiler de bicicletas y motos eléctricas (*Uber Jump*⁵).

Estas nuevas plataformas *on-line* para el trabajo digital introducen cierta ambigüedad sobre las relaciones laborales, a través de una doble vía. Primero,

¹ <https://www.uber.com/es/es-es/>

² <https://www.ubereats.com/es-ES/>

³ <https://www.uberfreight.com/>

⁴ <https://www.uberhealth.com/>

⁵ <https://www.uber.com/es-ES/ride/uber-bike/>

por la incorporación de un tercer agente a esa relación, configurando un triángulo entre la empresa, el proveedor y el usuario o consumidor, en vez del tradicional acuerdo bilateral. Este pacto a tres bandas, puede introducir dudas acerca de quién es el responsable de prestar el citado servicio, ya que la figura del empleador puede quedar algo difuminada. Segundo, por la asimetría generada, en materia de responsabilidades laborales y por el consiguiente efecto sobre la negociación colectiva, que suele perjudicar a la persona que presta el servicio.

En el informe 3/2018, “El futuro del Trabajo” del Consejo Económico y Social (CES) de España, se señalaba que en el campo de las relaciones laborales hay muchos aspectos que pueden verse modificados, y no siempre para bien, a partir de los cambios tecnológicos.

Entre ellos el CES señalaba los problemas para identificar la relación de trabajo asalariado, lo que está provocando importantes cambios en el marco que regula las relaciones laborales, especialmente el contrato de trabajo. A lo anterior también hay que añadir todo lo que rodea a las tareas de dirección y control por parte de los empleadores, o el lugar y tiempo de la prestación laboral, los salarios, formación, seguridad e higiene en el trabajo, la protección social o los instrumentos de representación y negociación colectiva.

3. LADIGITALIZACIÓN DE LA ECONOMÍA Y SUS REPERCUSIONES SOBRE EL MERCADO LABORAL

3.1. Factores que condicionan el trabajo digital

Señalados los nuevos modelos de las relaciones laborales que se abren con la digitalización de la economía, es preciso indicar los efectos que este proceso está provocando sobre las condiciones de trabajo y la calidad del empleo, clave de bóveda para entender las implicaciones de este fenómeno.

La Tabla 1 permite resumir los principales factores y efectos sobre el empleo de la “Economía 4.0”. Así, la globalización económica ha provocado un aumento de la competencia, ya que la producción de bienes y servicios puede originarse en cualquier parte; por otra parte, desaparece el concepto tradicional del centro de trabajo, puesto que muchas tareas se pueden hacer fuera de la oficina, simplemente con un ordenador portátil o un teléfono inteligente. Finalmente, la globalización mundial complica enormemente la aplicación de los derechos laborales, puesto que las legislaciones en este campo no siempre son las mismas.

Por lo que respecta al incremento de la tecnología es evidente que estas herramientas se abren paso en todas las actividades económicas, minimizando e

incluso llegando a prescindir del factor humano. Además, se constata un aumento de las actividades prestadas a través de plataformas virtuales, surgiendo nuevas formas de trabajo, que no se pueden encuadrar, al menos directamente, bajo la concepción tradicional de trabajador autónomo ni asalariado. Finalmente, el mayor uso de la tecnología aumenta el nivel de globalización y ésta incrementa el empleo de aquella, lo que provoca un proceso de retroalimentación.

En cuanto a los efectos de la descentralización y externalización de la actividad económica, podemos señalar que precisamente la especialización productiva y de servicios implica un fuerte proceso descentralizador y externalizador, ya que cualquier tarea se puede dividir en otras de menor intensidad y/o carga de trabajo. En este escenario, la capacidad de negociación colectiva se resiente e incluso, puede llegar a desaparecer. Finalmente, el creciente trabajo “a demanda” potencia el desarrollo de micro trabajos, a través de múltiples tareas en cualquier momento de tiempo.

Tabla 1: Factores que condicionan el trabajo digital

Factores	Efectos
Globalización	Aumento de la competencia Afectación al tejido productivo Se difumina la prestación de los servicios. Desaparece el concepto tradicional de centro de trabajo La dispersión complica la aplicación de los derechos laborales
Incremento de los cambios tecnológicos	La tecnología se abre paso en todas las actividades económicas Se puede llegar a prescindir del factor humano para ciertas actividades, especialmente aquellas intensivas en factor capital Aumento de las actividades prestadas a través de plataformas virtuales Surgen nuevas formas de trabajo El mayor uso de la tecnología aumenta la globalización y ésta incrementa el empleo de aquella
Descentralización y externalización de la actividad económica	La especialización supone descentralizar y externalizar la actividad económica La capacidad de negociación colectiva se resiente e incluso puede llegar a desaparecer El trabajo “a demanda” potencia el desarrollo de micro trabajos (tareas/ tiempos)

Fuente: Elaboración propia a partir de Eurofound (2015), CES (2017 y 2018) y Hernández (2019)

Señalados los factores que condicionan el trabajo digital, es el momento de centrarnos en su incidencia sobre el empleo. Como se ha señalado la digitalización conlleva un empleo a demanda y, por lo tanto, la oferta de trabajo va a verse condicionada por esta situación. La Tabla 2 recoge los principales riesgos y su dimensión.

Por lo que respecta a la intensificación del ritmo de trabajo se constata que al ser un empleo “a demanda” al trabajador le resulta muy complicado planificar la actividad laboral. Además, precisamente por esta característica se le exige al prestador una respuesta inmediata, pero al mismo tiempo desconoce aspectos tan básicos como si realizará una próxima actividad o la duración de la misma. Esto está muy relacionado con la mayor flexibilidad y disponibilidad de los trabajadores, que se ven como la tradicional jornada laboral desaparece y los horarios de trabajo efectivo quedan completamente diluidos. La pérdida salarial es una realidad, ya que al tratarse de un servicio “a la carta”, con una fuerte competencia, se produce una devaluación salarial.

Por lo que respecta a la creación de micro empleos, se trata de tareas con baja remuneración, por un número reducido de horas o bien para actividades muy específicas. Asimismo, se produce un aumento del subempleo, debido a la creación de puestos de trabajo a tiempo parcial, con bajas remuneraciones, que no permiten el aprovechamiento del capital humano del trabajador. Además, se genera una pérdida de autonomía y privacidad, provocando un mayor seguimiento y control del trabajador por parte del empleador.

Por lo que respecta a la reducción de los derechos sociales, esta situación es consecuencia de la merma de la capacidad de actuación de las organizaciones sindicales, ya que los que prestan el servicio desconocen la política de la empresa respecto al resto de trabajadores.

Finalmente, debido a la realización de operaciones a escala global, se produce una merma de capacidad de actuación de las políticas públicas nacionales.

Tabla 2: Potenciales riesgos de la digitalización sobre las condiciones de trabajo y calidad del empleo

Tipo de riesgo	Dimensión del riesgo
Intensificación de los ritmos de trabajo	Al ser un empleo “a demanda” no es posible planificar la actividad laboral

Tipo de riesgo	Dimensión del riesgo
Aceleración de los ritmos de trabajo	El nuevo sistema requiere rapidez en la prestación de los servicios por parte del trabajador
Mayor flexibilidad y disponibilidad de los trabajadores	Se carece de una jornada laboral delimitada en el tiempo
Pérdida salarial	Al tratarse de un servicio “a la carta” con fuerte competencia, se produce una devaluación salarial
Creación de micro empleos	Aparición de contratos con baja remuneración y por un número reducido de horas o bien contratos para tareas muy concretas
Aumento del subempleo	Creación de puestos de trabajo a tiempo parcial, con menores remuneraciones, que no permiten aprovechar el capital humano del trabajador
Pérdida de la autonomía y privacidad	Esto genera un mayor seguimiento y control del trabajador
Reducción de los derechos sociales	Se reduce la capacidad de actuación de las organizaciones sindicales
Realización de operaciones a escala global	Las actuaciones laborales, de un determinado estado pierden capacidad de actuación cuando la actividad se realiza a través de una plataforma on line

Fuente: Elaboración propia a partir de Eurofound (2015), CES (2017 y 2018) y Hernández (2019)

El debate sobre los beneficios y costes de la digitalización económica está abierto. Por un lado, se argumenta que la digitalización de la economía puede provocar mejoras en las condiciones de trabajo. Se suelen señalar como argumentos positivos la realización de tareas en un marco mucho más cooperativo o una mayor flexibilidad en la organización del tiempo de trabajo.

Sin embargo, la digitalización económica también implica efectos negativos, especialmente cuando focalizamos el estudio sobre el trabajo autónomo. En efecto, la nueva situación de las relaciones laborales trae consigo cambios en la transformación de los horarios de trabajo, sobre la intensidad y carga de trabajo. Así, se constata una importante asimetría en el reparto de las responsabilidades y obligaciones laborales, teniendo que soportar el realizador del servicio la mayor parte de las mismas. No existe para quién presta el servicio ni compensación

por despido ni por enfermedad o accidente laboral, ni vacaciones retribuidas, si carece de relación laboral.

Las plataformas que actúan como intermediarias suelen tener muy pocos trabajadores en plantilla, externalizando la mayor parte de sus actividades, lo que les permite reducir mucho sus costes y apostar por una estrategia de competencia muy agresiva en precios.

A cambio, se reducen costes y el usuario de la aplicación informática sobre la que se basa el servicio, puede tener a los pocos minutos la comida solicitada o la avería reparada, supuestamente también a un coste menor. Sin embargo, también puede producirse una redistribución de rentas desde la persona que presta el servicio, que ahora puede cobrar menos y que, además, tendrá que pagarse la seguridad social, hacia el empresario virtual.

Este tipo de relación puede ser una opción temporal cuando los que prestan el servicio a través de esta plataforma lo hacen como actividad económica secundaria o en su tiempo libre. Este sería, por ejemplo, el caso de un estudiante que quiere ganarse un dinero extra. Sin embargo, no debemos olvidar que, por lo general, se trata de un trabajo en peores condiciones que un empleo tradicional. Por lo tanto, una expansión incontrolada de este tipo de actividades aumentaría la ya de por sí elevada precariedad laboral, especialmente en países como España.

3.2. La creciente robotización de la economía

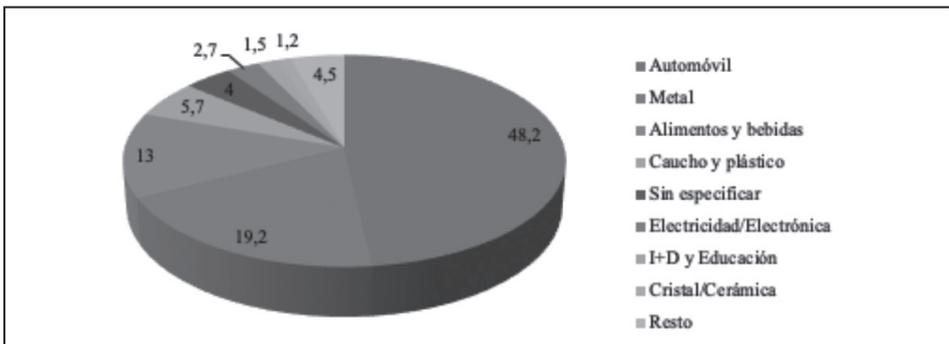
Una segunda cuestión que merece atención es la creciente robotización de una parte significativa de nuestra economía. Es evidente que muchas de las tareas que antes realizaban las personas, ahora las pueden prestar las máquinas, que no se ponen enfermas y que carecen de derechos sociales y vacaciones. Lo anterior ha puesto sobre la mesa si los robots deben soportar un impuesto para compensar ese trabajo que hasta el momento realizaba una persona. Con estos recursos, según los defensores de este planteamiento, se podría sufragar entre otros gastos, una parte del coste de las pensiones.

Sin embargo, la realidad no parece ir en este sentido, puesto que el informe aprobado en febrero de 2017 por la Eurocámara para que la Comisión Europea elabore propuestas legislativas por los efectos de la robotización sobre la economía no recoge el planteamiento de generar una renta mínima para compensar los efectos. Además, el actual funcionamiento del sistema de financiación de la Seguridad Social no contempla ni esta posibilidad ni quienes serían los potenciales beneficiarios de esta medida. Por otra parte, es evidente que esta alternativa tampoco sería suficiente para compensar los efectos del envejecimiento sobre

el sistema de pensiones, que es realmente el principal problema en materia de financiación de las pensiones (Vaquero, 2017 y 2019).

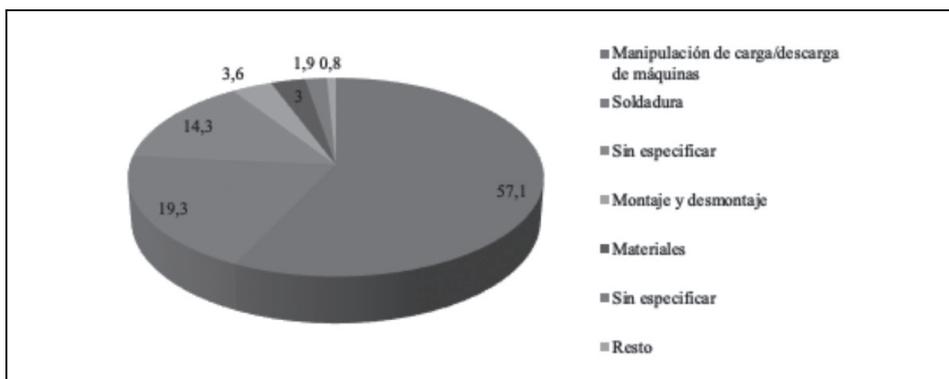
¿En qué estado se encuentra España en robotización económica? El Gráfico 1 refleja el porcentaje de distribución de robots por sectores en España. Como se puede comprobar el mayor número de robots se encuentra en el sector del automóvil, metal y en las actividades relacionadas con alimentación y bebidas. El Gráfico 2 representa la distribución de robots por aplicaciones. La mayor parte de las actividades con robots se concentran en tareas de manipulación de carga/descarga de máquinas y soldadura, sobre todo en la construcción de automóvil.

Gráfico 1: Distribución de robots en España por sectores, en porcentaje (2016)



Fuente: Estadísticas de Robótica Industrial en España. Estudio Anual. Asociación Española de Robótica y Automatización (2017)

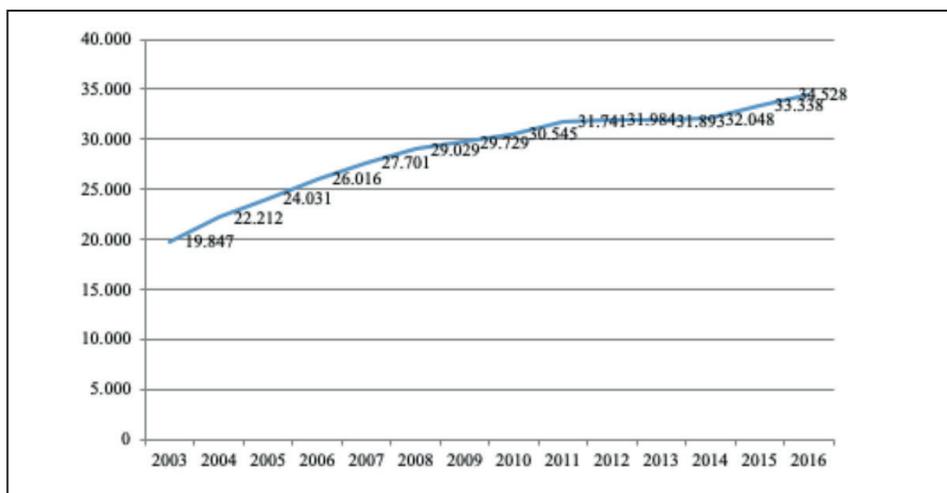
Gráfico 2: Distribución de robots en España por aplicaciones, en porcentaje (2016)



Fuente: Estadísticas de Robótica Industrial en España. Estudio Anual. Asociación Española de Robótica y Automatización (2017)

El Gráfico 3 recoge la evolución del stock de robots en España, comprobándose el importante aumento desde los 19.847 en 2003 a los 34.528 en 2016, un aumento del 74% durante estos años. Las ventas de robots en el mercado español dependen en gran medida de la industria automovilística, siendo España el segundo mayor fabricante de vehículos europeo solo por detrás de Alemania. En España, la ratio en 2018 es de 11 robots por cada 1.000 empleados en este sector, mientras que la ratio en la industria es de 8 robots instalados por cada 1.000. En el *ranking* global, España ocupa el puesto número 10 a nivel internacional.

Gráfico 3: Evolución del parque de robots en España (2003-2016)



Fuente: Estadísticas de Robótica Industrial en España. Estudio Anual. Asociación Española de Robótica y Automatización (2017)

Es evidente que hay una importante incertidumbre ante lo que puede pasar. El efecto “sustitución” entre capital humano y robots está presente y de producirse, puede significar una destrucción de empleo, sobre todo en aquellos sectores y ocupaciones donde sea más sencillo este reemplazo. Por ejemplo, ya existen vehículos autónomos que pueden realizar el transporte de personas, algo impensable hace solo una década.

¿Qué nos dicen las investigaciones económicas? No existe una evidencia clara. En Frey y Osborne (2013) se señala que hay un riesgo del 50% de sustitución del empleo en las economías más desarrolladas, a partir de un análisis de las tareas afectadas (el 47% el total del empleo en EEUU estaría en riesgo de automatización en las próximas dos décadas). En Chui, Manyika y Miremadi (2015) se llega a un resultado similar; según estos autores el 45% de las actividades

que actualmente realizan las personas pueden ser desempeñadas por robots. Sin embargo, hay otros estudios como el de Arntz, Gregory y Zierahn (2016), que sostienen que el porcentaje de riesgo es de 15% para las economías más desarrolladas (9% para la economía norteamericana). La principal diferencia entre estos trabajos es que los dos primeros han tomado como referencia la sustitución potencial por robots en tareas, mientras que el último analiza la incidencia sobre los puestos de trabajo (un puesto de trabajo suele suponer la realización de varias tareas). Por lo tanto, en función de la variable utilizada, las consecuencias de la robotización económica serían muy distintas (Miguélez, 2018).

¿En qué situación se encuentra España? A partir del trabajo de Arntz, Gregory y Zierahn (2016), nuestro país sería el tercero de la OCDE con mayor porcentaje de trabajadores con alto riesgo de reemplazamiento por el proceso de robotización (12%), solo por detrás de Austria y Alemania (ambos con un 13%). Los autores señalan tres causas que explican esta posición: tipo de industria, tipo de ocupación y nivel educativo.

Sin embargo, no se pueden señalar efectos únicos. No todas las profesiones van a tener el mismo grado de reemplazamiento. La Tabla 3 permite señalar, a partir de un informe de CaixaBank, el riesgo de automatización para un conjunto de profesiones a nivel internacional por medio de la identificación de aquellos grupos de tareas que los robots podrán realizar en las dos próximas décadas. Para el caso español, el citado informe estima que alrededor del 29% de los empleos tiene un perfil bajo (probabilidad inferior al 33%) de ser automatizados, el 28% tiene una probabilidad media (33-66%) y el 43% restante una probabilidad de automatización alta (superior al 66%). Sin duda, la importante presencia de robots sobre ciertas actividades económicas (la fabricación de vehículos es el ejemplo más claro) es una buena muestra de la mayor o menor probabilidad de que esto suceda.

Tabla 3: Profesiones y riesgo de automatización

Profesión	Grupo de riesgo	Probabilidad
Médicos de familia	Bajo	0,42%
Compositores, músicos y cantantes	Bajo	4,5%
Analistas financieros	Medio	46%
Taxistas y repartidores	Medio	57%

Contables- Administrativos	Alto	97%
Operadores de <i>telemarketing</i>	Alto	99%

Fuente: CaixaBank Research (2016)

En Acemoglu y Restrepo (2017) se indica que, para la economía norteamericana, la introducción de un nuevo robot por cada 1.000 trabajadores reduciría la tasa de empleo en 0,34 puntos porcentuales⁶. Según los autores, un nuevo robot reduciría el empleo en 5,6 trabajadores y los salarios en 0,5 puntos porcentuales.

En el documento *Report of the high level expert group on the impact of the digital transformation on EU labour markets* (2019) de la Comisión Europea se señala como la polarización de mercado de trabajo va a provocar un aumento de la desigualdad salarial entre un grupo reducido de trabajadores altamente cualificados y una cantidad creciente de personas disponibles para poder ocupar empleos de escasa cualificación (Gortazar, 2018).

En un reciente estudio publicado por la Universidad de Oxford (2019) *How robots change the world: what automation really means for jobs and productivity* se señala como el stock global de robots industriales se triplico en los últimos veinte años, alcanzando los 2,3 millones y se espera que para 2030 esta cifra llegue a los 20 millones. En este mismo estudio si bien el aumento de la robotización de la economía aumentará la productividad y el crecimiento (un aumento del 30% de las instalaciones con robots hasta 2030, permitiría aumentar el PIB en 5 billones de dólares), facilitando la creación de nuevos empleos, también se estima que este proceso expulsará del mercado de trabajo a 20 millones de trabajadores no cualificados, especialmente en las regiones menos desarrolladas del planeta.

Pero no todo es negativo por el proceso de robotización de la economía. En primer lugar, hay que considerar el efecto “complementariedad”, puesto que además de la sustitución de trabajadores, la incorporación de los robots permitiría una mejora de la productividad, con el consiguiente efecto de creación de nuevos empleos en esa empresa u otros sectores. Además, si aumenta la productividad del trabajador, también debería hacerlo su salario.

En segundo lugar, la robotización no debe entenderse como un sinónimo de destrucción de empleo. La Asociación Española de Fabricantes de Automóviles y Camiones (ANFAC), que representa a un sector que cuenta con el 48,2% de todos los robots en España, ha señalado que la robotización de su actividad ha venido acompañada con un mantenimiento de la tasa de empleo del sector, en

⁶ Véase “Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets”, NBER Paper, march (2017).

torno al 9%, lo que ha permitido alcanzar en 2016 una cifra de empleo (240.900 trabajadores) muy similar a la obtenida antes de la crisis económica.

Finalmente habría que indicar un tercer efecto, relacionado con el desplazamiento de la función de producción, de forma que, gracias a la robotización, con los mismos recursos se podrían producir más bienes y servicios, lo que implicaría un aumento del PIB y la riqueza, con el consiguiente aumento del bienestar. Por lo tanto, la robotización de la economía es mucho más que un *trade-off* entre trabajadores y máquinas. Este proceso puede permitir la creación de nuevas profesiones y actividades.

Cuestión distinta es la más que probable polarización de los salarios derivada de esa robotización. En este escenario los trabajadores con mayor probabilidad de ser reemplazados serán aquellos con una formación y salarios intermedios. Este tipo de trabajadores suelen realizar tareas repetitivas que son fácilmente asumibles y sin error, por parte de las máquinas. Las previsiones sobre el aumento del empleo en caso de una extensión de la robotización pivotarían sobre aquellos puestos de trabajo para las personas con elevada y escasa formación. En el primer caso porque sus elevados conocimientos y competencias se traducen en una baja probabilidad de ser sustituidos. En el segundo, porque, incluso considerando su escasa cualificación, este tipo de trabajadores suele realizar tareas manuales no rutinarias, lo que les “blinda” contra la sustitución de las máquinas.

4. CONCLUSIONES

La digitalización de la economía está provocando una mayor inestabilidad laboral en ciertas actividades y servicios. Este proceso, si bien puede permitir el acceso universal a muchos servicios y a un precio inferior hacia el consumidor, no parece que se produzca tantos beneficios hacia el trabajador.

De producirse la batería de riesgos señalada en este trabajo, lejos de garantizar una homogenización e igualación social, lo que se estaría produciendo con la digitalización económica sería el efecto contrario. La digitalización puede crear mayores diferencias en relación a la renta o el mantenimiento del empleo. Además, esta segmentación laboral ya no es ahora propia de un mercado delimitado, sino que opera a nivel global, como la propia economía. Los efectos de esta dualización del mercado laboral son mucho más intensos que en los modelos económicos tradicionales. En efecto, la dualidad del mercado de trabajo vuelve a aparecer, pero esta vez no para crear nichos o colectivos de trabajadores estables, frente a otros, de naturaleza precaria, sino que va más allá. Con la digitalización económica hay profesiones y sectores que se han vuelto mucho más flexibles y

esto acarrea importantes ajustes, tanto en relación al tipo de empleo, como a su remuneración.

Lo que hay detrás de todo esto es la modificación de la relación laboral, tal y como la veníamos conociendo hasta el momento. Por ejemplo, si existe carga de trabajo (demanda por parte del cliente) y si el prestador del servicio está disponible, se podrá recibir una compensación por esta actividad. Si no hay disponibilidad para prestar el servicio o si no hay demanda del mismo, no habrá compensación económica. Se trata, por lo tanto, de una “contratación” *on demand job* (empleo bajo demanda).

Además, quien presta el servicio asume mayores cargas sociales que si se tratase de un trabajador asalariado y/o el mantenimiento de sus herramientas de trabajo. Por lo tanto, es evidente la existencia de una importante asimetría en el reparto de las responsabilidades y obligaciones laborales, teniendo que soportar el realizador del servicio la mayor parte.

En relación a los efectos económicos de la robotización es preciso señalar que las estimaciones no resultan concluyentes, debiendo tener muy en cuenta los efectos positivos y negativos de la robotización. Como se ha señalado en este artículo, la robotización de la economía es mucho más que un *trade-off* entre trabajadores y máquinas. Así, entre los previsibles resultados se pueden señalar, el incremento de productividad, la reducción de costes, la creación de nuevas profesiones, sustitución de trabajadores por capital y la polarización de los salarios.

En resumen, se prevén importantes cambios en las relaciones laborales en los próximos años y será necesario que tanto los responsables públicos como los agentes sociales, empresarios y trabajadores se den cuenta de la necesidad de estar preparados y anticiparse a las repercusiones de este nuevo escenario laboral que nos trae la “Economía 4.0”.

BIBLIOGRAFÍA

- Acemoglu, D. y Restrepo, P., *Robots and Jobs: Evidence from US Labor Markets*, NBER Working Paper No. 23285, march, 2017.
- Arntz, M., Gregory, T. y Zierahn, U., “The Risk of Automation for Jobs in OECD Countries: A Comparative Analysis”, *OECD Social, Employment and Migration Working Papers*, No. 189, OECD Publishing, Paris, 2016.
- Caixabank Research *¿Llegará la Cuarta Revolución Industrial a España?, Las nuevas tecnologías y el mercado de trabajo*, Barcelona, 2016.

- Chui, M., Manyika, J. y Miremadi, M., *Four fundamentals of workplace automation*, McKinsey & Company, 2015.
- Consejo Económico y Social de España, CES, *La digitalización de la economía*, Madrid: CES, 2017
- Consejo Económico y Social de España, CES, *El futuro del trabajo*, 3/2018, Madrid: CES, 2018
- Eurofound, Nuevas formas de empleo. Resumen ejecutivo, Fundación Europea para la Mejora de las Condiciones de Vida y Trabajo, 2015
- European Commission, *Report of the high level expert group on the impact of the digital transformation on EU labour markets*, European Commission, 2019
- Frey, C. y Osborne, M., “The Future of Employment: How Susceptible Are Jobs to Computerisation?”, *Technological Forecasting and Social Change* 114, January, 254-28, 2017
- Hernández, M., “La digitalización de la economía: nuevas tendencias en el mercado de trabajo”, *La Riqueza de las Naciones*, Asociación de Española de Ciencia Regional, 2019.
- Gortazar, L., *Transformación digital y consecuencias para el empleo en España. Una revisión de la investigación reciente*, Documento de Trabajo 2018/04 FEDEA, Madrid, 2018.
- Miguélez, F., “Revolución digital y futuro del empleo”, *Anuario IET de Trabajo y Relaciones Laborales*, 5, 147-161, 2018.
- Oxford Economics, *How robots change the world: what automation really means for jobs and productivity*, June, Oxford Economics, 2019.
- Vaquero, A., “Retos futuros en material laboral”, *Informe de Conyuntura económica del Foro Económico de Galicia*, septiembre, 26-36, 2017.
- Vaquero, A., “Digitalización económica y nuevos retos laborales”, *Seminario internacional El trabajo en la nueva economía*, 14 y 15 de noviembre, Pontevedra, 201

LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD 4.0

MARÍA TERESA IGARTUA MIRÓ

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: Industria 4.0, flexibilidad, lugar de trabajo, riesgos psicosociales, bienestar organizativo

Los desafíos derivados de la digitalización-automatización imponen renovadas aproximaciones a la seguridad y salud en el trabajo. Junto a posibles movimientos legislativos encaminados a la “universalización” de la tutela o a abordar los riesgos psicosociales y otros emergentes, resulta imperiosa la reinterpretación de la normativa vigente. Se impone una construcción de la “obligación de seguridad 4.0”, con perfecta cabida en el texto de la LPRL, capaz de asumir un buen número de los grandes retos planteados en este ámbito concreto. Esta reinterpretación, unida al papel de la negociación colectiva, muestra la capacidad de nuestra norma preventiva para afrontar con efectividad la tutela integral de la salud del trabajador en los actuales escenarios laborales, bastante alejados de los tradicionales contextos industriales con espacios y tiempos de ejecución mucho más estables.

ABSTRACT

KEYWORDS: Industry 4.0, flexibility, workplace, psychosocial risks, organizational well-being

The challenges of digitalization and automation require renewed approaches to occupational safety and health. Alongside possible legislative movements aimed at “universalising” guardianship or addressing psychosocial and other emerging risks, there is an urgent need to reinterpret existing regulations. A construction of the “security duty 4.0” is necessary, with a perfect place in the text of the LPRL, able to take on a large number of the great challenges posed in this particular area. This reinterpretation, together with the role of collective negotiation, shows the capacity of our preventive norm to effectively face the integral protection of the worker’s health in the current labour scenes, quite far from the traditional industrial contexts with much more stable spaces and execution times.

ÍNDICE

1. INDUSTRIA 4.0 Y “NUEVOS” RIESGOS LABORALES
2. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD 4.0 EN LOS CONFINES DE LA LPRL
 - 2.1. Obligación dinámica e integral
 - 2.2. Integración de la obligación de seguridad
 - 2.3. Prevención y solo prevención: el valor de los principios
 - 2.4. La participación de los trabajadores en entornos 4.0
 - 2.5. Vocación expansiva de la normativa preventiva
 - 2.6. Interdisciplinariedad y auge de la ergonomía y psicología aplicada
 - 2.7. Formación, sensibilización y cultura preventiva en el centro del sistema
3. NUEVOS RETOS Y MODERNIZACIÓN DE LA LPRL Y SU MARCO NORMATIVO
 - 3.1. Universalización de la tutela: revisión del ámbito de aplicación de la LPRL
 - 3.2. Hacia un concepto dinámico de “lugar de trabajo”
 - 3.3. Riesgos psicosociales y desarrollo tecnológico

1. INDUSTRIA 4.0 Y “NUEVOS” RIESGOS LABORALES

Se debe a Klaus Schwab¹, fundador del Foro Económico Mundial, la generalización del término Industria 4.0 y su equiparación a la cuarta revolución industrial, desarrollada en tiempos recientes a través de la adopción de lógicas y tecnologías innovadoras derivadas de “*lo digital*” en el interior de los lugares de trabajo y en los procesos organizativos y productivos. Dos de los cambios más significativos afectan, por un lado, a la ubicuidad de los dispositivos tecnológicos y la expansión de internet que alteran de forma sustancial las condiciones de trabajo tradicionales en la mayoría de los sectores y actividades y, por otro, al peculiar universo de las formas de trabajo surgidas al amparo de la *gig economy*, *crowdeconomy* o economía de plataformas, normalmente vía *app*, que reclama un marco regulatorio propio pues concurren perfiles específicos en la prestación que conducen a la “precarización” del colectivo².

¹ Con más detalle, Schwab, K., *La cuarta revolución industrial*, Debate-Foro Económico Mundial, Barcelona, 2016, pp. 34 ss (v. digital); también Stabile, S., Bentivenga, T. e Pietrafesa, E., *ICT e lavoro: nuove prospettive di analisi per la salute e la sicurezza sul lavoro*, INAIL, Milano, 2017, p. 18; Guarascio, D. e Sacchi, S., *Digitalizzazione, automazione e futuro del lavoro*, INAPP, Roma, 2017, p. 5. Torrecilla García, J.A., Pardo Ferreira, C. y Rubio Romero, J.C., “Industria 4.0 y transformación digital: nuevas formas de organización del trabajo”, *RTSS. CEF*, nº extraord. 2019, pp. 27 ss. *La Digitalización y la industria 4.0*, CCOO, Madrid, 2017.

² En detalle, Aguilar del Castillo, C., “La plataforma digital y el sujeto obligado en materia de prevención de riesgos laborales”, *XXII Congreso Mundial de la SIDTSS*, Turín, Sept. 2018, pp. 1 ss (original); De las Heras García, A. y Lanzadera Arencibia, E., “El trabajo en plataformas digitales, puro y duro... Un análisis desde los factores de riesgo laboral”, *RTSS. CEF* nº extraord. 2019, pp. 55 ss; Fernández Avilés, J.A. (Dir.), *El trabajo en la economía colaborativa y la prevención de riesgos laborales*, UGT, Madrid, 2018; Lazzari, C., “Gig economy e tutela della salute e sicurezza sul lavoro. Prime considerazioni a partire dal caso Foodora”, *RDSS*, nº. 3, 2018, pp. 455 ss; López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos laborales en el trabajo a demanda vía aplicaciones digita-

Sin analizar en detalle estos “nuevos” trabajos³, cuyos efectos preocupan a la doctrina⁴ y, aun a riesgo de generalizar en demasía, en ambas parcelas encontramos elementos comunes con incidencia en los riesgos laborales: la empresa u organización “hipertecnológica”, la “virtualización”, la desvinculación de un único espacio físico de titularidad empresarial, la delgada línea divisoria entre tiempo de trabajo y vida privada y las relaciones de colaboración y triangulares, entre otras. Para la OIT la digitalización y los avances tecnológicos son fuente de nuevos riesgos y de oportunidades en nuestro terreno⁵. La UE pone el foco de atención en el aumento del riesgo de estrés laboral debido a los avances tecnológicos y la creciente ubicuidad de los dispositivos tecnológicos “wearables”, la disponibilidad 24/7 y la dilución de fronteras entre el trabajo y la vida privada⁶.

Pese a que los riesgos son heterogéneos, algunos aún inciertos, lugar destacado ocupan los de tipo psicosocial, con origen en un conjunto de factores que se inscriben dentro del concepto de bienestar en el trabajo y se relacionan con determinadas características de su organización⁷; faceta especialmente compleja al comprender distintos aspectos y conectar con las percepciones y experiencias del trabajador⁸. Se manejan definiciones de gran amplitud ligadas a la organización, el contenido del trabajo, la realización de la tarea e, incluso con el entorno⁹. Se descartan listados exhaustivos, para emplear elencos abiertos con un

les”, *LH* n° 41, 2019, pp. 1 ss; European Agency for safety and health at work (EASHW), *Protecting workers in the online platform economy*, Discussion Paper, Luxembourg, 2017.

³ Categoría de difícil delimitación, con aspectos comunes como la debilidad económica de quien los desarrolla y la ocasionalidad y volatilidad de la relación jurídica que los sustenta, Delogu, A., “Salute, sicurezza e “nuovi” lavori: le sfide prevenzionali nella gig economy e nell’industria 4.0”, *DSL* 2018-2, pp. 37 ss.

⁴ Rimbau-Gilabert, E., “Digitalización y bienestar de los trabajadores”; Serrano Argüeso, M., “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”; Trionfetti, M.C., Bingen, A. y Martínez, E., “Estudio del impacto de las nuevas formas de trabajo sobre la salud de los trabajadores”, todas en *IUSLabor* 2/2019, pp. 5 ss, 8 ss y pp. 32 ss.

⁵ OIT, *Seguridad y salud en el centro del futuro del trabajo. Aprovechar 100 años de experiencia*, Ginebra, Suiza, 2019, pp. 29 ss. Agra Viforcós, B., “Riesgos laborales en la industria y el trabajo 4.0”, en García Novoa, C. y Santiago Iglesias, D., *4ª Revolución Industrial: impacto de la automatización y la inteligencia artificial en la sociedad y la economía digital*, Thomson Reuters Aranzadi, Navarra, 2018, pp. 609 ss.

⁶ EASHW, *Foresight on new and emerging occupational safety at health risks associated with digitalization by 2025*, Luxemburgo, 2018, p. 6 y 56.

⁷ OIT, *Género, salud y bienestar en el trabajo*, Ginebra, 2013, p. 1.

⁸ OIT, *Los factores psicosociales en el trabajo: naturaleza, incidencia y prevención. Informe del Comité Mixto OIT-OMS sobre Medicina del Trabajo*, Ginebra, 1984, p. 4.

⁹ INSSBT, *NTP 702: El proceso de evaluación de los factores psicosociales*, Madrid, 2005 y *NTP 1056: PRIMA-EF: Marco Europeo para la gestión del riesgo psicosocial*, Madrid, 2015. Ceballos Vázquez, P., Valenzuela Suazo, S., Pravic Klijn, T., “Factores de riesgos psicosociales en el trabajo: género y enfermería”, *AE*, Vol. XXXII-n. 2, 2014, pp. 271 ss; Meliá, J.L., Nogareda, C.,

alto grado de tolerancia a nuevos factores derivados de los constantes cambios en las organizaciones productivas¹⁰. La irrupción de las nuevas tecnologías y su carácter “pervasivo” han llevado a clasificar los factores en cinco categorías: *techno-overload*, *techno-invasion*, *techno-complexity*, *techno-insicurity* y *techno-uncertainty*¹¹. También se habla de “tecnoservilismo” o alienación del siglo XXI¹². Los efectos son también múltiples: en la salud física (sobre el sistema cardiovascular o musculoesquelético), psicológica (ansiedad, depresión, burnout, estrés, entre otros) y en los resultados del trabajo, con descenso de la productividad, disminución de la calidad, absentismo, incremento de la duración de las bajas y siniestralidad laboral, conflictos, falta de cooperación de los trabajadores y otros análogos.

Preocupa especialmente el estrés laboral¹³, por su alto grado de incidencia sobre los trabajadores a escala global, enmarcado en una tendencia más general al aumento de las enfermedades mentales debidas a la tensión en el trabajo. En nuestro ordenamiento, al margen de la inclusión del Acuerdo Marco Europeo sobre el estrés laboral firmado el 8 de octubre de 2004 en el AINC 2005¹⁴, no se define ni se contempla el estrés como parte de la evaluación preventiva¹⁵, pero en la concepción del acuerdo se sitúa en el ámbito de aplicación del art. 5 de la Directiva Marco (89/391/CEE), esto es, la obligación del empresario de garantizar la seguridad y la salud de los trabajadores a su servicio en todos los aspectos relacionados con el trabajo, adoptando las medidas necesarias para prevenirlo, eliminarlo o reducirlo, comenzando con la evaluación de riesgos.

El estrés se relaciona con el desajuste¹⁶ entre las demandas de la prestación y las capacidades del trabajador y en su derivación tecnológica (tecnoestrés) se

Lahera, M., Duro, A., Peiró, J.M., Salanova, M., Gracia, D., “Principios comunes para la evaluación de riesgos psicosociales en la empresa”, en Meliá, J.L., *Perspectivas de intervención en Riesgos Psicosociales. Evaluación de Riesgos*, Foment de Treball Nacional, Barcelona, 2006, p. 17.

¹⁰ Vid. *Consortio Europeo para la gestión del riesgo psicosocial*, INSSBT NTP 1056..., op. cit., p. 3.

¹¹ Así lo hace Ragu-Nathan y lo recogen Stabile, S. et altri, *ICT e lavoro...*, op. cit., p. 50; Cuervo Carabel, T., Orviz Martínez, N., Arce García, S. Fernández Suárez, I., “Tecnoestrés en la Sociedad de la Tecnología y la Comunicación: Revisión Bibliográfica a partir de la Web of Science”, *APRL* 2018, 21 (1), p. 19.

¹² Lafuente Pastor, V.P., “El cambio de paradigma tecnoeconómico y los nuevos escenarios profesionales. Crisis de los derechos laborales y nuevos riesgos emergentes”, *AIS* n° 38, 2018, pp. 30 y 34; Guarascio, D. e Sacchi, S., “Digitalizzazione, automazione...”, op. cit., p. 16.

¹³ OIT, *Riesgos emergentes y nuevos modelos de prevención en un mundo de trabajo en transformación*, Ginebra, 2010, p. 10.

¹⁴ Resolución 7 marzo 2005, DGT, por la que se dispone la inscripción en el registro y publicación del Acuerdo Interconfederal para la negociación colectiva 2005 (BOE 16 de marzo).

¹⁵ Sí en cambio en la norma italiana (art. 28 TU, d.lgs. n.81/2008, comma 1).

¹⁶ Sclip, G., “Strumenti e buone pratiche per la prevenzione e la gestione dello stress lavoro-correlato”, *I&SL* 1/2017, pp. III ss; Stabile, S. et altri, *ICT e lavoro...*, op. cit., pp. 49 ss;

define como un estado psicológico y social negativo, relacionado con el uso de las TIC o amenaza de su uso en un futuro, que viene condicionado por la propia percepción de dicho desajuste y que conduce a un alto nivel de activación psicofisiológica no placentera y al desarrollo de actitudes negativas hacia las mismas¹⁷. En síntesis, puede provocar tensión, ansiedad, agotamiento y disminución de la satisfacción laboral, dependientes no solo de las propiedades de las TIC sino también de las características personales del trabajador y de su propia formación y capacidades¹⁸. A ello se añade el barrenado de los tiempos de trabajo y la flexibilización del lugar de la prestación, con incremento de los riesgos, inclusive de accidente, ligados a la falta de descanso y la tensión originada por la inflación informativa y la hiperconexión. El trabajo a través de servidores, los cambios horarios, la exigencia de respuestas súbitas y las “*multitask*”, incrementan la carga de trabajo y la carga mental¹⁹, que carece de una definición jurídica o de fórmulas exactas de medición, por tanto, dotada de pocas soluciones, más allá de la necesidad de evaluación y prevención. Las tradicionales fórmulas de cómputo y limitación de la jornada resultan insuficientes e inadecuadas para los nuevos escenarios laborales que reclaman una regulación más coherente, global, equilibrada y actualizada capaz de afrontar los desafíos del siglo XXI. Igual faltan investigaciones en este terreno que permitan trazar un mapa de riesgos mucho más preciso. Urge la adopción de parámetros para limitar el uso de los dispositivos digitales por razones de salud²⁰, con el riesgo de que la industria 4.0 institucionalice un trato a la persona que presta servicios como los propios productos vendidos, en detrimento no solo de su dignidad sino también de su salubridad²¹, olvidando que el trabajo “no es una mercancía”²².

¹⁷ Salanova, M., “Trabajando con tecnologías y afrontando el tecnoestrés: el rol de las creencias de eficacia”, *RPTyO* n° 19, 2003, p. 225; Ventura, M., Llorens, S., Salanova, M., “El tecnoestrés: un estudio del desarrollo de diferentes instrumentos de medida”, *Jornades de Foment de la Investigació*, Universitat Jaume I, Castellón, 2005, p. 3; Aragüez Valenzuela, L., “El impacto de las tecnologías de la información y de la comunicación en la salud de los trabajadores: el tecnoestrés”, *e-RIPS*, Vol. II, n° 2, 2017, pp. 169 ss.

¹⁸ Cuervo Carabel, T. et altri, “Tecnoestrés en la Sociedad...”, op. cit., p. 21.

¹⁹ Con claros efectos potenciales sobre la salud, González Cobaleda, E., “Digitalización, factores y riesgos laborales: estado de situación y propuestas de mejora”, *RTSS. CEF, n° extraord.* 2019, pp. 97-98.

²⁰ Purcalla Bonilla, M.A., “Control tecnológico de la prestación laboral y derecho a la desconexión de los empleados: notas a propósito de la Ley 3/2018, de 5 de diciembre”, *NREDT* n° 218/2019, p. 15.

²¹ Molina Navarrete, C., “La <<gran transformación digital>> y bienestar en el trabajo: riesgos emergentes, nuevos principios de acción, nuevas medidas preventivas”; De la Casa Quesada, S., “Tiempo de trabajo y bienestar de los trabajadores: una renovada relación de conflicto en la sociedad digital”, ambos en *RTSS. CEF, n° extraord.* 2019, pp. 12 y 117.

²² Afirmación que figuraba en la Declaración de Filadelfia (26ª reunión de la Comisión Internacional del Trabajo, 1944). De Stefano, V., “Labour is not a technology -reasserting the declaration of Philadelphia in times of platform-work and gigeconomy”, *IUSLabor* 2/2017, pp. 1 ss.

En definitiva, dada esta incidencia en la salud, debe avanzarse hacia el logro del bienestar en el trabajo²³, con nuevas perspectivas de análisis, aplicación e interpretación de las obligaciones preventivas. Es patente la obsolescencia de los mecanismos preventivos, organizados para un modelo de producción²⁴ que atraviesa un proceso abierto y contante de cambio radical²⁵.

2. LA OBLIGACIÓN DE SEGURIDAD 4.0 EN LOS CONFINES DE LA LPRL

2.1. Obligación dinámica e integral

Aun cuando los riesgos mencionados no se pudieron apreciar en toda su extensión por el legislador del año 95, nuestro art. 14 LPRL, siguiendo la estela comunitaria, impone al empresario el deber de garantizar el derecho a la seguridad y la salud *en todos los aspectos relacionados con el trabajo*, inserto en un modelo flexible con empleo de fórmulas abiertas, con una capacidad de ajuste “automática” sin necesidad de reformas permanentes, pocas veces reflejada en la norma laboral. Se abren amplios espacios de decisión empresariales inspirados en la promoción y tutela de los bienes jurídicos en juego con empleo de los criterios más adecuados para el logro de los fines perseguidos: la garantía integral de la seguridad y salud en el trabajo. La pasividad empresarial o la banalización del riesgo no debieran admitirse en un mundo laboral en plena transformación que lleva a incluir en la LPRL de forma natural los efectos de las tecnologías disruptivas²⁶. Incluso sin intervención legislativa, se impone al empresario una acción permanente de seguimiento de la actividad preventiva para perfeccionar de manera continua las actividades de identificación, evaluación y control de los riesgos que no se hayan podido evitar y los niveles de protección existentes y de disponer “*lo necesario para la adaptación de las medidas de prevención*”... “*a las modificaciones que puedan experimentar las circunstancias que incidan*

²³ Sobre el olvido del legislador y la necesidad de este enfoque, González Cobaleda, E., “Digitalización, factores...”, op. cit., pp. 85 ss.

²⁴ González Cobaleda, E., “Digitalización, factores...”, op. cit., pp. 97-98.

²⁵ García Jiménez, M., “Revolución Industrial 4.0, sociedad cognitiva y relaciones laborales: retos para la negociación colectiva en clave de bienestar de los trabajadores”, *RTSS. CEF*, nº. extraord. 2019, p. 156.

²⁶ La acuñación del término innovación disruptiva se atribuye a Clayton Christesen (www.claytonchristesen.com) que la empleó en su libro *The innovators dilemma* (1997), y viene referida a una innovación que crea un nuevo mercado y un valor de red superando y modificando el precedente con nuevas actitudes, Stabile, S. et altri, *ICT e lavoro...*, p. 8.

en la realización del trabajo” (art. 14.2.2º LPRL), incluyendo en las políticas preventivas los riesgos y efectos en la salud o el bienestar de la digitalización.

Deber del que deriva, sin el menor atisbo de duda, la obligación de evaluación de todos los riesgos (art. 16 LPRL)²⁷, núcleo y elemento determinante de la eficacia del sistema preventivo. Constatado un riesgo, debe medirse su magnitud, planificando las medidas concretas, adecuadas y eficaces a adoptar para la satisfacción de la garantía de seguridad, superando concepciones caducas de evaluaciones tipo y burocratizadas y de cumplimiento meramente formal, hasta alcanzar un instrumento integral, fácilmente actualizable y técnicamente fiable, único que garantiza éxitos en las políticas de seguridad. La evaluación no debe ser rígida, inmutable o de desproporcionadas dimensiones y complejidad, ajustándose a las características de las actividades y tamaño de las organizaciones productivas. La UE pone el acento en la evaluación caso por caso, en atención a las especificidades de cada lugar de trabajo como núcleo duro de la legislación comunitaria; enfoque que da la flexibilidad necesaria para que las empresas adapten las evaluaciones de riesgo, las medidas preventivas y la formación a su actividad específica, al tamaño de la empresa, a la distribución por sexo y por edad de los trabajadores, a los nuevos riesgos, etc., aunque también es consciente de las dificultades prácticas que acarrea²⁸. Los cambios tecnológicos deben ser valorados como factores de riesgo, en especial, psicosocial, aspecto central del bienestar organizativo²⁹, aunque subsisten escollos en orden a su “medición”, por falta de adaptación de los procedimientos actuales al nuevo entorno de trabajo de la industria 4.0³⁰.

2.2. Integración de la obligación de seguridad

No resulta innovador invocar la prevención integrada, presente en el texto original de la LPRL y “reforzada” en la Reforma 2003³¹ ante su proverbial fracaso, como principio cardinal de la eficacia preventiva, pero su aplicación práctica aún

²⁷ Obligando también a la evaluación eficiente de los riesgos psicosociales [STS 16 de febrero de 2016 (nº rec. 250/2014)] y de los riesgos derivados de las nuevas tecnologías, Stabile, S. et altri, *ICT e lavoro...*, op. cit., p. 56.

²⁸ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones, *Trabajo más seguro y saludable para todos -Modernización de la legislación y las políticas de la UE de salud y seguridad en el trabajo*, Bruselas 10.1.2017, COM (2017) 12 final, p. 6.

²⁹ Buoso, S., “Definire e qualificare il benessere organizzativo”, *DSL 2019-I*, p. 30.

³⁰ Vid. Torrecilla García, J.A. et altri, “Industria 4.0 y transformación...”, op. cit., p. 47; Orviz Martínez, N., Cuervo Carabel, T., Fernández Suárez, I., y Arce García, S., “Reflexión sobre la situación actual de la seguridad y salud de los trabajadores en la sociedad de las TIC”, *Actas del Congreso Prevencionar*, Madrid, Fourmarketing360, 2017, pp. 410 ss.

³¹ Ley 54/2003, de 12 de diciembre, de reforma del marco normativo de la prevención de riesgos laborales (BOE 13 diciembre).

presenta dificultades y reclama mayor grado de atención. Los arts. 15 LPRL y 1 RSP³² obligan al empresario a “integrar” la actividad preventiva en todas las fases, niveles o ámbitos de la organización y del proceso productivo, proyectándose en los procesos técnicos, la organización del trabajo y sus condiciones, inclusive a la hora de “digitalizar” las actividades e integrar hombre-máquina, más allá de consideraciones puramente económicas o productivas.

2.3. Prevención y solo prevención: el valor de los principios

El art. 15 LPRL traslada miméticamente de la DM los principios de la acción preventiva como criterios interpretativos y de aplicación de la obligación de seguridad, directamente exigibles pero que, pese a su potencial, aún no ocupan el lugar central que demandan. Vienen a reflejar la clara vocación preventiva de la norma y el carácter amoldable de la obligación de seguridad. Junto al de evitación que inspira toda la norma o los de evaluación y planificación (obligaciones específicas), destacan los de adaptación, sustitución, ponderación y atención a la “técnica”. En una valoración de conjunto, sin necesidad de ajustes legales, la LPRL impone una comprensión y aplicación dinámica de la obligación de seguridad, en constante evolución, hasta alcanzar los mejores niveles de protección posibles e impone también valorar los avances tecnológicos desde un prisma estrictamente preventivo, llegando inclusive a excluir su aplicación o, como mínimo, a adoptar medidas de seguridad *ad hoc*. Concepción abanderada por el TJUE³³. Se exige atender a la evolución de la “técnica”, una acción permanente y el perfeccionamiento continuo, ahora bien, acorde con los conocimientos científicos a disposición de las empresas, accesibles a través de los técnicos preventivos que deben actualizarse permanentemente.

El *principio de sustitución* (de lo peligroso por lo que entrañe poco o ningún peligro), se erige en pauta de interpretación esencial en la introducción de nuevas tecnologías, más allá del coste económico y de posibles efectos positivos en la producción y/o la rentabilidad. En la parcela específica de los dispositivos de control “wearables” o instalados en los EPI, abanderados por satisfacer determinados objetivos ligados a la seguridad de las personas (inclusive al bienestar)³⁴, debe acudir al art. 15.4 LPRL en relación a los riesgos adicionales y a la adopción solamente en caso de que su magnitud sea inferior o cuando no existan

³² RD 39/1997, de 17 de enero (BOE 31 enero).

³³ STJUE 15 noviembre 2001, C-49/00, Comisión v. República Italiana.

³⁴ *Tecnologías de control: ¿La búsqueda del bienestar del siglo XXI?*, Discussion Paper, Luxemburgo, 2017, pp. 1 ss.

otras alternativas. De superar este juicio de ponderación, además, se adoptarán medidas complementarias tales como la formación e información.

El *principio de adaptación* impone una tutela que penetra en la organización del trabajo y en las formas de desarrollo de la prestación, adaptada a las exigencias fundamentales de la persona³⁵. Los riesgos ligados a la digitalización reclaman esta “nueva” concepción³⁶ marcadamente humanista donde la persona y el bienestar (individual y organizativo) ocupan el centro del sistema. Ello no prejuzga las ventajas de un enfoque más organizacional que personal del problema³⁷ ni obvia las exigencias específicas de concretos sujetos³⁸ en cuanto a ajuste y/o cambio de puesto (*ex art. 25 LPRL*).

2.4. La participación de los trabajadores en entornos 4.0

Al margen de la conveniencia de determinados cambios legales, es obvia la centralidad de la negociación colectiva y la participación de los trabajadores en la prevención en los nuevos contextos laborales de la *Industria 4.0*. Aunque la LPRL no impone la toma de decisiones conjunta³⁹, debe superarse una desfasada concepción de esta parcela como un espacio de decisión propio y exclusivo del empresario, dejando atrás los preceptivos procesos de información y consulta de corte formal y hueros de eficacia práctica. Deben implantarse fórmulas de participación real y efectiva en todas las fases de la actividad preventiva, en una interpretación finalista y sistemática del texto legal, movida por la eficacia y la adecuación, hasta alcanzar la gestión participada de los riesgos. A la postre, es mayor la aceptación de las decisiones compartidas, mostrándose los trabajadores más proclives al cumplimiento, llevando a medidas más adecuadas y

³⁵ Aunque dimana de la propia Directiva, pionera en este sentido, vid. Buoso, S. “Definire e qualificare il benessere...”, *op. cit.*, p. 26.

³⁶ Paci, N., “La dimensione temporale del lavoro tra prevenzione primaria e secundaria”, *DSL* 2017-1, p. 35.

³⁷ Para la Agencia Europea para la Seguridad y Salud en el Trabajo (AESST), si los riesgos psicosociales y el estrés se plantean como un problema de las organizaciones, y no como un defecto personal, se pueden gestionar como cualquier otro riesgo para la salud y seguridad en el trabajo, vid. *Los riesgos psicosociales y el estrés en el trabajo*, consultado en <https://osha.europa.eu>. La organización del trabajo como fuente de nuevos riesgos en PACI, N., “Jobs Act e sicurezza del lavoro”, *DSL* 2017-2, p. 25.

³⁸ La relevancia de la perspectiva subjetiva en este tipo de riesgos en Meléndez Morillo-Velarde, L., “Nuevas tecnologías y riesgos psicosociales”, *REDT* n° 184, 2016, p. 2 (versión digital).

³⁹ El consenso es amplio al reclamar el reforzamiento del papel de los representantes, Fernández Avilés, A., “NTCI y riesgos psicosociales: estado de situación y propuestas de mejora”, *DSL* 2017-2, p. 98; López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos...”, *op. cit.*, p. 14. Aunque el desarrollo legislativo no es plenamente coherente con la centralidad que el principio participativo ocupa y con la eficacia que está llamado a desplegar en la actividad preventiva, García Jiménez, M., “Revolución Industrial 4.0...”, *op. cit.*, p. 165.

eficaces⁴⁰. El índice elevado de micro-empresas y la irrupción de nuevas formas de trabajo, exigen una mayor implicación del Sindicato así como la implantación de representaciones territoriales, con la consiguiente expansión de los derechos preventivos a trabajadores de empresas pequeñas⁴¹ o la elección directa de representantes específicos en empresas o centros in representación. Asimismo, debe mejorarse la formación de los delegados de prevención⁴², donde la LPRL arroja incógnitas sobre su forma, contenido o duración, necesitada de un cariz diferenciador respecto a los niveles técnicos formativos reglamentados en la norma.

2.5. Vocación expansiva de la normativa preventiva

Junto a la estabilidad legislativa en el marco general preventivo, debe hacerse notar la repercusión en este ámbito de otras normas, puesto que la calificación de una disposición como preventiva no depende de su ubicación sistemática ni de su plasmación en la LPRL, como indica su artículo 1.1. Sirva de ejemplo la plasmación del derecho a la desconexión digital y la prevención de la fatiga informática, como riesgo de nueva generación, en normas extralaborales, en concreto en el art. 88 LO 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales⁴³ (en adelante, LOPD). Norma preventiva descontextualizada⁴⁴, que impone al empresario la adopción de medidas para garantizar la eficacia del derecho en esta clave, con empleo de los instrumentos propios de las políticas de seguridad y salud. El ajuste de la prestación laboral a los nuevos contextos digitalizados debe ser afrontada dentro de la organización del trabajo⁴⁵ y con plena aplicación de la LPRL.

2.6. Interdisciplinariedad y auge de la ergonomía y psicología aplicada

Aunque se insiste en el carácter interdisciplinario de la prevención de riesgos laborales (art. 31.3 LPRL y art. 10.3 RSP), en la práctica la ergonomía y psicología aplicada continúan siendo una especie de “cenicienta” en el

⁴⁰ AESST, *Trabajos saludables. Gestionemos el estrés, Guía de la campaña Gestión del estrés y de los riesgos psicosociales en el trabajo*, Luxemburgo, 2013, p. 12.

⁴¹ Menéndez, M., Benach, J. y Vogel, L. (Coord.), *The impact of safety representatives on occupational health. A European perspective*, European Trade Union Institute, report 107, Brussels, 2009, p. 10.

⁴² *Ibidem*, p. 15.

⁴³ BOE 6 diciembre.

⁴⁴ Para Miñarro Yanini, M., “La «Carta de derechos digitales» de los trabajadores ya es ley: menos claros que oscuros en la nueva regulación”, *RTSS.CEF* n° 430, 2019, p. 13 debería figurar en la propia LPRL y al tratarse de un nuevo riesgo laboral debe activarse el sistema preventivo.

⁴⁵ Este enfoque en Fernández Avilés, A., “NTCI y riesgos psicosociales...”, *op. cit.*, p. 79.

desarrollo de las tareas preventivas y en la propia especialización de los técnicos. Advertida la tendencia a la disminución de accidentes -con cierta inversión actualmente- y al incremento de dolencias de corte psicológico o psicosomático ligadas al trabajo, aunque con falta de datos fehacientes y enmascaramiento tras dolencias comunes, se impone un lugar más destacado para la formación, la investigación y las fórmulas de gestión propias de esta específica disciplina, con los pertinentes ajustes en los programas de estudio y la “revalorización” en el mercado de técnicos especialistas con mayores responsabilidades en las empresas y en el organigrama de los propios servicios de prevención (propios y ajenos).

2.7. Formación, sensibilización y cultura preventiva en el centro del sistema

En esta transición a lo digital un punto crucial lo representa la formación de todos los actores de la prevención, tanto porque las TIC requieren competencias y habilidades específicas⁴⁶ como por el mandato de la LPRL de tomar en consideración las capacidades profesionales de los trabajadores en materia de seguridad y salud en el momento de encomendarle las tareas (art. 15.2 LPRL) y facilitar una formación suficiente y adecuada (art. 19 LPRL), y de la LOPD de formar al trabajador sobre la utilización adecuada y eficiente de las nuevas tecnologías y sobre sus efectos en la salud, en relación con la desconexión digital (art. 88 LOPD). La negociación colectiva tendría un amplio espacio en ésta y otras cuestiones relacionadas con la digitalización. Es cierto que la intervención de los representantes de los trabajadores en la formación está siendo poco incisiva pues el marco legal no propicia algo diverso, afirmando con rotundidad el TS⁴⁷ que la obligación de formación en materia de prevención de riesgos laborales prevista en el plan de prevención no está condicionada a acuerdo o pacto con la representación de los trabajadores. Aseveración incuestionable que aconseja cierta revisión legal, mayor intervención de los trabajadores y eficaces procesos formativos. Es hora también de afrontar decididamente, más allá de declaraciones de buenas intenciones, la cuestión formativa (y la cultura preventiva), como parte de las políticas públicas de prevención ex art. 5 LPRL.

⁴⁶ Entre otros, Bianco, A., “The reskilling imperative for the digital economy”, *E&L* n° 3, 2018, pp. 29 ss; Piva, M. y Vivarelli, M., “Innovation, Jobs, skills and tasks: a multifaceted relationship”, *GDL* n° 159, 2018, pp. 599 ss.

⁴⁷ STS 19 de abril de 2016 (N° rec. 122/2015).

3. NUEVOS RETOS Y MODERNIZACIÓN DE LA LPRL Y SU MARCO NORMATIVO

Más allá de las operaciones exegéticas ligadas al texto legal, urge cierta actualización⁴⁸, ante una norma excesivamente apegada a procesos productivos tradicionales, a un lugar de trabajo fijo, bajo control empresarial, sin apenas atención al uso intensivo de las tecnologías y para ello esbozaremos, sin ánimo de exhaustividad, algunos cambios que podrían contribuir a una mayor y mejor tutela preventiva frente a los riesgos de la Industria 4.0.

3.1. Universalización de la tutela: revisión del ámbito de aplicación de la LPRL

Aunque de la LPRL se deriva cierta “universalidad”, notorias carencias reclaman una actualización. La garantía de la seguridad y salud debe ocupar un lugar destacado en los estándares mínimos a satisfacer por cualquier trabajo “personal”, aspecto no exento de complejidad. Como se sabe, deja extramuros a los autónomos y TRADE (salvo el art. 24 LPRL) y otras formas de prestación “extralaborales”. El claro anclaje constitucional de la garantía debería hacerla extensiva (de forma total o parcial, con selección de las medidas aplicables y/o adaptaciones) al trabajo personal que, con independencia de su denominación o de espurios propósitos de “huida” de la norma laboral, beneficia predominantemente a entidades empresariales, productivas o plataformas, pese a que el destinatario final sea directa o indirectamente un tercero, y se realiza con cierta vocación de “permanencia”, aunque sea intermitente, accesorio o discontinuo, salvo que sea meramente residual. Articular esta idea legalmente no es tarea sencilla, pero urgen fórmulas de delimitación amplias pero efectivas, con atribución de las principales obligaciones a quien se beneficia (directamente o mediante su puesta en el mercado) de la prestación, dada su mayor capacidad y facilidad para el cumplimiento, con mayor relevancia del concepto integración, inserción o vinculación con una “organización” del empresario en sentido

⁴⁸ La doctrina en este terreno no es unánime; hay quien considera suficiente la implantación eficaz y el papel de la negociación colectiva, García Jiménez, M., “Revolución Industrial 4.0...”, op. cit., p. 167, pero mayoritariamente se reclama la intervención legislativa para regular las nuevas formas de organización del trabajo y los avances tecnológicos y sus repercusiones en la seguridad y salud laboral, Correa Carrasco, M., *El derecho del trabajo y los retos planteados por la globalización y digitalización de la economía*, Bomarzo, Albacete, 2019, pp. 75 ss; De la Casa Quesada, S., “Tiempo de trabajo y bienestar...”, op. cit., pp. 140-1; Fernández Avilés, A., “NTCI y riesgos psicosociales...”, op. cit., p. 92; López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos...”, op. cit., p. 15. A nivel europeo se baraja un marco regulador adaptado a estas nuevas realidades, EASHW, *Fore-sight on new and emerging...*, op. cit., p. 7. También la norma italiana necesita una “revisitación” legislativa, Lazzari, C., “Gig economy...”, op. cit., p. 481.

amplio, como elemento central de la prevención, al margen de la calificación jurídica o la titularidad de determinados medios de producción, de escaso valor económico, de uso común e impuesta por la empleadora. Por el momento, y a la espera de cambios más profundos, la protección de autónomos y TRADE debiera revisarse; como mínimo para este último, superando la insuficiente y poco operativa “coordinación preventiva”, sería conveniente la extensión de obligaciones a la empresa cliente, sin perjuicio de mayor colaboración y responsabilidad para este tipo de prestadores de servicios, con independencia del desarrollo del trabajo en los locales de la empresa o extramuros de los mismos⁴⁹, con modulación de este criterio.

Es patente la inadecuación de una extensión indiscriminada sin mayores ajustes, como muestra el desafortunado ejemplo del trabajo a distancia. La aplicación selectiva de la norma o la previsión de normas preventivas adaptadas a las nuevas realidades laborales arrojará mejores resultados, incluso cabe propugnar una redefinición de roles, incluso “rediseñar la norma sin cargar sobre una u otra parte los efectos de la revolución tecnológica, sino utilizarla para consentir un desarrollo más armónico de su relación”⁵⁰. Asimismo, debería haber soluciones concretas para empresas de pequeño tamaño y/o escasa complejidad organizativa, en tanto el diseño legal descansa en empresas de grandes dimensiones y dibuja un sistema preventivo complejo, burocrático y hartos costoso.

3.2. Hacia un concepto dinámico de “lugar de trabajo”

La LPRL no define el lugar de trabajo, aunque sí incluye referencias al “*centro de trabajo*” como punto de referencia para la aplicación de la norma (a modo de ejemplo, en art. 4. 7º a) LPRL; art. 18 LPRL; art. 30.5 LPRL) o vincula determinadas obligaciones al mismo (ejemplo paradigmático, art. 24 LPRL). Más allá de eso, con vocación “omnicomprensiva” y bastante actual, destaca por el empleo de un concepto amplio de riesgo laboral (art. 4. 2º y 3º LPRL), incluye una cláusula de cierre para las condiciones de trabajo [(art. 4.7º d)] y extiende la obligación a “*todos los aspectos relacionados con el trabajo*”, debiendo evaluar los riesgos en función de la naturaleza de la actividad, las características de los puestos de trabajo existentes, los trabajadores que deban desempeñarlos y las “condiciones de trabajo” (art. 16 LPRL). Con ello permite expandir, sin excesivas dificultades, los deberes empresariales a riesgos nuevos e, inclusive, se podrían

⁴⁹ Para los trabajadores “parasubordinados” en Italia se sitúa la línea de demarcación para la aplicación de la norma en la realización de trabajos dentro o fuera de los lugares de trabajo del “cliente” (colaboradores “internos” o “externos”), así Delogu, A., “Salute, sicurezza...”, op. cit., p. 51. Solución que está lejos de brindar una tutela adecuada y eficaz a un gran número de prestaciones necesitadas de protección.

⁵⁰ Caponetti, S., “L’obbligo di sicurezza al tempo di Industry 4.0”, *DSL* 2018-1, p. 67.

saltar los confines de un lugar físico estricto predeterminado y del propio “puesto de trabajo”. Sin embargo, está concebida para un tipo de organización productiva al menos en parte superada y gira sobre una relación bilateral que vincula las obligaciones al poder de disposición u organización ejercido por el empresario sobre un lugar o espacio de trabajo previamente delimitado y, por ende, demanda nuevas soluciones en contextos digitalizados.

El problema se acentúa cuando para afrontar la prevención de los autónomos (o TRADE), donde pretenden incardinarse algunos de los “nuevos” trabajos, se hace preciso acudir al art. 24 LPRL que vincula las obligaciones al centro de trabajo y al poder de disposición sobre el mismo, pese al amplio concepto manejado por el RD 171/2004, de 30 de enero⁵¹, que se para en la coordinación y la información, a lo sumo la vigilancia; soluciones notablemente insuficientes e inadecuadas. Por ello la UE⁵² propone un concepto dinámico de lugar de trabajo.

Frente al interés por la dilución de fronteras temporales, menos atención se ha prestado a la pérdida de relevancia de un lugar fijo y estable en los riesgos laborales, con pérdida de eficacia de algunas medidas preventivas tradicionales. Frente al derrotismo frente a la diversificación locativa o la negación de la adopción de medidas preventivas en un espacio no gestionado y/o controlado por el empresario, deben buscarse soluciones para prestaciones altamente tecnológicas, deslocalizadas y a los riesgos psicosociales, más vinculados a la propia organización del trabajo⁵³, con un rol también más consciente y activo del propio trabajador, aunque la articulación jurídica de esta relación no está exenta de complejidad, en especial en el terreno de las responsabilidades. Se aboga por individualizar tutelas capaces de “seguir” a los trabajadores en sus desplazamientos, evolucionando de la seguridad en los lugares de trabajo a la seguridad de los “trabajadores”⁵⁴. Elemento central vuelve a ser la evaluación que debe contemplar los cambios de lugar, los trabajos “nómadas” o itinerantes, con uso

⁵¹ Entre otros, López Rodríguez, J., “La prevención de riesgos...”, op. cit., pp. 12 ss. Dificultad que existe, aun incluyendo el espacio virtual en el concepto, Álvarez Curesta, H., “La gig economy y la obligación de coordinar la seguridad y salud de “sus” autónomos”, *Revista Jurídica de la Universidad de León* nº 5, 2018, pp. 91 ss, con especial insistencia en los riesgos psicosociales.

⁵² Comunicación de la Comisión *Trabajo más seguro y saludable*, op. cit., p. 12. La OIT viene empleando hace algún tiempo el concepto de “medio ambiente de trabajo” seguro y saludable (p.e. art. 1 Convenio 187), con escaso reflejo en el orden interno pero que también permite dar cabida a nuevas situaciones de riesgo ligadas a la desconexión espacial.

⁵³ Esta vinculación, por todos, en Balandi, G.G. e Calafà, L., “Il rischio da lavoro oggi”, *LD* n. 2, 2012, pp. 179 y ss; Fraccaroli, F. e Depolo, M., “Salute psicologica e lavoro: fattori di rischio occupazionale e organizzativo”, *GDLRI* nº 156, 2017, pp. 639 ss.

⁵⁴ Buscando soluciones específicas, más allá de una extensión indiscriminada, para las formas “no estándar” de trabajo, que lleven a equiparar los niveles de protección, Pascucci, “Dieci anni di applicazione del d.lgs. n.81/2008”, *DSL* 2018-1, pp. 5 y 7; Delogu, A., “Salute, sicurezza...”, op. cit., p. 70.

de vehículos y con nuevas formas de distribución horaria y carga de trabajo, determinadas por la inmediatez en la respuesta. En este terreno, sin duda, cobra un peso específico el deber de colaboración del trabajador.

3.3. Riesgos psicosociales y desarrollo tecnológico

A la vista de los cambios expuestos y la incidencia de nuevos riesgos, quizás la normativa preventiva debería ajustarse a los contextos digitalizados en proceso de expansión, con una inclusión expresa de los riesgos psicosociales en la LPRL, partiendo de la propia evaluación, cierta definición legal y concreción de las medidas a adoptar. No estaría de más la unificación de las normas sobre acoso laboral (incluidas todas sus formas y manifestaciones, también el ciberacoso), elaborando un texto único (Ley de Prevención y Tutela Integral del Acoso), aplicable en todos los sectores de actividad pública y privada e incluso del mayor número posible de sujetos presentes en el ámbito laboral, prestando especial atención a la tutela preventiva, con un procedimiento interno de denuncias y protección de la intimidad y privacidad del denunciante y unificando el régimen responsabilidades, ganando en seguridad jurídica y ajustándonos al Convenio nº 190 OIT aprobado en 2019.

Sería conveniente reubicar y mejorar la regulación de la desconexión digital, especificando el deber empresarial de abstención y el propio cometido de la negociación colectiva o soluciones supletorias, a fin de garantizar su eficacia. En una sociedad hipertecnológica y una vez tipificado el riesgo de fatiga informática en el art. 88 LOPD, convendría llamar la atención sobre la exigencia de actualizar el RD sobre pantallas de visualización (RD 488/1997, de 14 de abril)⁵⁵, notablemente superado por los cambios de los últimos veinte años, con disposiciones que abordaran de forma más precisa los riesgos ligados a un uso intensivo y universal de las TICs. La norma, pese a su generalidad y al tiempo transcurrido, se muestra actual al centrarse en el tiempo de utilización de los equipos durante la jornada de trabajo, incluyendo la reducción de la duración máxima del trabajo continuado en pantalla, organizando la actividad diaria de forma que esta tarea se alterne con otras o estableciendo las pausas necesarias cuando la alternancia de tareas no sea posible o no baste para disminuir el riesgo suficientemente (art. 3.3 RD). Pautas que, en principio, quedarían a las necesidades de tutela en cada caso apreciadas, pero que se ven dificultadas con sistemas de monitorización de las tareas del trabajador y con crecientes exigencias de rendimiento. La negociación colectiva podrá acordar la periodicidad, duración y condiciones de organización de los cambios de actividad y pautas referidas (art. 3.4 RD); en la práctica se transita

⁵⁵ BOE 23 de abril.

poco por este terreno, aunque podría asumir su regulación conjunta y armónica con el derecho a la desconexión fuera de los confines de la jornada de trabajo.

A título meramente ejemplificativo, sería conveniente anticiparse a la esperada irrupción de la robótica en el mundo del trabajo, con un panorama incierto sobre los riesgos o la relación hombre-máquina. Deben primar⁵⁶ “procesos de anticipación”, que priorizan los estudios y la innovación necesarios (incluyendo pronósticos, evaluaciones tecnológicas y estudios prospectivos) para abordar los cambios en la sociedad y en las organizaciones productivas, superando las técnicas de actuación basadas en estadísticas de accidentes de trabajo y enfermedades profesionales o en datos epidemiológicos empleados hasta la fecha.

⁵⁶ OIT, *Seguridad y salud en el centro...*, op. cit., p. 58.

IMPACTO SOBRE EL TRABAJADOR DE LA OBLIGACIÓN DE REGISTRO HORARIO A LA LUZ DE LAS PRIMERAS RESOLUCIONES JUDICIALES*

MARÍA TERESA VELASCO PORTERO

Profesora Titular de Área de Derecho del Trabajo y la Seguridad Social

Universidad Loyola Andalucía

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: registro horario, despidos, retrasos

Desde la entrada en vigor del Real Decreto-ley 8/2019, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo las empresas tienen la obligación de garantizar el registro diario de la jornada. El objetivo perseguido con el establecimiento de esta obligación es la lucha contra el fraude en las horas extraordinarias, posibilitando el control por parte de la Administración de las horas efectivamente trabajadas para comprobar que se respetan los límites legales y convencionales y que se retribuyen todas las horas extraordinarias realizadas. La medida ha sido cuestionada por los empresarios y aplaudida por los sindicatos, y todavía es pronto para saber si realmente está cumpliendo su objetivo. Lo que sí se puede observar es también ha tenido el efecto de poner luz sobre determinados incumplimientos contractuales por parte del trabajador, que han dado lugar a despidos. Las cuestiones surgidas en este sentido y el criterio seguido en las resoluciones judiciales emitidas en estos primeros meses de aplicación de la norma son el objeto del presente trabajo.

ABSTRACT

KEY WORDS: time sheet, dismissal, delays

Since the entry into force of the Royal Decree-Law 8/2019, the 8th of March, of urgent social protection measures and measures to combat precarious working conditions during working hours, companies have been required to ensure the daily registration of working hours. The aim of this obligation is to combat overtime fraud, allowing the administration to monitor the hours actually worked to verify that the legal and conventional limits are respected and that all overtime worked is remunerated. The measure has been questioned by employers and applauded by trade unions, but it is still too early to say whether it is actually achieving its objective. What can be observed is that it has also had the effect of shedding light on certain contractual breaches on the part of the worker, which have resulted in dismissals. The issues raised in this respect and the approach followed in the court resolutions in these first months of application of the rule are the subject of the present work.

* El presente estudio ha sido desarrollado en el marco del proyecto de investigación titulado: “Retos del Derecho del Trabajo español ante la doctrina del Tribunal de Justicia en materia de política social y derechos fundamentales” (2019-2021), a cargo del Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, con número de referencia RTI2018-097917-B-100.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. DESPIDOS RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE REGISTRO HORARIO
 - 2.1. Despidos como represalia
 - 2.2. Despidos por incumplimientos puestos de manifiesto por el sistema de control y registro horario
3. DESCUENTO EN NÓMINA DEL SALARIO NO DEVENGADO POR RETRASOS EN LA LLEGADA AL PUESTO DE TRABAJO
4. REGISTRO DE LAS PAUSAS PARA EL CAFÉ O PARA FUMAR UN CIGARRILLO. ¿POSIBLE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?
5. CONCLUSIONES

1. INTRODUCCIÓN

El Real Decreto Ley, de 8 de marzo, de medidas urgentes de protección social y de lucha contra la precariedad laboral en la jornada de trabajo incluyó también determinadas disposiciones dirigidas a establecer el registro de la jornada de trabajo, según su exposición de motivos a los efectos de garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada, de crear un marco de seguridad jurídica tanto para las personas trabajadoras como para las empresas y de posibilitar el control por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. La finalidad de la modificación normativa en este sentido quedaba clara en dicha exposición de motivos “La realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada laboral legal o convencionalmente establecida incide de manera sustancial en la precarización del mercado de trabajo (...) Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada. (...) Una de las circunstancias que han incidido en los problemas del control de la jornada por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social, así como en las dificultades de reclamación por parte de las personas trabajadoras afectadas por esa extralimitación horaria y que, a la postre, ha facilitado la realización de jornadas superiores a las legalmente establecidas o convencionalmente pactadas, ha sido la ausencia en el Estatuto de los Trabajadores de una obligación clara por parte de la empresa del registro de la jornada que realizan las personas trabajadoras”. Por ello, y por la necesidad de resolver los problemas derivados de la posible inadecuación de la normativa interna a 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 trabajo¹, el artículo 34 del ET ha sido modificado pasando a establecer la obli-

¹ Sobre el tema, la polémica judicial que se había levantado y la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea sobre dicha cuestión, ver por todos Rojo Torrecilla, E., “La obligación de registro diario de la jornada: la necesaria intervención del TJUE en el debate judicial

gación de la empresa de garantizar el registro diario de la jornada, incluyendo el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona². Asimismo, se reformó la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social en el sentido de incluir la transgresión de la obligación de registro horario entre las infracciones graves³.

Se trataba, en puridad, de una extensión a todos los contratos de la obligación de llevar registro horario que ya existía con respecto a los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.4 c) ET), cuyo incumplimiento supone la presunción de que el contrato se ha celebrado a jornada completa, salvo prueba en contrario que acredite el carácter parcial de los servicios⁴, así como con respecto a otros colectivos más minoritarios como los trabajadores móviles (art. 10 bis. 5º RD 1561/1995), el trabajo en la marina mercante (art. 18 bis. 2º RD 1561/1995), los trabajadores móviles en el transporte ferroviario en servicios de interoperabilidad transfronteriza (Disp. Adic. 7ª. 9º RD 1561/1995) y los trabajadores desplazados (art. 6.2 c) Ley 45/1999).

Pasados unos meses desde la aprobación del decreto ley, y transcurrido el plazo que se concedió a las empresas para negociar e instaurar el sistema de registro horario, la Inspección de Trabajo ya ha comenzado a imponer las primeras sanciones por incumplimientos en esta materia. La doctrina se ha manifestado en general crítica, no tanto con el establecimiento de una obligación de registro sino con la concreta regulación legal, dudando de que sea la fórmula más adecuada para acabar con la precariedad laboral en materia de jornada y poniendo

entre la Audiencia Nacional y el Tribunal Supremo”, *Revista de Jurisprudencia Laboral*, 3/2019.

² Nuevo artículo 34.9 ET: “9. La empresa garantizará el registro diario de jornada, que deberá incluir el horario concreto de inicio y finalización de la jornada de trabajo de cada persona trabajadora, sin perjuicio de la flexibilidad horaria que se establece en este artículo. Mediante negociación colectiva o acuerdo de empresa o, en su defecto, decisión del empresario previa consulta con los representantes legales de los trabajadores en la empresa, se organizará y documentará este registro de jornada.

La empresa conservará los registros a que se refiere este precepto durante cuatro años y permanecerán a disposición de las personas trabajadoras, de sus representantes legales y de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social.”

³ Art. 7 LISOS: Son infracciones graves: “5. La transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada, trabajo nocturno, horas extraordinarias, horas complementarias, descansos, vacaciones, permisos, registro de jornada y, en general, el tiempo de trabajo a que se refieren los artículos 12, 23 y 34 a 38 del Estatuto de los Trabajadores”.

⁴ Así lo han entendido STSJ de Andalucía, Sevilla, núm. 1802/2019 de 3 de julio, AS 2019\1867, STSJ Castilla y León, Valladolid, núm. 01019/2019 de 24 mayo, AS 2019\1494, STSJ País Vasco, núm. 2512/2018, de 18 diciembre, JUR 2019\52800, STSJ Andalucía, Granada, núm. 487/2018, de 22 febrero, AS 2019\120, STSJ Cataluña, núm. 3241/2017, de 19 mayo, AS 2017\1275. Sobre este tema, Aragón Gómez, C., “Las consecuencias derivadas del incumplimiento del registro de jornada con respecto a los trabajadores a tiempo parcial”, *Blog El foro de Labos*, 12-11-2019, <https://forodelabos.blogspot.com/2019/11/las-consecuencias-derivadas-del.html>

de manifiesto sus imprecisiones y la falta de atención a las peculiaridades de determinados sectores⁵.

A ello hay que sumar que, a pesar de que la finalidad primaria de la norma es la protección del trabajador frente a abusos empresariales, el establecimiento de un sistema de registro horario en las empresas era de suponer (como de hecho ha ocurrido) que tuviese también consecuencias con respecto a la detección de incumplimientos tanto del deber de trabajar como del deber de buena fe, que ya han llegado a los Tribunales. Asimismo, supone una nueva obligación también para los trabajadores que pudieran estar disfrutando de un régimen más relajado o flexible de cumplimiento de jornada y que ahora tienen una obligación formal cuyo incumplimiento puede ser sancionable. Es en estas cuestiones en las que nos vamos a detener en el presente trabajo, exponiendo la más reciente doctrina judicial sobre controversias surgidas en relación con la aplicación del registro horario, cuando es utilizado como método de control empresarial con respecto a la actividad del trabajador.

En general podemos decir que con respecto a la inobservancia de las normas sobre jornada que se pongan de manifiesto con el fichaje (faltas de asistencia o de puntualidad) suelen ser formar parte de la tabla de faltas leves, graves o muy graves recogida en los convenios colectivos, por lo que la trascendencia de obligación empresarial de registro se refiere fundamentalmente a la existencia de un instrumento de prueba fehaciente con la que acreditar la falta del que antes quizás no disponía el empresario. Igualmente suelen estar descritos dentro del régimen sancionador del convenio colectivo los comportamientos de falseamiento del fichaje propio o ajeno, lo cual tampoco va a ser novedoso.

Sin embargo, hay situaciones nuevas que se derivan de que ahora la llevanza del registro es obligatorio para la empresa, que puede ser sancionada si no lo hace. Dado que el cumplimiento de la obligación exige la colaboración del trabajador, van a producirse nuevas situaciones relacionadas con la falta de dicha colaboración, que es recomendable que empiecen a ser contempladas en los convenios colectivos⁶.

⁵ Véase Morón Prieto, R., “El registro de jornada en los tiempos líquidos: limitaciones en la regulación y de la regulación del registro de jornada”, en Puebla Pinilla y Mercader Uguina, (Dir.), *Tiempo de reformas, en busca de la competitividad empresarial y la cohesión social*, Tirant lo Blanch, 2019. La cuestión ya fue puesta de manifiesto al hilo de la proposición de Ley del Partido Socialista de 2017 sobre este tema: Igartúa Miró, M.T., *Ordenación flexible del tiempo de trabajo: Jornada y horario*, Tirant, 2018, pp. 379 y ss.

⁶ En este sentido, Alfonso Mellado, C.L y Rodríguez Pastor, G., *El registro de jornada*, Tirant, 2019, pp. 54 y 55.

Por otra parte, la obligación de llevar un registro horario ha supuesto que algunas empresas que venían teniendo cierta flexibilidad de jornada basada en la confianza hayan tenido que explicitar qué tiempos se considera que no son tiempo de trabajo, lo que está empezando a generar conflictos con respecto al mantenimiento o no de las anteriores condiciones de flexibilidad y falta de control.

Veamos más detenidamente cómo han ido resolviendo este tipo de cuestiones nuestros tribunales.

2. DESPIDOS RELACIONADOS CON EL SISTEMA DE REGISTRO HORARIO

La primera gran consecuencia de la existencia de un registro horario en la empresa es que en relación con él se pueden producir incumplimientos laborales sancionables, incluso con el despido. En este sentido, la casuística es variada, puesto que algunos despidos han venido motivados por la detección de retrasos o inasistencias al trabajo en virtud del establecimiento de un sistema de fichaje o registro. En otros casos, el despido se produce por haber falseado el trabajador el sistema para que no se descubrieran sus incumplimientos y, finalmente, también hay supuestos en que el despido es una represalia empresarial hacia el trabajador que previamente ha denunciado falseamientos del fichaje por parte de la empresa. Analizaremos por separado detenidamente las resoluciones judiciales que han recaído en cada uno de estos supuestos.

2.1. Despido como represalia

Es el caso resuelto por la STSJ de Murcia, de 30 de abril de 2019. Se trataba de una trabajadora que prestaba servicios como auxiliar de caja para un bazar, que interpuso una denuncia ante la Inspección de Trabajo, poniendo en su conocimiento que su empresa obligaba a los trabajadores a firmar cuadrantes falsos en los que figuraban como descansados días que en realidad estaban trabajando sin salario, y que además manipulaba los datos que suministraba el sistema de fichaje. A raíz de esta denuncia la Inspección de Trabajo inició actuaciones y giró varias visitas al centro de trabajo. Poco después, la trabajadora fue despedida por “las discrepancias de criterio sobre la forma de desarrollar las funciones propias de su trabajo”. Impugnado el despido, el Tribunal Superior de Justicia de Murcia declaró nulo el despido, por considerar que vulneraba el derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de garantía de indemnidad, proclamado por el art. 24 CE, considerando el órgano judicial que “dicha tutela opera no solo en relación a la interposición de demanda o reclamación ante la jurisdicción, sino también en relación a otros actos preparatorios, no exigidos por el ordenamiento, como las

denuncias presentadas ante la Inspección de Trabajo”⁷. Asimismo reconoció a la trabajadora el derecho a una indemnización por daño moral.

No se trata de una doctrina novedosa sino más bien una aplicación de la doctrina constitucional reiterada en numerosas ocasiones de que la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva no sólo se produce por irregularidades acaecidas dentro del proceso judicial que ocasionen privación de garantías procesales, sino que muy al contrario se también se puede producir en todas aquellas ocasiones en que su ejercicio o la realización por el trabajador de actos preparatorios o previos necesarios para una acción judicial, produce como consecuencia una represalia empresarial o, en todo caso, un efecto negativo en su posición y patrimonio de derechos. Del ejercicio de una acción judicial -individual o colectiva⁸ o de los actos preparatorios o previos al mismo como el ejercicio de reclamaciones extrajudiciales dirigidas a evitar el proceso⁹ reitera nuestro TC que no pueden seguirse consecuencias perjudiciales en el ámbito de las relaciones públicas o privadas para la persona que los protagoniza¹⁰. Por otra parte, según doctrina consolidada de la Sala IV del Tribunal Supremo estima que las denuncias ante la Inspección de Trabajo tienen dicho carácter preparatorio de la reclamación jurisdiccional¹¹.

2.2. Despidos por incumplimientos puestos de manifiesto por el sistema de control y registro horario

Dentro de este apartado contamos con resoluciones judiciales sobre varios supuestos de hecho distintos.

A) En primer lugar, el caso de un trabajador que, según prueba el sistema de fichaje, llega reiteradamente a su puesto de trabajo posteriormente a la hora de entrada fijada por la empresa, aunque en el cómputo total de horas trabajadas respeta la jornada global. En este caso la STSJ de Madrid, sentencia núm. 756/2019 de 5 julio (JUR 2019\245979) consideró el despido procedente ya que, según el tribunal, “aunque el demandante hubiese cumplido su jornada laboral (esto es, el número de horas de trabajo establecido en cómputo periódico), ello no excluiría la entidad incumplidora inherente a las faltas de puntualidad, pues a la empleadora no solamente le asiste derecho a exigir el cumplimiento de una

⁷ FD Segundo STSJ Murcia 458/2019 de 30 de abril.

⁸ STC 16/2006, de 19 de enero

⁹ STC 55/2004, de 19 de abril

¹⁰ Vid. García-Perrote Escartín y Mercader Uguina, “Limitaciones al alcance de la garantía de indemnidad, a propósito de la STC 183/2015, de 10 de septiembre del Pleno del Tribunal Constitucional”, *Revista de Información Laboral*, 3/2016

¹¹ FD Segundo STSJ Murcia 458/2019 de 30 de abril.

determinada jornada laboral (número de horas de trabajo), sino también el que esas horas de trabajo se realicen dentro de un concreto horario (esto es, en el marco de unas determinadas horas de llegada y de salida del puesto laboral), a fin de organizar la actividad productiva dentro de su ámbito.”

En realidad tampoco se trata de una doctrina nueva, ya que nuestros tribunales ya vienen considerando que el incumplimiento del horario de trabajo es una desobediencia del trabajador sobre una condición de trabajo que el artículo 41.1 ET considera esencial y que, por tanto, es sancionable con el despido¹².

B) Supuesto de un trabajador que simula su entrada y salida al centro de trabajo mediante el acceso desde su domicilio a la aplicación de gestión de asistencia al trabajo: La STSJ de Andalucía, Sevilla, sentencia núm. 3268/2018 de 15 noviembre (JUR 2019\26043) declara improcedente el despido. Aunque en principio pudiera parecer una interpretación muy restrictiva de lo que se considera atentado contra la buena fe contractual y por tanto sorprenda un tanto la resolución, en realidad el caso concreto presenta unas características que justifican de manera razonable la calificación, y que hace que no pueda ser tomada como un criterio general extrapolable a otros casos. En esta ocasión se daba la circunstancia de que el convenio colectivo de aplicación calificaba de manera expresa falta grave (no muy grave) la de “simular la presencia de otro trabajador, valiéndose de su firma, ficha o tarjeta de control”. Por ello, el tribunal no consideró razonable que se calificase como falta grave esta simulación y, por el contrario, se pudiese tildar de falta muy grave la realización de la misma conducta cuando se trate de simular su propia asistencia. Señala expresamente la sentencia que “la entidad del quebrantamiento de la buena fe en uno y otro caso no parece que sea de entidad distinta, por el hecho de que la simulación afecte al trabajador que la efectúe o a otro compañero, cuando la finalidad es la misma, máxime si, conforme a la doctrina anteriormente expuesta, ha de hacerse una interpretación restrictiva de la falta”. Por otra parte, también se tienen en cuenta las características personales del trabajador, ya que se trataba de una persona con un cociente intelectual de 52 (*sic.*), lo que considera que atenúa su culpabilidad.

Trabajador que falsea sus partes de trabajo (en los que tiene que señalar la hora de entrada y salida), de forma tal que no coinciden con la hora de acceso detectada por la cámara de seguridad de la entrada: Sobre este particular tenemos sentencias anteriores al establecimiento de la obligación de registro horario, pero que consideramos que merece la pena traer a colación, puesto que consideran que se trata de un incumplimiento del deber de buena fe que justifica el despido. Así podemos citar, por ejemplo, la STS núm. 740/2015 de 30 septiembre (JUR 2015\241691), así como la STSJ Galicia núm. 5239/2011 de 25 de noviembre

¹² Por todas, STSJ de Madrid 526/2016, de 15 de junio, FD Cuarto.

(JUR 2011/427793). En el mismo sentido, más recientemente, el mismo tribunal ha venido a reiterar su doctrina en la STSJ Galicia de 12 de junio de 2019, (JUR 2019\215484), en un caso que plantea ciertas peculiaridades. Se trataba de un empleado que prestaba servicios como vigilante para una empresa de seguridad, teniendo asignado el turno de noche entre las 23:00h y las 7:00h, en un centro de trabajo completamente aislado que se encontraba en un monte alejado de zonas habitadas. Una noche, dos inspectores de la empresa se presentaron en el centro de trabajo y lo encontraron vacío, a pesar de lo cual el trabajador había dejado allí mismo su informe de servicio totalmente cumplimentado, sin reflejar su ausencia, indicando como hora de finalización las 7:00 horas. Poco después, el trabajador llegó en coche al centro de trabajo, reconociendo a los inspectores que había sido avisado por un compañero previamente inspeccionado, manifestando que había tenido que ir a casa “a por una pastilla que necesitaba”; si bien, los inspectores constataron que el trabajador llevaba puesto “lo que parecía ser un pijama” debajo del uniforme. El TSJ considera en su sentencia que la declaración de procedencia es proporcionada, porque “el actor no sólo ha vulnerado la confianza de su empleador, ausentándose de un servicio de vigilancia sin informar a nadie y sin justificación de ningún tipo, sino que dicha conducta se ha visto agravada -y mucho- por el falseamiento del parte de incidencias, dado que hizo constar que su salida se había producido -sin incidencias reseñables- a las 07:00 -que es la hora en la que finaliza su servicio-, cuando lo había abandonado, como muy tarde, a la 01:30 horas.”. Como vemos, la doctrina judicial es que el falseamiento del parte y del registro se considera de suficiente gravedad como para justificar el despido.

C) Fallos en el sistema de registro implantado por la empresa: Ya se ha planteado el supuesto en que se ha despedido a un trabajador por supuestas faltas de puntualidad detectadas por el sistema de registro, y el trabajador ha cuestionado la fiabilidad del sistema. Nos referimos al caso de un profesor al que se le despidió por faltas de puntualidad o salidas antes de la hora prevista acreditadas por el sistema de registro, cuando el trabajador había puesto de manifiesto previamente en varias ocasiones a su coordinadora que el sistema no le reconocía la huella dactilar, y ni sus alumnos ni la propia coordinadora habían tenido quejas sobre su comportamiento, de manera que la única prueba que se presentó fue la del registro horario. El TSJ de Madrid consideró que el despido era improcedente, no aceptando por tanto que el registro sea una prueba irrefutable de los incumplimientos. (STSJ de Madrid, Sentencia 783/2019 de 12 Julio 2019). Lo único que el Tribunal consideró reprochable es que el trabajador no comunicase los fallos del sistema a la Dirección de la Escuela, sino solo a la coordinadora, pero entendió que dicha falta no justificaba por sí misma el despido.

D) Negativa por parte del trabajador a utilizar el sistema de fichaje: Por último, a pesar de ser un supuesto que ya había sido resultado antes de que el ET

estableciese la obligación empresarial de llevar un registro horario, no queremos dejar de mencionar que en el caso de que el trabajador se niegue a utilizar el sistema de fichaje establecido en la empresa se trataría de una desobediencia grave sancionable con el despido (STSJ de Cataluña núm. 7141/2016 de 1 diciembre. AS 2016\1898). Entendemos que esta consecuencia es actualmente aún más clara, habida cuenta de la responsabilidad en que incurre la empresa cuando no lleva el registro horario.

3. DESCUENTO EN NÓMINA DEL SALARIO NO DEVENGADO POR RETRASOS EN LA LLEGADA AL PUESTO DE TRABAJO

En este caso ha sido la Audiencia Nacional la que ha resuelto sobre el tema, admitiendo el descuento en nómina del salario no devengado por retrasos en la llegada al puesto de trabajo. Se trata de la SAN de 20 de junio de 2019, sentencia núm. 82/2019 (AS 2019\1743), que resuelve el procedimiento de conflicto colectivo interpuesto por un sindicato contra una empresa de Contac Center que contaba con un sistema de fichaje en la entrada a sus centros de trabajo. La empresa daba un tiempo de cortesía entre 1.5 y 3 minutos para incorporarse al puesto y hacer la conexión. Pues bien, era práctica habitual en la empresa descontar a los trabajadores, en la nómina de cada mes, la parte correspondiente a los minutos de retraso en que hubiera podido incurrir el empleado a la hora de incorporarse al puesto, descontando el tiempo no trabajado.

Uno de los sindicatos con implantación en la empresa interpuso demanda de conflicto colectivo solicitando que se declarara contraria a derecho esta práctica empresarial y que se reconociera el derecho de los trabajadores a que les fueran abonadas las diferencias retributivas, basándose en tres argumentos: a) que a los trabajadores no se les permitía compensar dichos retrasos con otros períodos de trabajo; b) que la práctica impugnada constituía una auténtica multa de haber prohibida por el ordenamiento jurídico; y c) que la empresa, además de detraer salario, procedía a sancionar disciplinariamente a los trabajadores que incurrieran en faltas de puntualidad, por lo que vulneraba el principio non bis in ídem.

La SAN desestima los tres argumentos, considerando en primer lugar que la distribución irregular de la jornada es una facultad de la empresa y no del trabajador, por lo que el retraso injustificado en la incorporación al puesto de trabajo no genera un derecho del trabajador a que su jornada sea redistribuida y recuperarlo más tarde. En segundo lugar, considera que no se trata en este caso de una multa de haber, ya que no se produce la pérdida de un salario devengado. Ya que no ha habido efectiva prestación de servicios no hay devengo de salario. Y, por último, considera que no hay doble sanción puesto que la detracción de salarios

obedece a la naturaleza sinalagmática del contrato y las sanciones impuestas por retrasos reiterados e injustificados son una manifestación del poder disciplinario.

Por todo ello, la Audiencia concluye que la decisión de la empresa es ajustada a derecho. Esta doctrina plantea el problema de qué se considera jornada de trabajo, ya que en la empresa analizada existía lo que podríamos llamar un doble sistema de registro: un registro de entrada al centro y un registro de llegada al puesto, marcado por el momento de la conexión. La sentencia considera que la jornada comienza en el momento de la conexión, por lo que admite el descuento del tiempo que media entre la entrada y la conexión por no ser de trabajo efectivo, en congruencia con lo dispuesto en el ET, según el cual el tiempo de trabajo se computa de modo que tanto al comienzo como al final de la jornada diaria el trabajador se encuentre en su puesto de trabajo.

En realidad, la obligación de registro que establece el Estatuto no afecta ni tan siquiera a los tiempos de puesta a disposición (que no es el caso que nos ocupa), aunque sean computables.

4. REGISTRO DE LAS PAUSAS PARA EL CAFÉ O PARA FUMAR UN CIGARRILLO. ¿POSIBLE CONDICIÓN MÁS BENEFICIOSA?

La cuestión de las pausas para el café, el bocadillo o el cigarro han saltado a la actualidad a raíz de la publicación de la Sentencia de la Audiencia Nacional, Sala de lo Social, núm. 144/2019 de 10 Dic. 2019. En el caso concreto, se trataba de una empresa en la que no se controlaba la jornada y en la que se venía tolerando, “por una política de confianza empresarial (...) que los trabajadores salieran de las instalaciones para fumar o tomar café”. Llegado el momento de instalar el sistema de registro de jornada obligatorio según el nuevo 34.9 ET, la empresa exige registrar las ausencias para fumar, tomar café o desayunar por entender que no forman parte de la jornada de trabajo, siendo importante reseñar que el sistema de registro no había llegado a ser pactado con los representantes de los trabajadores, a pesar de haber existido un periodo de consultas y debate sobre el mismo sin haber llegado a acuerdo.

La cuestión que ha resultado más mediática ha sido la referente a este tema de los descansos para fumar o desayunar, pero en realidad los sindicatos habían pedido la nulidad de diversos aspectos del sistema de fichaje igualmente interesantes y a los que nos referiremos más adelante.

En concreto, el sindicato CCOO solicitaba la declaración de nulidad del “nuevo cómputo de fichajes de incidencia sobre ausencia para fumar, tomar café, desayunar” por considerar que hasta entonces “se integraban como tiempo de trabajo dentro de la jornada y no se fichaba ni se descontaba”. Consideraban que

a este respecto se había producido una modificación sustancial de condiciones de trabajo, regulando nuevas condiciones que no existían con anterioridad.

A este respecto, la AN considera que para que exista una modificación sustancial de condiciones de las previstas en el 41 ET tienen que concurrir, entre otros elementos, “a) la existencia de una previa condición de trabajo establecida en norma distinta de la ley o del Convenio colectivo- esto es en contrato de trabajo, acuerdo colectivo no estatutario o decisión unilateral del empleador de efectos colectivos; y b.- que se produzca una decisión empresarial, bien unilateral, bien consensuada que suponga una alteración de tal condición”¹³. Sin embargo, en el caso concreto analizado la Audiencia considera que no se probó por parte del sindicato la existencia de una previa condición más beneficiosa en virtud de la cual las ausencias del trabajador para fumar, tomar café o desayunar, fuesen consideradas por el empleador con anterioridad a la comunicación como tiempo de trabajo efectivo. Recuerda la AN la jurisprudencia del TS que para que exista condición más beneficiosa exige ineludiblemente que la adquisición y el disfrute suponga “la consolidación del beneficio que se reclama, por obra de una voluntad inequívoca para su concesión, de suerte que la ventaja se hubiese incorporado al nexo contractual precisamente por un acto de voluntad constitutivo de una ventaja o un beneficio que supera las fuentes legales o convencionales de regulación de la relación contractual de trabajo”. Es definitiva, “resulta decisivo que concurra una voluntad de la empresa de incorporar la condición al nexo contractual, sin que baste con la mera repetición en el tiempo, puesto que lo decisivo es que no se trate de una mera liberalidad o tolerancia del empresario, sino de aquella voluntad de atribuir un derecho al trabajador.”¹⁴ En cambio, en el caso concreto la Audiencia considera que tan solo se había probado que existía un horario flexible y que la empresa permitía que se saliese del centro para fumar o desayunar, no que dicho tiempo se considerase de trabajo efectivo (entre otras cosas porque no existía control de la jornada laboral).

Como vemos, es evidente en este caso que la obligatoriedad del sistema de registro no siempre va a derivar en un aumento de la protección de los trabajadores evitando abusos por parte de la empresa, sino que en determinados supuestos también puede revertir en su contra.

Esta sentencia es también relevante en otros aspectos, no solo en lo relativo a este tema tan mediático de las pequeñas pausas intrajornada. En primer lugar, en cuanto a la validez de un sistema que no ha llegado a ser pactado con los representantes de los trabajadores (como es el caso). La AN considera que es suficiente con que se hayan producido una serie de reuniones e intercambiado

¹³ FD 4º.

¹⁴ STS de 2-10-2019

correos al respecto, sin llegar a acuerdo, para que la empresa pueda fijarlo de manera unilateral¹⁵.

En segundo lugar, es muy interesante la resolución en lo relativo a la solicitud que hacía el sindicato de que se declarase nula otra medida implantada por la empresa, consistente en que la prolongación de jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada diaria (es decir, las horas extraordinarias) están supeditadas a que se cumpla con el requisito de la autorización previa por parte del responsable directo y de la dirección de personas y no a la realización efectiva y material de esos trabajos más allá de la jornada ordinaria. En este sentido, la sentencia recuerda que, según el art. 35.4 ET, la realización de las horas extraordinarias será voluntaria, salvo que su realización se haya pactado en convenio colectivo o contrato individual. Por ello, considera que “no *constando acreditada la existencia de pacto expreso, ya sea de carácter colectivo o incorporado en masa en los contratos de trabajo en virtud del cual el trabajador se comprometa a la realización de horas extraordinarias*”, su realización “*únicamente podrá tener lugar en virtud de pacto entre empleador y empresario que modifique al respecto el contenido del contrato de trabajo, el cual para su perfeccionamiento requerirá el consentimiento de las partes al respecto* (ex. art. 1258 Cc)”. En este sentido, considera asimismo que la mención que hace el documento notificado a los trabajadores de que “Cualquier prolongación de la jornada fuera de lo establecido en el calendario laboral y jornada tiene que ser excepcional, justificada y autorizada por el responsable directo del colaborador, que lo comunicará mediante correo electrónico a la Dirección de Personas, Área de Recompensa y Operaciones- Bernarda”, no es más que “la forma en la que la empresa ha decidido expresar su consentimiento al respecto, *lo cual no altera condición de trabajo previa, pues no consta acreditado que en estos casos la realización de una jornada más allá de la jornada quedase al arbitrio del trabajador*”¹⁶.

¹⁵ Hecho Probado Cuarto: “El 10-5-2.019 la empresa convocó al Comité de empresa de Madrid a una reunión a fin de tratar entre otras cuestiones: “Sistema de fichaje de acuerdo con la normativa y tele-fichaje”- descriptor 24-. La reunión se celebró ese mismo día, remitiendo la empresa nuevo correo el día 14-5-2019 al Presidente del Comité con un borrador sobre el sistema de fichaje para discutirlo en reunión a celebrar el día 16 siguiente- descriptor 25-. Desde entonces la empresa y el Comité de Madrid, han debatido sobre el tema en reuniones celebradas los días 20-5-2019,1-6-2019 y 10-7-2019- conforme-. Igualmente han intercambiado correos tratando sobre el tema, obrando el contenido de los mismos en los descriptores 26 a 38 cuyo contenido damos por reproducido”

¹⁶ FD 5º.

5. CONCLUSIONES

En definitiva, el establecimiento de la obligación empresarial de llevar un sistema de registro horario de la jornada de todos sus trabajadores tiene repercusiones más allá del objetivo inicialmente pretendido por la ley de controlar la realización de horas extraordinarias no retribuidas. Ya han surgido los primeros casos en los cuales la implantación del sistema de registro ha puesto de manifiesto que también por parte del trabajador se pueden producir incumplimientos de sus deberes básicos de trabajar con arreglo a las exigencias de la diligencia y la buena fe, y que los sistemas de medición no tienen por qué ser infalibles.

No serán las únicas controversias que tendrán que dirimir nuestros tribunales. Queda por ver qué ocurrirá, por ejemplo, en los casos en los trabajadores falseen los partes bajo presión empresarial y la empresa pretenda responsabilizarlos negando la existencia de tal tipo presiones; o en los casos en que el trabajador olvide registrar su jornada y haya que determinar si se trata de una infracción grave o muy grave, o incluso en los supuestos en que el sistema haya podido ser hackeado por un tercero. Y también será interesante ver si continúa la controversia sobre el cómputo o no como tiempo de trabajo de las ausencias para el café o para fumar en aquellos casos en que previamente a la obligación de registro no había control horario por parte de las empresas, así como sobre la necesidad o no de que exista autorización empresarial para la realización de horas extraordinarias que se hayan puesto de manifiesto a raíz del registro. Tema este último que puede dar lugar a interesante casuística, en aquellos supuestos en que se realicen más horas de las ordinarias sin autorización o, incluso, en contra de la autorización de la empresa.

EL CONTROL EMPRESARIAL POR VIDEOVIGILANCIA EN LA LOPD*

MERCEDES LÓPEZ BALAGUER

Profesora Titular de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universitat de València

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: videovigilancia, protección de datos, control empresarial.

El presente trabajo revisa los criterios que pueden servir de fundamento argumental a la hora de aplicar el art. 89 LOPD. En primer lugar, se analiza la lectura que del precepto cabe hacer desde la perspectiva de la STC 29/2013, de 11 de febrero, llegando a la conclusión de que la argumentación que sirvió al Alto Tribunal para sostener la inconstitucionalidad de las cámaras identificadas, pero no informadas, sirve para interpretar el alcance aplicativo del primer párrafo del actual art. 89 LOPD, esto es, el referido precisamente a las cámaras informadas. Además, se apunta que la doctrina jurisprudencial en materia de videovigilancia también debe ser tenida en cuenta para llegar a esta conclusión. En segundo lugar, en relación con la referencia que se encuentra en el precepto a la posibilidad de sancionar los *ilícitos flagrantes* a partir de la prueba obtenida por cámaras identificadas, pero no informadas, se considera en este estudio que cabe entender aplicable la argumentación de la STC 39/2016, de 3 de marzo, teniendo también en cuenta la jurisprudencia del TS en la materia posterior a esta sentencia. Finalmente, se plantea en el trabajo la pregunta de si cabe admitir o no el uso de cámaras ocultas, es decir, ni identificadas ni informadas, como herramienta de control habilitada en el marco legal del art. 89 LOPD. Obviamente para responder a esta última cuestión en el trabajo se analiza la STEDH (Gran Sala) de 17 octubre 2019, *Caso López Ribalda y otros contra España*, concluyendo, a la luz de la misma, que será una posibilidad absolutamente la excepcional.

ABSTRACT

KEYWORDS: video camera, Data Protection, business control

This paper reviews the criteria that can serve to apply art. 89 LOPD. First, the reading of the precept can be analyzed from the perspective of the STC 29/2013, of February 11, and concludes that the argument that served the High Court to support the unconstitutionality of the cameras identified, but not informed serves to interpret the scope of the first paragraph of the current art. 89 LOPD, that is, the one referring precisely to the informed cameras. In addition, it is pointed out that the jurisprudential doctrine regarding video surveillance should also be taken into account to reach this conclusion. Secondly, in relation to the reference found in the precept to the possibility of sanctioning the flagrant offenses from the test obtained by identified, but not informed, cameras, it is considered in this study that the argumentation of the STC 39/2016, of March 3, also taking into account the jurisprudence of the TS in the matter after this ruling. Finally, the question arises at the question of whether or not the use of hidden cameras can be admitted, that is, neither identified nor informed, as a control tool enabled in the legal framework of art. 89 LOPD. Obviously, to answer this last question at work, the ECHR (Great Hall) of October 17, 2019, *López Ribalda et al. Case against Spain*, is analyzed, concluding, in light of it, that it will be an absolutely exceptional possibility.

* Desarrollado en el marco del Sub-proyecto DER2017-83488-C4-3-R “Los derechos fundamentales del trabajo subordinado en la era digital” financiado por el Ministerio de Ciencia, Innovación y Universidades, la Agencia Estatal de Investigación y FEDER

ÍNDICE

1. LA APLICACIÓN DE LA LOPD EN LA EMPRESA: PODER DE CONTROL VERSUS DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS
2. EL CONTROL DEL TRABAJADOR MEDIANTE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL ART. 89 LOPD
 - 2.1. El control empresarial mediante videovigilancia: la actividad laboral y la comisión de ilícitos flagrantes
 - 2.2. ¿Son admisibles las cámaras ocultas en el marco legal de la LOPD: López Ribalda II STEDH (gran sala) de 17 octubre 2019
 - 2.3. La grabación del sonido: justificación legítima, proporcionalidad e intervención mínima

1. LA APLICACIÓN DE LA LOPD EN LA EMPRESA: PODER DE CONTROL *VERSUS* DERECHO A LA INTIMIDAD Y A LA PROTECCIÓN DE DATOS

Que los trabajadores no quedan desamparados en el marco de la relación laboral desde la perspectiva de los derechos fundamentales es un axioma ampliamente repetido por el Tribunal Constitucional. La doctrina constitucional clásica –y desde luego perfectamente actual– nos habla de la modulación o adaptación de los derechos fundamentales, pero nunca de la pérdida de los derechos o de la cesión total de los mismos. En este sentido, hay que tener en cuenta que esa modulación, como es sabido, es consecuencia del juego de la dependencia y se produce porque esta esencial característica del contrato de trabajo sitúa al trabajador bajo el poder de dirección y control de la empresa¹.

De este modo, es obvio que no todos los derechos fundamentales que cada persona tiene reconocidos se van a ver afectados en la misma medida por el hecho de ser persona trabajadora. Así ocurrirá en mucha menor medida, por poner algún ejemplo, con derechos como el de educación (art. 27 CE), participación en asuntos públicos (art. 23 CE), asociación (art. 22 CE), etc. Sin embargo, al margen evidentemente de los derechos fundamentales de libertad sindical y huelga –y, en su caso, del derecho a la negociación colectiva–, la confrontación del poder de dirección y control empresarial con otros derechos fundamentales es especialmente intensa.

En la materia que ahora nos ocupa no cabe duda de que esa intensidad en la confrontación ha ido en aumento con la incorporación de la tecnología digital. En efecto, cuando hablamos hoy de derecho a la intimidad frente al poder de control, hablamos muchas veces de limitar que este pueda ser constante en el tiempo y en el espacio, incluso aunque de ese control pueda obtenerse prueba de un incumplimiento de las obligaciones laborales. La Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos y Garantía de los Derechos Digitales (en

¹ Por todas, SSTC 57/1994, de 28 de febrero; y, 143/1994, de 9 de mayo.

adelante, LOPD) ha venido a reconfigurar en el ámbito laboral el derecho del trabajador a la intimidad y a la protección de datos y el derecho de la empresa al control de las obligaciones laborales. Y lo ha hecho además diferenciando el alcance de ambos derechos *en el uso y frente al uso* de los dispositivos digitales en los arts. 87, 89 y 90 LOPD.

En efecto, la LOPD reconoce y regula el derecho a la protección de datos y a la intimidad de los trabajadores tanto desde una perspectiva dinámica o proactiva como desde una perspectiva estática o pasiva. Y es que el derecho fundamental existe y se reconoce en tanto son trabajadores usuarios de dispositivos digitales y en tanto son trabajadores objeto de control mediante dispositivos digitales.

Por una parte, como usuarios de dispositivos digitales puestos a su disposición por el empresario para la prestación del servicio, el art. 87 LOPD viene a reconocer el derecho a la intimidad de los trabajadores imponiendo a la empresa una obligación de información en base al reconocimiento de un doble y gradual estándar de intimidad de los trabajadores, cuya graduación depende de la prohibición o admisión del uso privado de los dispositivos digitales que los empresarios deben comunicar de manera previa a los trabajadores tras decidirlo con la participación de los representantes de los trabajadores². El cumplimiento de este deber de información, que debe ser considerado contenido esencial del derecho a la intimidad del trabajador³, implica que de antemano el trabajador sabe que nos podemos encontrar dos escenarios:

- Si los criterios de uso quedan limitados única y exclusivamente al ámbito profesional la consecuencia será que el empresario deberá respetar los *estándares mínimos de protección de la intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente*.
- Si los criterios de uso permiten el uso de los dispositivos digitales con fines privados la consecuencia será que el empresario *deberá especificar de modo preciso los usos autorizados y se establecerán garantías para preservar la intimidad de los trabajadores, tales como, en su caso, la determinación de los períodos en que los dispositivos podrán utilizarse para fines privados*.

² Con esta exigencia, asume la LOPD una de las recomendaciones del importante *Dictamen 2/2017 del GT 29 sobre el tratamiento de datos en el trabajo* que recomienda que, en todos los casos, una muestra representativa de trabajadores participe en la evaluación de la necesidad del control, así como en la lógica y accesibilidad de la política. [Dictamen consultado en versión digital Sitio web: http://ec.europa.eu/justice/data-protection/index_en.htm].

³ Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario de urgencia a la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *IusLabor*, 3/2018, [versión digital], p. 219.

En el primer escenario de prohibición total del uso privado, que es hoy posible desde una interpretación literal de la norma⁴, nos moveríamos en lo que legislador ha denominado *estándar mínimo* de protección de la intimidad. Y, en el segundo, nos moveríamos en lo que podríamos llamar *estándar reforzado* de protección de la intimidad.

Por otra parte, como trabajadores cuya actividad laboral se controla mediante dispositivos digitales, los arts. 89 y 90 LOPD regulan el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los mismos frente al control a través de videovigilancia y frente al control a través de sistemas de geolocalización.

Pues bien, en las páginas que siguen nos vamos a ocupar específicamente del análisis del art. 89 LOPD y de la regulación de la videovigilancia como medio de control de la actividad de los trabajadores. Concretamente, el presente estudio se quiere plantear desde la premisa de asumir una interpretación de este nuevo marco legal a la luz de la jurisprudencia ya conocida tanto del TC como del TS y del TEDH.

2. EL CONTROL DEL TRABAJADOR MEDIANTE SISTEMAS DE VIDEOVIGILANCIA EN EL ART. 89 LOPD

El art. 89 LOPD es el precepto que se ocupa de regular, tal y como acabamos de ver, la videovigilancia como sistema de control empresarial. En este sentido, en relación con el derecho fundamental a la intimidad de los trabajadores, es el precepto que establece el marco legal para que la obtención de pruebas mediante esta técnica de vigilancia no implique una vulneración de aquel. Es, en definitiva, el precepto que marca hasta dónde es constitucionalmente aceptable la modulación del derecho fundamental y, por lo tanto, cual es el perfil que enmarca la legitimidad del poder de control empresarial.

Pues bien, tras una primera lectura del precepto se podría decir que, en comparación con el art. 87 LOPD, que hemos revisado en el epígrafe anterior, el legislador ha ido de más a menos. Este precepto, como hemos visto antes, de forma ordenada, reconoce primero el derecho a la intimidad del trabajador; en segundo lugar, el poder de control de la empresa; y, en tercer lugar, delimita el espacio de concurrencia de este derecho y este deber imponiendo límites a la empresa para que el control no supere el marco del derecho a la intimidad que el

⁴ En este sentido, Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p. 219; y, Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos digitales en las relaciones laborales*, Ed. Francis Lefebvre. Claves Prácticas, Madrid, 2019, p. 132. Para ambos autores la dicción literal del art. 87 LOPD lleva a interpretar que es posible que el empresario limite absolutamente el uso privado de los dispositivos digitales.

trabajador mantiene en el ámbito laboral. Sin embargo, el art. 89 LOPD no hace alusión expresa al reconocimiento del derecho a la intimidad y a la protección de datos del trabajador, sino que comienza con el reconocimiento del poder empresarial de tratamiento de las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores, limitando este poder mediante la imposición de una obligación de información, que plantea importantes dudas interpretativas.

En efecto, el art. 89 LOPD, tras reconocer el derecho de los empresarios a tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control “siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo” establece:

- Primero, que los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida –«cámaras informadas»-.
- Segundo, que en el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de la LOPD –«cámaras identificadas no informadas»-.
- Tercero, que se prohíbe absolutamente la instalación de sistemas de grabación de sonidos y de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.
- Y, finalmente, en relación con la grabación de sonidos, que solo se admitirá si resultan “relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas” y si, además, se respeta “el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores”.

De este modo, nos encontramos ante un precepto que, respecto del uso de la videovigilancia, delimita el derecho fundamental a la protección de datos y a la intimidad de manera específica en función de criterios relacionados con el contenido de la información captada, el espacio donde esta se obtiene y con la captación de sonidos.

2.1. El control empresarial mediante videovigilancia: la actividad laboral y la comisión de *ilícitos flagrantes*

Según lo dispuesto en el art. 89.1 LOPD, para que la empresa pueda utilizar la videovigilancia de manera ajustada al derecho de protección de datos y a la intimidad del trabajador será necesario que lo haga dentro del marco legal y con los límites inherentes al mismo. En este sentido, teniendo en cuenta la doctrina

constitucional, es preceptivo, en primer lugar, que el empresario ejerza su función de control legalmente y dentro de los límites relativos a la proporcionalidad, necesidad e idoneidad del sistema. Y, en segundo lugar, que el trabajador -y los representantes de los trabajadores si los hay- hayan sido informados de la finalidad de control de la actividad laboral a la que va dirigida la videovigilancia.

Comenzando por el ejercicio de la función de control dentro de los límites legales, hemos de recordar la clásica STC 186/200, de 10 de julio, que se refería precisamente a videovigilancia. Según su doctrina, los límites para entender válido el recurso a esta medida de control en el marco del derecho a la intimidad personal se acotan en: a) la idoneidad de la videovigilancia para la finalidad pretendida por la empresa -verificar si el trabajador cometía efectivamente las irregularidades sospechadas y en tal caso adoptar las medidas disciplinarias correspondientes-; b) la necesidad de la medida -ya que la grabación serviría de prueba de tales irregularidades-; y, c) la proporcionalidad del control por videovigilancia -limitación espacial y temporal-.

En este sentido, hay que tener en cuenta que la videovigilancia como sistema permanente y continuado de control no será admisible en general en las empresas. Y es que, tal y como ha apuntado la doctrina científica⁵, resultará desproporcionado un sistema que permita el seguimiento continuo de la actividad laboral monitorizando por completo su actividad laboral, dado que una videovigilancia genérica y permanente con finalidad de control laboral no es admisible en el marco del derecho fundamental, ni siquiera cumpliendo con la obligación de información⁶.

En segundo lugar, respecto de la obligación de que el trabajador -y los representantes de los trabajadores si los hay- hayan sido informados de la finalidad de control de la actividad laboral a la que va dirigida la videovigilancia⁷,

⁵ Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos...*, op. cit., p. 139; y, García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., “La protección de los datos personales en el ámbito del trabajo: una aproximación desde el nuevo marco normativo”, *Revista Española de Derecho del Trabajo*, núm. 216, 2019 [versión digital], p. 39.

⁶ De hecho, el GT-29 en el *Dictamen 2/2017 sobre el tratamiento de datos en el trabajo*, de 8 de junio de 2017, 17/ES WP 249, advierte específicamente que la videovigilancia sigue presentando los mismos problemas para la privacidad de los trabajadores que antes: la capacidad de grabar de forma continuada el comportamiento del trabajador. Y, en relación con ello apunta que la posibilidad de que un empresario observe las expresiones faciales del trabajador por medios automatizados, identifique desviaciones con respecto a los patrones de movimiento predefinidos (por ejemplo, una fábrica), etc. sería desproporcionada a efectos de los derechos y libertades de los trabajadores y, por tanto, ilegal en general.

⁷ En sede de suplicación ya encontramos numerosas sentencias que, de acuerdo con lo previsto en el art. 89.1 LOPD, entienden lícita la prueba obtenida cuando “la empresa ha emitido con el Comité Intercentros acta conjunta para informar sobre las cámaras de videovigilancia y su utilización en actuaciones disciplinarias y que podrán ser utilizadas para la detección de acciones

ha de destacarse, de acuerdo con la doctrina constitucional⁸, que esa información deberá concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que va a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones pueden ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando “muy particularmente” que pueden utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo.

No obstante, como veíamos antes, en su párrafo segundo el art. 89.1 LOPD hace alusión a la posibilidad de que el sistema de videovigilancia no haya sido informado, permitiendo que la prueba obtenida a través de este medio pueda entenderse válida si con ella se constata “la comisión flagrante de un acto ilícito”. En este caso, el único requisito que el precepto exige en relación con el deber de información es el recogido en el art. 22.4 LOPD que, como es sabido, se refiere a “la colocación de un dispositivo informativo en lugar suficientemente visible identificando, al menos, la existencia del tratamiento, la identidad del responsable y la posibilidad de ejercitar los derechos previstos en los artículos 15 a 22 del Reglamento (UE) 2016/679”.

Con ello el legislador español estaría admitiendo que, de manera excepcional y solo ante la comisión flagrante del ilícito, la prueba obtenida por la empresa sería válida si el sistema de videovigilancia estaba identificado de modo ordinario, sin exigirse en este caso la información específica a que se refiere el primer párrafo del art. 89.1 LOPD⁹.

A mi modo de ver, la regulación actual que configura estos dos niveles de videovigilancia asumiría, por una parte, la doctrina constitucional de la STC

irregulares, sean éstas realizadas por personas ajenas a la empresa, por personal que presta servicios en la misma, sirviendo en su caso, como base para actuación disciplinaria laboral” (STSJ de Andalucía de 11 de abril de 2019, rec. 1125/2018); o, por poner otro ejemplo, cuando se acredita que “la empresa llegó a un acuerdo con el Comité Intercentros sobre la existencia de cámaras de videovigilancia en los centros comerciales y de trabajo, en las zonas de trabajo, sean de acceso, tránsito, venta, elaboración o almacenamiento, muelle o aparcamiento, implantadas para controlar la seguridad de personas, bienes, instalaciones y mercancías a la venta, pudiendo ser utilizadas legítimamente para la detección de acciones irregulares, sean éstas realizadas por personas ajenas a la empresa, o por personal que presta servicios en la misma, sirviendo, en su caso como base para actuación disciplinaria laboral y dicho acuerdo se comunicó a los trabajadores a través de circulares internas colgadas en los tableros de anuncios y en el Sistema de Información de Empresa” (STSJ de Madrid de 25 de enero de 2019, rec. 971/2018).

⁸En estos precisos términos STC 29/2013, de 11 de febrero. En este mismo sentido, considera Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p. 222, que, aunque la ley no exige que el empleador deba informar expresamente sobre la finalidad y el alcance concreto de la instalación, parece lógico pensar que se trata de uno de los contenidos esenciales que integran el deber de información empresarial, sin que la ley aclare, por otra parte, cuáles serían los efectos de un eventual incumplimiento del deber empresarial de información.

⁹Para García Murcia, J. y Rodríguez Cardo, I.A., “La protección de los datos personales en

29/2013, de 11 de febrero, caso *Universidad de Sevilla*, que consideró insuficiente en el plano del derecho de protección de datos el hecho de que “existieran distintivos anunciando la instalación de cámaras y captación de imágenes” en el centro de trabajo, en el entendido de que “era necesaria además la información previa y expresa, precisa, clara e inequívoca a los trabajadores de la finalidad de control de la actividad laboral a la que esa captación podía ser dirigida” y que, como es conocido, se refería a incumplimientos relacionados con la jornada de trabajo. En efecto, aunque se ha considerado que esta doctrina queda superada por la nueva regulación de la LOPD¹⁰, desde mi punto de vista, es posible sostener que la doctrina constitucional de la sentencia 29/2013 sigue estando vigente, como seguidamente explicaré.

Por otra parte, creo que, a la luz de la regulación del art. 89.1. 2º párr. LOPD, se ha de entender que se ha asumido y superado a la vez la doctrina de la STC 39/2016, de 3 de marzo, caso *Berska*, porque actualmente no es posible sostener legalmente que si la instalación de la videovigilancia tiene por objeto controlar la actividad laboral, es válida la prueba obtenida de la misma “sin que haya que especificar, más allá de la mera vigilancia, la finalidad exacta que se le ha asignado a ese control”¹¹. Pero, sin embargo, con la nueva regulación, sí se admitiría que, en el concreto supuesto que se cuestionaba en esta sentencia de 2016 –que, como también es sabido, se refería a la transgresión de la buena fe contractual por la

el ámbito del trabajo: una aproximación desde...”, *op. cit.* p. 39, este precepto es de redacción “un tanto equívoca y deficiente”, pues en lugar de establecer una regla clara y precisa sobre el alcance de las facultades empresariales en esos casos, y sobre lo que puede hacer el empresario *ex ante* con esos fines de control particularizado, parte de la hipótesis de que en un momento determinado se haya captado, a través de los dispositivos existentes, la «comisión flagrante de un acto ilícito», en cuyo caso basta con la existencia de ese tipo de «dispositivos» para que se entienda cumplido el preceptivo deber de información.

¹⁰Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p.223, que entiende que la excepción de las cámaras solo identificadas ampararía tanto el uso para fines disciplinarios de seguridad (personas, bienes o instalaciones) como la instalación temporal de cámaras con fines de control laboral cuando existieran fundadas sospechas previas de incumplimientos laborales. Interpretada en estos términos, la nueva regulación vendría a rectificar la doctrina del Tribunal Constitucional en el asunto *Universidad de Sevilla* (sentencia 29/2013, de 11 de febrero) y a otorgar carta de naturaleza, en cambio, a la doctrina del mismo Tribunal Constitucional en el caso *Berska* (sentencia 39/2016, de 3 de marzo).

¹¹Según esta STC “lo importante será determinar si el dato obtenido se ha utilizado para la finalidad de control de la relación laboral o para una finalidad ajena al cumplimiento del contrato, porque sólo si la finalidad del tratamiento de datos no guarda relación directa con el mantenimiento, desarrollo o control de la relación contractual el empresario estaría obligado a solicitar el consentimiento de los trabajadores afectados”. Un análisis extenso de la doctrina constitucional en materia de videovigilancia puede encontrarse en Taléns Visconti, E., “Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito laboral: una sucesión de desencuentros”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Volumen 6, núm. 3, julio-septiembre de 2018, p. 59 y ss.

comisión de pequeños hurtos-, la prueba obtenida con cámaras identificadas y no informadas sería lícita en el plano del derecho del derecho de protección de datos.

Entiendo que cabe alcanzar esta doble conclusión porque, como ya he dicho, el cumplimiento de la obligación de información es condición esencial hoy desde la perspectiva de la licitud de la prueba si el sistema de videovigilancia se utiliza específicamente para el control de la actividad laboral. Por lo tanto, la mera identificación de la cámara en estos casos no sería hoy suficiente y, así, si la prueba obtenida se refiere al incumplimiento de las obligaciones laborales ordinarias y no a las vinculadas con la seguridad, cuando solo conste este único elemento informativo, deberemos considerar que, de acuerdo con el art. 89 LOPD, se ha vulnerado del derecho fundamental a la intimidad del trabajador. De este modo, creo que la cuestión más controvertida se centra, tras la LOPD, en la delimitación de lo que deba considerarse un ilícito flagrante porque, dado que nos movemos en un terreno relativo al respeto al derecho fundamental de protección de datos y de intimidad, será necesario acotar de modo preciso el espacio de la excepción a la regla general de la información previa, expresa, clara y concisa. Creo pues que será necesario delimitar, en primer lugar, a qué ilícitos se refiere el art. 89.1.2º parr (a); y, en segundo lugar, en qué casos debe considerarse flagrante su comisión (b)

a) Es evidente, por una parte, que no podemos identificar el ilícito a que se refiere el art. 89 LOPD con ilícito penal porque la tramitación parlamentaria de la LOPD nos lleva sin duda a esta conclusión¹².

En este sentido, como se ha apuntado¹³, “aunque una lectura en clave tuitiva de la ley nos conduciría a interpretar restrictivamente la expresión “actos ilícitos”, reservándola a los ilícitos de tipo penal, es lo cierto que tanto una interpretación literal como histórica de la ley, nos aboca a la interpretación contraria”. Así pues, debemos entender que el ilícito sancionable a partir de la prueba videográfica identificada y no informada podrá tener o no relevancia a efectos penales. Y, en este punto, la cuestión a dilucidar pasa por concretar si deberá o no quedar acotado al ámbito de la protección por motivos seguridad o, dicho de otro modo, para la

¹² Como señala Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p. 225, el primer texto del proyecto de ley presentado por el Gobierno al Congreso se refería expresamente a la “comisión flagrante de un acto delictivo”, de suerte que la nueva expresión empleada por la ley obedece claramente a la voluntad de extender la excepción prevista a cualquier supuesto de comisión flagrante de un incumplimiento laboral. En este sentido, Taléns Visconti, E., “Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito...”, *op. cit.*, p. 84, comentando el texto del Proyecto de LOPD, consideraba que “esta excepción iría destinada para su valor probatorio en el proceso penal, en el sentido de que las imágenes captadas sin información probablemente no sirvan para sustentar una sanción laboral, pero sí que tendrían validez para una eventual sanción por la vía penal”.

¹³ Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p. 225

protección de las personas y las cosas; o si, dado que con ello también podríamos entender que nos movemos en el terreno penal, asumir que las cámaras solo identificadas y no informadas podrían legalmente captar cualquier ilícito laboral.

A mi entender, un argumento que el TS utilizó ya en 2017 podría servir también hoy para dar respuesta a esta cuestión en términos equilibrados desde la perspectiva del derecho fundamental a la intimidad. En la STS de 31 enero de 2017, rec. 3331/2015, se consideró que la prueba obtenida de cámaras de seguridad no específicamente utilizadas para el control laboral era “una medida justificada por razones de seguridad (control de hechos ilícitos imputables a empleados, clientes y terceros, así como rápida detección de siniestros), idónea para el logro de ese fin (control de cobros y de la caja en el caso concreto) y necesaria y proporcionada al fin perseguido, razón por la que estaba justificada la limitación de los derechos fundamentales en juego, máxime cuando los trabajadores estaban informados, expresamente, de la instalación del sistema de vigilancia, de la ubicación de las cámaras por razones de seguridad, expresión amplia que incluye la vigilancia de actos ilícitos de los empleados y de terceros y en definitiva de la seguridad del centro de trabajo pero que excluye otro tipo de control laboral que sea ajeno a la seguridad, esto es el de la efectividad en el trabajo, las ausencias del puesto de trabajo, las conversaciones con compañeros, etc.”¹⁴.

De este modo, para el TS los incumplimientos laborales que deberían entenderse lícitamente probados mediante cámara identificada y no informada expresamente para controles laborales quedaban circunscritos a los relacionados con la seguridad de las cosas o de las personas. En consecuencia, quedaban al margen de este ámbito de licitud las pruebas relacionadas con incumplimientos de las obligaciones laborales que podríamos denominar ordinarias. En este sentido, a mi juicio, el actual art. 89.2 LOPD debería interpretarse de manera restringida por lo que a los ilícitos laborales se refiere, haciendo una distinción entre:

- Obligaciones del trabajador referidas a condiciones de trabajo ordinarias: tiempo de trabajo, rendimiento, etc.
- Obligaciones de trabajo relativas al cumplimiento del deber de buena fe contractual respecto de la protección de las personas o las cosas.

El incumplimiento de las primeras detectado por cámaras no identificadas e informadas no podría ser sancionado lícitamente con la prueba obtenida de las mismas, debiendo entender que esta no podría considerarse válida por vulneración del derecho a la intimidad de los trabajadores. En cambio, el incumplimiento de las segundas detectado por cámaras identificadas y no informadas podría ser sancionado lícitamente con la prueba obtenida de las mismas, asumiendo que

¹⁴ Siguiendo esta doctrina jurisprudencial, los TSJ interpretan mayoritariamente que

estos ilícitos laborales van más allá de la objetiva configuración de las obligaciones contractuales que ambas partes han de cumplir y que el empresario ha de controlar de modo ordinario. De hecho, el art. 22 LOPD, a cuyo apartado cuarto se remite el art. 89, regula precisamente a los sistemas de cámaras o videocámaras que se instalan con la finalidad de “preservar la seguridad de las personas y bienes, así como de sus instalaciones”¹⁵.

b) Por lo que se refiere al carácter flagrante de la comisión del ilícito, entiendo que cabría apuntar dos interpretaciones. Por una parte, de manera restrictiva, cabría entender que la conducta sancionable debería ser aquella que se descubre por la cámara identificada y no informada de manera sorpresiva e insospechada por la empresa. Evidentemente, en estos casos la obtención de la prueba debería considerarse lícita, puesto que, conocida por el trabajador la existencia de la videocámara identificada, la comisión del ilícito que transgrede la buena fe contractual podrá ser sancionada porque se ajustará literalmente al “ilícito flagrante” a que se refiere el art. 89 LOPD.

No obstante, también cabe entender, en mi opinión, que cumplirá el requisito del carácter flagrante, el ilícito que se descubre por la videocámara identificada y no informada cuando esta sea utilizada para controlar específicamente, a partir de fundadas sospechas, alguna conducta irregular que se pueda estar cometiendo. En estos casos, la existencia de las cámaras sugiere, como señaló con claridad la STS de 7 de julio de 2016, rec. 3233/2014, “una finalidad protectora del patrimonio empresarial y la grabación de conductas que atenten contra esa finalidad”; por lo que, ante sospechas que sirven como justificación legítima al empresario, la prueba obtenida de las mismas habrá de reputarse válida, ya que, continua la citada sentencia, “semejante entorno específico excluye el factor sorpresa y muestra claramente la situación de riesgo asumido por la demandante y por cualquier otro responsable de conductas análogas”.

En definitiva, considero que, de acuerdo con los argumentos apuntados, la interpretación del segundo párrafo del art. 89.1 LOPD debe llevar a considerar que cabrá admitir las pruebas obtenidas con videocámaras identificadas y no informadas siempre y cuando se trate, por un lado, de ilícitos laborales que

¹⁵En este sentido, Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p. 223; para Rodríguez Escanciano, S., “Videovigilancia empresarial: límites a la luz de la Ley Orgánica 3/2018, de 5 diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, *Diario La Ley*, N° 9328, 2 de Enero de 2019 [versión digital], p. 5, “mayor será la posibilidad de supervisión cuanto más clara sea la fundada sospecha de comportamiento irregular por parte del empleado, pues no es igual comprobar el cumplimiento normal de las obligaciones laborales ordinarias, donde el deber de información debe de cumplimentarse en todos los extremos, que actuar ante el temor fundado de la perpetración de infracciones donde el principio de transparencia puede sufrir alguna modulación”.

queden limitados a la transgresión de la buena fe contractual desde la perspectiva de la protección de las personas o las cosas en el ámbito de la empresa. Y, por otro, de ilícitos cometidos de manera flagrante y captados por las cámaras solo identificadas bien de manera sorpresiva –sin que se haya tenido previa sospecha de su concurrencia- bien tras un control más específico a partir de una justificación legítima de la empresa que actúa en base a determinados indicios de irregularidades.

2.2. ¿Son admisibles las cámaras ocultas en el marco legal de la LOPD?: *López Ribalda II* STEDH (Gran Sala) de 17 octubre 2019

Tras el análisis anterior de la interpretación que cabe hacer del art. 89 LOPD a la luz de la doctrina del TC y del TS, aun quedarían dos preguntas por responder en relación con el tema de la videovigilancia tras la LOPD: ¿Son admisibles las cámaras ocultas? ¿Puede la empresa recurrir a ellas ante sospechas de un ilícito laboral?

La respuesta inicial a estas cuestiones podría ser negativa en el entendido de que el art. 89 LOPD viene a limitar la opción legal de la videovigilancia «como mínimo» a las cámaras identificadas y no informadas y, en consecuencia, las cámaras ocultas no serían una opción en términos de licitud de la prueba obtenida porque implicarían en todo caso la vulneración del derecho fundamental a la intimidad. Así, a mi modo de ver, la dicción literal de este precepto habría perfilado, como límite absoluto de la modulación de este derecho en el marco de la relación laboral, el relativo a la necesidad de que la videovigilancia sea identificada.

Sin embargo, es obvio que la respuesta a las preguntas que hacíamos debe hoy reformularse necesariamente a la luz de la doctrina del TEDH en la sentencia *López Ribalda II*. Como es sabido, con esta sentencia la Gran Sala modifica la interpretación que en la anterior resolución –STEDH (Sección Tercera) de 9 de enero de 2018¹⁶- consideró que, aunque la videovigilancia se había aplicado en el supuesto concreto ante sospechas legítimas de robo, su alcance fue amplio en el tiempo y desde una perspectiva subjetiva. Por lo tanto, se incumplía la regulación española de protección de datos de 1995 en relación con la obligación de información previa a los afectados respecto de la recogida y tratamiento de sus datos personales y de la existencia, finalidad y modalidades de la medida de vigilancia. De este modo, se declaró que los órganos jurisdiccionales españoles no habían ponderado adecuadamente los derechos de privacidad de las trabajadoras y otros

¹⁶Un comentario de esta sentencia en Taléns Visconti, E., “Video-vigilancia y protección de datos en el ámbito...”, *op. cit.*, p. 61 y ss.

intereses en juego, produciéndose, en consecuencia, una vulneración del artículo 8 CPDHLF.

Pues bien, siguiendo lo que se ha venido a llamar, acertadamente a mi juicio, “un camino de ida y vuelta”¹⁷, la STEDH (Gran Sala) de 17 octubre 2019, *Caso López Ribalda y otros contra España*, ha rectificado esta conclusión y ha venido a admitir la videovigilancia con cámara oculta pero, como no podía ser de otro modo, de manera absolutamente condicionada. En este sentido, el pronunciamiento del TEDH se ha producido teniendo en cuenta los siguientes factores que me parecen especialmente importantes:

- Que la doctrina *Barbulescu II* es aplicable *mutatis mutandis* a la videovigilancia (ap. 116)¹⁸.
- Que, teniendo en cuenta esta doctrina, son claves para la admisión de la videovigilancia oculta, por una parte, el ámbito espacial, el temporal y el subjetivo (ap. 125 a 127); y, por otra, la prueba de que la información sobre las cámaras podía “poner en riesgo la finalidad de la videovigilancia” (ap. 128).
- A partir de la anterior afirmación, que la exigencia de transparencia y el derecho a la información son fundamentales en el contexto de las relaciones laborales, pero que la información proporcionada a la persona objeto de vigilancia y su alcance “son sólo uno de los criterios a considerar a la hora de valorar la proporcionalidad de tal medida en un caso determinado. Sin embargo, si falta esa información, las garantías derivadas de los demás criterios serán aún más importantes” (ap. 131).
- Y, en consecuencia, que no cabe aceptar que “la mínima sospecha de robos u otras irregularidades cometidas por los empleados, pueda justificar la instalación de un sistema de videovigilancia encubierta por parte del empleador”, pero en las particulares circunstancias del caso planteado, las sospechas razonables de que se habían cometido “graves irregularidades” por la acción

¹⁷ Mercader Uguina, J., “López Ribalda II: un camino de ida y vuelta”, entrada de 30.10.19: <https://forodelabos.blogspot.com/2019/10/lopez-ribalda-ii-un-camino-de-ida-y.html>. El autor señala que en esta sentencia son especialmente relevantes las reflexiones dedicadas al cumplimiento del deber de información, considerando que el TEDH plantea que “no puede aceptarse que la más mínima sospecha de que las irregularidades han sido perpetradas por los empleados puede justificar la implementación de videovigilancia secreta por parte del empleador, la sospecha razonable de que se habían cometido graves irregularidades y el alcance de las mismas producidas en este caso pueden considerarse justificaciones serias. Más aún en un caso como el analizado en el que se sospechaba la acción concertada de varios empleados”.

¹⁸ En la sentencia se traslada el *test Barbulescu* al ámbito de la videovigilancia, incorporando las preguntas relacionadas con la proporcionalidad, necesidad e idoneidad a esta tecnología de control (véase, apartado 116).

conjunta de varios empleados y “el alcance de los robos constatados” pueden parecer una justificación seria, teniendo en cuenta que esta situación podía crear en la empresa un clima general de desconfianza (ap. 134).

Con estas premisas, el Tribunal de Estrasburgo acaba considerando, en sentido contrario a la sentencia de 9 de enero de 2018, que en el caso planteado no se vulneró el art. 8 CPDHLF. Tras esta resolución, creo que es posible extraer tres conclusiones que servirían, desde la perspectiva del derecho fundamental a la protección de datos y a la intimidad, para confirmar de algún modo algunas de las afirmaciones que he hecho ya.

Estas tres conclusiones implican asumir que el espacio que estos derechos fundamentales dejan al recurso de la videovigilancia como sistema de control es inversamente proporcional a la justificación legítima de la empresa. Dicho de otro modo, cuanto menor es esta mayor es el límite que perfila el derecho fundamental. Y así, si estamos ante un uso de la videovigilancia como medio de control del cumplimiento de las obligaciones laborales del trabajador, la justificación legítima sería también la elemental relacionada con el poder de dirección y control de la empresa. Sin embargo, si estamos ante un uso de la videovigilancia como medio de control de un acto ilícito flagrante, la justificación legítima vendrá reforzada por la sospecha de la empresa y su derecho de protección de la seguridad de las personas y las cosas en la empresa.

De acuerdo con esto, tras la sentencia *López Ribalda II*, podríamos considerar, en primer lugar, que la videovigilancia como sistema de control ordinario en la empresa solo será posible en relación con el derecho a la intimidad del trabajador cuando se haya informado previamente de la existencia de las cámaras y de manera clara y exhaustiva sobre la finalidad del control y siempre dentro de los márgenes de la proporcionalidad, idoneidad y necesidad. En segundo lugar, que la videovigilancia identificada pero no informada será admisible cuando exista sospecha «siquiera mínima» de “robos o de otras irregularidades”, esto es, cuando se vea afectada la protección de las personas o las cosas en clave de seguridad. Entendemos que cabe alcanzar esta segunda conclusión porque, en tercer lugar, para que quepa admitir que la videovigilancia oculta o encubierta no vulnera el derecho a la intimidad, el TEDH refuerza la sospecha que actúa como justificación legítima de la empresa al exigir que aquella sea de especial gravedad en el sentido de que “atente al buen funcionamiento de la empresa” y “al clima general de desconfianza en la empresa”.

2.3. La grabación del sonido: justificación legítima, proporcionalidad e intervención mínima

Para acabar con el análisis de la regulación de la videovigilancia en la LOPD hemos de hacer mención especial a la grabación del sonido como dato especialmente protegido porque el propio art. 89.3 LOPD así lo hace y además precisamente para aportar una estricta consideración de este control¹⁹. El precepto viene considerar exigibles respecto de la grabación de sonidos, además de la aplicación de las garantías previstas en los apartados anteriores y que ha hemos analizado, tres condiciones:

- Que concurren relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo.
- Que la grabación respete el principio de proporcionalidad y el de intervención mínima.
- Que los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se supriman en el plazo máximo de un mes desde su captación, salvo cuando hubieran de ser conservados para acreditar la comisión de actos que atenten contra la integridad de personas, bienes o instalaciones.

Es evidente que en relación con la grabación de la voz, el legislador ha tenido muy en cuenta la doctrina constitucional clásica porque se refuerza de manera especial en relación con el control que incluya el sonido tanto el requisito de la justificación legítima como el requisito de la proporcionalidad e intervención mínima²⁰. En este sentido, la dicción literal del 89.3 LOPD acoge la argumentación de la conocida y clásica STC 98/2000, de 10 de abril, que, reconociendo la “utilidad” para la empresa de un sistema de control que graba el sonido, matiza que “la mera utilidad o conveniencia para la empresa no legitima sin más la instalación de los aparatos de audición y grabación, habida cuenta de que la empresa ya disponía de otros sistemas de seguridad que el sistema de audición pretende complementar”. De este modo, la sentencia acaba considerando que la implanta-

¹⁹ Como ha señalado Rodríguez Escanciano, S., “Videovigilancia empresarial: límites a la...”, *op. cit.*, p. 6, estos contornos más estrictos encuentran justificación en el solo hecho de tener en cuenta que las conversaciones están amparadas tanto por el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) cuanto por el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y únicamente mediante autorización judicial es posible una injerencia en las mismas. La grabación de un diálogo suele ser más sensible que la de una imagen porque las palabras pueden revelar pensamientos y sentimientos internos, permitiendo comprobar fácilmente incumplimientos en el trabajo y adoptar medidas disciplinarias, de ahí que el Tribunal Europeo de Derechos Humanos –Asunto *Haldorf*– haya sido claro en la necesidad de que se avise al trabajador sobre la posible interceptación de los diálogos.

²⁰ Serrano Olivares, R., “Los derechos digitales en el ámbito laboral: comentario...”, *op. cit.*, p. 224.

ción de este sistema no resulta conforme “con los principios de proporcionalidad e intervención mínima que rigen la modulación de los derechos fundamentales por los requerimientos propios del interés de la organización empresarial” porque, sin ningún filtro, recoge todas las conversaciones que se producen en el lugar de trabajo. Así pues, de la sentencia se desprende claramente que la grabación del sonido afecta a un dato especialmente protegido porque “permite captar comentarios privados” lo que ha de considerarse “una intromisión ilegítima en el derecho a la intimidad consagrado en el art. 18.1 CE, pues no existe argumento definitivo que autorice a la empresa a escuchar y grabar las conversaciones privadas que los trabajadores del casino mantengan entre sí o con los clientes”²¹.

El art. 89.3 LOPD ha de ser interpretado a la luz de esta sentencia y, de ese modo, desde la perspectiva del art. 90.2 LRJS, habrá que entender que la licitud de la prueba en estos casos no será nada fácil de acreditar, dado que, primero, será necesario demostrar que la grabación del sonido responde a una justificación legítima reforzada y limitada a la seguridad. En segundo lugar, que el sistema que se utilice implica una intromisión lo menos invasiva posible. De este modo, queda descartado desde la perspectiva del derecho a la intimidad el uso de sistemas que permitan la audición continuada e indiscriminada de todo tipo de conversaciones. Y, en tercer lugar, deberá tratarse siempre de un sistema informado tanto a los trabajadores como a sus representantes, dado que el precepto declara aplicables las garantías previstas en los apartados anteriores²².

²¹ En este sentido, recuerda Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos...*, *op. cit.*, p. 147, que las grabaciones de sonido son especialmente sensibles porque con ellas se permite identificar a la persona, tal y como recoge la LOPD.

²² Mercader Uguina, J.R., *Protección de datos y garantía de los derechos...*, *op. cit.*, p. 148. Véanse en materia de información los Informes de la AEDP en esta materia que recoge el autor (p.148-149).

DIGITALIZACIÓN E INNOVACIÓN TECNOLÓGICA EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA NECESARIA REDEFINICIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS*

INMACULADA MARÍN ALONSO

Profesora Titular Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social

Universidad de Sevilla

EXTRACTO

PALABRAS CLAVE: digitalización; innovación tecnológica; derechos de los empleados públicos; Administración Pública

La innovación tecnológica y la digitalización de la Administración Pública plantean numerosos interrogantes sobre el futuro inmediato del empleo público y sobre la necesidad de redefinir o actualizar los derechos y condiciones de trabajo de los empleados públicos. Esto último puede abordarse desde tres perspectivas principales: en primer lugar, desde la organización interna de la AAPP en materia de recursos humanos; en segundo lugar, desde las condiciones de trabajo más vulnerables a la invasión tecnológica como el derecho al descanso -llamado "derecho a la desconexión digital" y el derecho a la protección de la salud de los empleados públicos frente a riesgos emergentes y, por último, respecto a la delimitación de la naturaleza y alcance del poder de dirección de la Administración Pública frente a la posible vulneración de determinados derechos fundamentales de los empleados públicos. Todas estas perspectivas revelan la necesidad de una reforma en profundidad del estatuto del empleado público o, al menos, del establecimiento de reglas legales y convencionales precisas que delimiten el mismo.

ABSTRACT

KEY WORDS: digitalisation; technological innovation; rights of public employees; public administration

Technological innovation and the digitization of public administration raise many questions about the immediate future of public employment and the need to redefine or update the rights and working conditions of public employees. The latter can be addressed from three main perspectives: first, from the internal organization of the Public Administration in terms of human resources; second, from the working conditions that are most vulnerable to technological invasion such as the right to rest -called "right to digital disconnection" and the right to health protection of public employees against emerging risks; and finally, from the delimitation of the nature and scope of the managerial power of the Public Administration against the possible violation of certain fundamental rights of public employees. All these perspectives reveal the need for a thorough reform of the statute of public employees or, at least, the establishment of precise legal and conventional rules that delimit it.

* Este trabajo se enmarca en el Proyecto de titulado "Investigación Desarrollo tecnológico, cambio socio-laboral y trabajo sostenible", Programa Estatal de Generación de conocimiento y fortalecimiento científico y tecnológico del sistema de I+D+I, PGC2018-095263-B-I00.

ÍNDICE

1. INTRODUCCIÓN
2. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO: PERSPECTIVA NACIONAL, EUROPEA Y MUNDIAL
3. DIGITALIZACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO
 - 3.1. La transformación interna del empleo en la administración pública
 - 3.2. Modelos de vinculación de los empleados públicos con la aapp: trabajo «abierto» y trabajo «cerrado» en el empleo público
4. EL IMPACTO DE LAS TIC SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y FUNCIONARIAL
 - 4.1. Beneficios de la tecnología en el empleo público: eficacia, eficiencia, mejora de servicios públicos, deslocalización y atemporalidad
 - 4.2. Desventajas: el incremento del poder de control por el empleador público, desbordamiento del tiempo de trabajo y riesgos para la salud
5. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO “NUEVO” DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

1. INTRODUCCIÓN

El desarrollo tecnológico de la Administración Pública, conforme a las exigencias innovadoras del Siglo XXI, permite abordar su impacto sobre el empleo público desde distintas perspectivas. Una de ellas es a través de la necesaria e inevitable adaptación del empleador público a los procesos de digitalización que implican una ingente tarea de conversión del formato papel al formato digital para facilitar las gestiones públicas al ciudadano a través de la implantación de aplicaciones *on line* que favorecen la comunicación con la Administración Pública desde cualquier punto y lugar que tenga acceso a internet mediante móvil u ordenador con conexión¹. El Informe del Observatorio de Administración Electrónica (2018) sobre Desarrollo de la Administración Electrónica en la Administración General del Estado² señala que los servicios públicos digitales en España se encuentran cada vez más presentes en los trámites administrativos, alcanzando la penetración de la e-Administración a un 40% de los ciudadanos, que la utilizan, principalmente, para efectuar sus declaraciones de rentas, realizar

¹ Según el Índice de digitalización DESI, que permite comparar la situación y evolución de los países europeos en la materia, señala que España cuenta con la mayor red de fibra hasta el hogar de la Unión Europea, con una cobertura de 4G superior al 99,5 de la población.

² Respecto de las Comunidades Autónomas véase el Informe CAE 2018 sobre la Administración Electrónica en las Comunidades Autónomas publicado en el portal de la transparencia de la AGE [transparencia/transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Ciencia_y_tecnologia/eadmonCCAA-CAE2018.html](https://transparencia.transparencia_Home/index/MasInformacion/Informes-de-interes/Ciencia_y_tecnologia/eadmonCCAA-CAE2018.html)

trámites sanitarios o presentar solicitudes, ahorrando a los usuarios, según estimaciones de algunas consultoras, una media de 75 euros por trámite³.

La reducción de los tiempos de espera y la eliminación de tareas manuales repetitivas supondrá importantes beneficios en el funcionamiento interno y externo de la Administración Pública: por un lado, el ahorro de costes en tiempo de trabajo (el 25% del trabajo actual)⁴ y, por otro lado, el incremento de eficacia en la gestión de los servicios públicos. Tales ventajas repercutirán de manera progresiva en el empleo público pues el nuevo reparto del tiempo de trabajo o la disminución de tareas afectará, sin duda, a la oferta de empleo público, a los sistemas de selección de personal –v. gr. mediante la utilización de algoritmos y datos vinculados a la inteligencia artificial (IA) siempre que garanticen los principios de mérito y capacidad–, a la formación –inicial y permanente– de los empleados públicos, a la readaptación de efectivos y, en su caso, a la extinción de contratos de trabajo por causas objetivas, así como a la gestión del conocimiento en las Administraciones Públicas⁵. La reorganización de los recursos humanos en base a la digitalización puede desembocar, incluso, en la modificación radical de las funciones asignadas a determinados puestos de trabajo, el requerimiento constante de nuevas competencias digitales que provoquen la creación de nuevos cuerpos o escalas vinculadas a la digitalización, la implantación de medidas orientadas a la formación y capacitación permanente de los empleados públicos y la actualización continua de las RPT.

Desde otra perspectiva, la tecnología de la información y comunicación plantea también otras cuestiones relativas a las condiciones de trabajo en el empleo público y al carácter neutro de la misma. En este caso, la problemática se presenta en relación al temor de que el uso continuado y permanente de los instrumentos tecnológicos pueda, por un lado, invadir o difuminar la frontera entre el tiempo de trabajo y el de no trabajo al confundir “conectividad” con “disponibilidad”⁶ y, por otro lado, ocasionar daños, psicosociales o no, a los mismos⁷.

³ Véase el Informe Deloitte Consulting sobre El impacto de la digitalización en España, Contribución de las empresas DigitalES a la economía española, 2019, en www.digitales.es.

⁴ Véase la entrevista a W. Eggers, de Deloitte por Pascual, G: “La digitalización va a revolucionar el trabajo de los funcionarios”, El País Economía de 20 de septiembre de 2017.

⁵ Sobre este último aspecto véase Palomar Baget, J.: “El uso de herramientas sociales digitales para la gestión del conocimiento en las Administraciones Públicas”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 7, 2014, pág. 36; del mismo autor, ¿Tienen las Administraciones Públicas personal 2.0? Actitudes, aptitudes y conocimientos del personal público ante el reto del uso de las redes sociales e institucionales”, *Revista Vasca Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 10, 2016, pág. 30.

⁶ Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *IUSLabor* 2/2019, pág. 12.

⁷ El incremento del estrés, dolores de espalda, obesidad, problemas de visión, etc ha generado una imagen del trabajador en unas décadas poco halagüeña sobre las condiciones laborales de tra-

Frente a ello adquiere relevancia, más por su novedosa denominación que por su contenido y alcance⁸, el derecho de los empleados públicos a exigir, por un lado, su derecho al descanso y a la conciliación de la vida familiar y laboral, -que, en el marco de las tecnologías de la información y comunicación, adquieren una novedosa denominación: la desconexión digital-, y por otro lado, el derecho a la salud de los empleados públicos en la medida que el abuso de los instrumentos tecnológicos puede provocar daños a la misma (v. gr. irritabilidad, insomnio, fatiga ocular, falta de concentración, agotamiento mental, intoxicación, obesidad, dolores de espalda...), ya sea por imposición empresarial -llamadas o mensajes fuera del horario laboral o en vacaciones- o por autoimposición⁹ -es decir, en la falsa creencia de que se es libre para decidir su utilización¹⁰-. Los empleados públicos digitalizados prolongan su jornada más allá que los empleados tradicionales sometidos a horario y tareas determinadas, siendo el teletrabajo, incluso, un modo de intensificar las exigencias laborales más que un medio para organizar la actividad mediante el uso intensivo de tecnologías con beneficios para la conciliación laboral y familiar y el medio ambiente. Esta cuestión preocupa en el marco nacional¹¹ y también en el ámbito europeo donde el Proyecto EU-OSHA de la Agencia Europea de Seguridad y Salud de julio de 2019 examina el impacto en el trabajo de la rápida evolución de las tecnologías digitales -incluida la IA y la robótica- y su posible impacto en la seguridad y salud en el trabajo¹² y se propone proporcionar a los responsables políticos de la UE, a los gobiernos de los Estados miembros, a los sindicatos y a los empleadores la información que necesitan sobre tales cambios digitales, su impacto sobre la naturaleza y la organización

bajadores de Francia, Alemania y Reino Unido. El futurista conductual W. Higham ha presentado a Emma, una grotesca muñeca que refleja el futuro aspecto del trabajador. Véase, www.elconfidencial.com el pasado 28 de octubre de 2019.

⁸ Véase, Vallecillo Gámez, MR.: “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del “viejo” derecho al descanso?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social, CEF*, nº 408, 2017, págs. 167 y ss.

⁹ Al respecto, Fernández Avilés, JA.: “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación y propuestas de mejora”, *DSL* nº 2, 2017, pág. 70 y ss.

¹⁰ Véase, Fernández Avilés, JA.: “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de situación...” ob. cit., pág. 70 y Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *IUSLabor* 2/2019, pág. 11.

¹¹ Véase la Estrategia Española de Seguridad y Salud en el Trabajo 2015-2020, aprobada en Consejo de Ministros el 24 de abril de 2015 que hace referencia expresa a los riesgos emergentes derivados de las nuevas tecnologías en el campo de la información y comunicación.

¹² OSH and the future of work: benefits and risks of artificial intelligence tools in workplaces puede verse en <https://osha.europa.eu/en/publications/osh-and-future-work-benefits-and-risks-artificial-intelligence-tools-workplaces/view>

del trabajo y los nuevos desafíos para la seguridad y la salud en el trabajo que puedan conllevar.

Por último, no puede olvidarse que la aplicación de las innovaciones tecnológicas puede dar lugar a la violación de derechos fundamentales inespecíficos de los empleados públicos, siendo el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE), a la protección de datos (art. 18.4 CE), a la propia imagen (art. 18.1 CE) y el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) particularmente vulnerables frente a herramientas informáticas que desvelan datos personales en el ejercicio habitual de las actividades laborales y que permiten el almacenamiento de información relativa a los empleados y su incorporación a ficheros a disposición del empleador público (ej. firma digital de los empleados que utilizan firma electrónica o utilizan el correo electrónico corporativo o que emplean plataformas digitales internas, etc). La información proporcionada por los propios instrumentos de trabajo, secuencializada y actualizada en tiempo real, pueden provocar no sólo la imposición de sanciones o el despido o la separación del servicio sino, también, un malestar generalizado ante la permanente exposición del empleado a la vulneración de sus derechos fundamentales. Esta realidad ha provocado la inclusión de un nuevo apartado (j bis) en el art. 14 del Real Decreto Legislativo 2/2015, de 30 de octubre, por el que se aprueba el Estatuto Básico del Empleado Público, que señala que los empleados públicos tienen derecho “a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización (...)”. Esta previsión era ya, en realidad, un derecho garantizado constitucionalmente en el art. 18.1 CE pero su inclusión específica entre los derechos de los empleados públicos en el TREBEP confirma la necesidad de reforzar el mismo ante la continua exposición a su vulneración por las innovaciones tecnológicas.

La reforma de la Administración Pública electrónica podría abordarse, por tanto, no sólo como una oportunidad para la modernización e innovación¹³ sino, también, como vía para la redefinición de los derechos de los empleados públicos en relación con el poder de dirección de la Administración Pública y la gestión de los recursos humanos. No obstante, no parece que vaya a acometerse una reforma a corto o medio plazo del empleo público¹⁴, debiendo contentarnos, por un lado, con la implementación de la digitalización cuando el marco jurídico-administrativo así lo permita y, por otro lado, con el establecimiento de límites puntuales y

¹³ Martín Delgado, I (Dir): *La reforma de la Administración electrónica: una oportunidad para la innovación desde el Derecho*, INAP, Madrid, 2017; Ramió, CS.: *La nueva gestión del empleo público. Recursos Humanos e innovación de la Administración*, Tibidabo, 2018.

¹⁴ Arroyo Yanes, LM.: “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, nº 15, 2018, pág. 94;

específicos al poder de dirección del empleador público en aras al respeto de los derechos de los empleados públicos, fundamentales o no. Esto último requerirá realizar una labor permanente de integración normativa e interpretación judicial que generará, en no pocas ocasiones, una maltrecha sensación de inseguridad jurídica.

2. EL IMPACTO DE LA DIGITALIZACIÓN Y LAS TECNOLOGÍAS EN EL EMPLEO: PERSPECTIVA NACIONAL, EUROPEA Y MUNDIAL

Son numerosos los pronósticos o advertencias que sobre el empleo futuro pueden acarrear la digitalización e innovación y las tecnologías de la información y comunicación. La doctrina especializada aporta opiniones catastrofistas –pérdida de empleo masivo- o, por el contrario, liberadoras para el trabajador –percepción de rentas universales sustitutivas del salario-¹⁵, pasando por las posturas intermedias que entienden que las tecnologías sólo harán más duro el trabajo para las personas en la medida que las condiciones de trabajo estarán sometidas a mayor control¹⁶. En todo caso, la realidad actual no se sitúa de momento al lado de ninguna de esas posturas pero evidencia la necesidad de adaptación de los sistemas de producción a la tecnología y la digitalización, generando, por un lado, nuevos derechos o, al menos, la reactualización o reformulación de los mismos y, por otro lado, la puesta en marcha de garantías, prevenciones o medidas paliativas frente a la invasión tecnológica en el trabajo, con carácter general o específico para ciertos colectivos¹⁷ o sectores de actividad. La innovación tecnológica y la digitalización afecta por igual al empleo público y privado si bien el primero se orienta principalmente a la obtención de una mayor eficacia y eficiencia en la gestión y prestación de servicios públicos a los ciudadanos que enmascaran más fácilmente las repercusiones sobre el empleo público laboral y funcional.

Las instancias nacionales, europeas y mundiales se limitan, de momento, a intentar resaltar el valor del trabajo humano o, más bien, a plantear la idea de trabajo sostenible desde la perspectiva tecnológica pero no impulsan medidas

¹⁵ Las distintas posturas favorables o contrarias a la tecnología pueden verse clasificadas en Smith, A y Anderson, J.: “AI, Robotics and the future of jobs”, *Internet, Science and Tech, Pew Research Center*, 2014.

¹⁶ Los resultados de un Estudio elaborado por la Universidad de Illinois, Chicago, encargado por UC Berkeley Labor Center and labor advocacy organization Working Partnerships USA en 2019, señala que “The next decade is a story not about job loss, but more so about changes in job quality,” sobre todo porque “Technology has led to workers being pushed harder and also their privacy getting violated.”

¹⁷ Véase, La brecha digital en España, Estudio sobre la desigualdad postergada, UGT, 2015, pág. 34. Un estudio desde la perspectiva de la igualdad entre mujeres y hombres puede verse en De la Puebla Pinilla, A.: “El trabajo de las mujeres en la era digital”, *Trabajo y Derecho*, 2019.

eficaces para contrarrestar el efecto contrario. El posible impacto deshumanizador de las tecnologías sobre el empleo en España se aprecia, por ejemplo, en la Memoria sobre la situación socio-económica y laboral de 2017¹⁸, que ya advirtió sobre las importantes repercusiones que la digitalización, globalización y transición energética podían tener sobre la forma de producción de bienes y servicios en todos los sectores productivos; en el marco europeo se ha hecho un llamamiento por el Comité Económico y Social Europeo (CESE) en su Dictamen de 10 de mayo de 2019¹⁹ a la adaptación al proceso de digitalización para que “las nuevas formas de organización digitalizada del trabajo (...) mejoren, en lugar de deteriorar, la calidad del trabajo” y reclama nuevos enfoques que involucren a un mayor número de trabajadores en procesos de innovación y desarrollo. Este dictamen señala que “la digitalización es un motor de innovación fundamental”, la cual “brinda un enorme potencial en ámbitos como la automatización, las tecnologías de procesamiento, el aumento de la productividad y la flexibilidad”, siendo la inversión en enseñanza y formación inclusiva “una importante herramienta para reducir las desigualdades y aprovechar las ventajas de este potencial para todos, en los lugares de trabajo y la sociedad en su conjunto”. Advierte, además, que “al sector público incumbe una responsabilidad crucial en cuanto a la modernización de la enseñanza pública y el fomento de las capacidades necesarias, así como para contribuir a crear un entorno empresarial de alta calidad” y que las empresas y la industria “también deberían asumir su papel y contribuir a facilitar a los trabajadores el acceso a la formación profesional y al aprendizaje permanente”. No señala, sin embargo, los aspectos a abordar para impedir el deterioro que la economía digital puede suponer a la calidad del trabajo, ni establece, quizá porque no es su papel, medidas concretas que eviten tal resultado, limitándose a ofrecer una visión institucional favorable a la transformación que supone, según la doctrina²⁰, una visión equilibrada “tanto transaccional (que el resultado final, a medio y largo plazo, beneficie tanto a empresarios como a trabajadores) cuando transicional (que las instituciones aseguren un proceso de adaptación justo e inclusivo, que los costes y sacrificios a cargo de los trabajadores tengan compensaciones a corto plazo)”.

El Parlamento Europeo, por su parte, en su reciente Resolución de 12 de febrero de 2019 sobre política industrial global en materia de inteligencia artificial y robótica apela a un tratamiento ético en la digitalización al objeto de “garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial centrada en el ser humano” que

¹⁸ Véase <http://www.ces.es/memorias>.

¹⁹ Titulado “El diálogo social para la innovación en la economía digital (DOUE C 159/1).

²⁰ Molina Navarrete, C.: “«Esencia» y «existencia» de las relaciones de trabajo y de su derecho en la «era digital»: ¿y si el «futuro» estuviera en lo «clásico»?”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, CEF 432, 2019, pág. 7.

permita la creación de empleo digno y de calidad²¹. El Parlamento propugna el establecimiento de normas éticas para garantizar el desarrollo de una inteligencia artificial centrada en el ser humano, la rendición de cuentas y la transparencia de los sistemas algorítmicos de toma de decisiones, así como unas normas claras en materia de responsabilidad y equidad²². Esta norma, no vinculante, expresa su preocupación por el empleo de aplicaciones de inteligencia artificial, incluido el reconocimiento facial y vocal, en los llamados programas de «vigilancia emocional» que permiten realizar un seguimiento de las condiciones mentales de los empleados y los ciudadanos, con el fin de obtener un incremento de la productividad y destaca, además, la necesidad de incluir a la Administración Pública en el proceso de desarrollo de la inteligencia artificial, pidiendo a la Comisión que publique todos los algoritmos, herramientas o tecnologías financiados o cofinanciados como fuente abierta. Resulta evidente que la mencionada resolución del Parlamento europeo da un paso más allá que el Plan de acción sobre la Administración Electrónica de la UE 2016-2020 -aprobado por Resolución del Parlamento Europeo de 16 de mayo de 2017²³- que limitaba su papel a advertir sobre el ahorro de costes que la digitalización supone para las AAPP, pero no deja de ser una respuesta tímida a la problemática en el empleo que presenta la digitalización parapetadas bajo las numerosas capas del beneficio que presenta para el empleador, público o privado.

Es, por último, la OIT la que en su Informe de 2019 anual sobre Perspectivas sociales y del empleo en el mundo y el Informe Trabajar para un futuro

²¹ Señala este Informe que “La ejecución del mandato de la OIT de promover el trabajo decente e impulsar la justicia social requiere de mercados laborales inclusivos y eficaces. Ello se debe a que el trabajo remunerado es la principal fuente de ingresos de la amplia mayoría de los hogares del mundo, y a que la organización del trabajo puede reforzar los principios fundamentales de igualdad, democracia, sostenibilidad y cohesión social. En 2019, año del centenario de la OIT, esta noción se ve reforzada por la fuerte visión planteada en el informe de la Comisión Mundial sobre el Futuro del Trabajo titulado Trabajar para un futuro más prometedor, en el que se insta a centrar el programa sobre el futuro del trabajo en las personas y a renovar el interés en el abanico de capacidades de las personas, y en el potencial de las instituciones del mercado de trabajo, así como en la urgencia de invertir en ámbitos de la economía desaprovechados en los países desarrollados y en desarrollo. Atendiendo a esta nueva visión, al exponer y analizar las tendencias del mercado de trabajo es preciso centrar la atención en los aspectos de la igualdad, la sostenibilidad y la capacidad de inclusión”.

²² Señala, además, que las normas europeas en materia de inteligencia artificial deben basarse en los principios de la ética digital, la dignidad humana, el respeto de los derechos fundamentales, la protección de datos y la seguridad, contribuyendo así a generar confianza entre los usuarios; destaca la importancia de aprovechar el potencial de la Unión en la creación de una infraestructura sólida para los sistemas de inteligencia artificial basada en unas normas rigurosas en materia de datos y de respeto de los seres humanos; señala que es necesario integrar la transparencia y la explicabilidad en el desarrollo de la inteligencia artificial (149).

²³ DO C 258 E de 7.9.2013, p. 64.

más prometedor²⁴, y en línea con el Programa de Trabajo Decente, conmina a centrar el futuro de todo trabajo en el ser humano potenciando la igualdad, la sostenibilidad y la capacidad de inclusión ante el fenómeno tecnológico. Tales previsiones, sin embargo, no dejan de ser meros deseos que escapan de la posibilidad real de imposición y del avenir tecnológico, trasladando la pelota a los ámbitos más descentralizados de actuación.

3. DIGITALIZACIÓN Y EMPLEO PÚBLICO

La Administración Pública española, en parecidos términos a lo que sucede en otros países²⁵, se encuentra inmersa desde hace años en un proceso de digitalización profundo que afecta, por un lado, a la manera de relacionarse el ciudadano con la misma y, por otro lado, a la forma de trabajar de los empleados públicos y de quienes ofertan un servicio público vinculado a determinadas Administraciones Públicas (v. gr. sector judicial -abogados, procuradores-, sector sanitario -médicos...-, sector educativo -profesores-, etc), replanteando además, como veremos, el posible sistema futuro de acceso a la función pública. La digitalización en la Administración Pública tiene soporte legislativo en las Leyes 39/2015, de 1 de octubre, de Procedimiento Administrativo, y la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público, las cuales habilitan trámites básicos para gestionar telemáticamente cuestiones como la renovación del documento de identidad, facturar, declarar ingresos, matricular vehículos de manera telemática, etc²⁶.

²⁴ https://www.ilo.org/safeward/events/safeday/wcms_686762/lang-es/index.htm.

²⁵ En Francia, el Centre de recherche pour l'étude et l'observation des conditions de vie (CREDOC) realizó un Barómetro numérico en 2017 que reveló que los franceses hacen un uso creciente de los trámites administrativos digitalizados con la Administración Pública, reflejo del uso creciente de internet en otros ámbitos. En concreto, en 2017, el 67% de los franceses efectuó sus trámites fiscales en línea, cifra que aumenta año a año. El Estado francés lanzó en 2013 una plataforma ergonómica denominada France Connect que los ciudadanos utilizan para acceder con un clic a servicios históricamente independientes, simplificando al máximo las relaciones con los servicios públicos y, en 2016, el GIP-MDS (Modernisation des déclarations sociales) que propone a las empresas efectuar sus cotizaciones sociales en línea sobre una aplicación móvil que alerta en tiempo real y continua a los organismos de protección social del estado de la plataforma. En Luxemburgo existe desde diciembre de 2018, un Ministerio de Digitalización, señalando Marc Hanse, Ministro delegado de Digitalización, en el Debat de Consultation La Transformation digital du Luxemburg que el Gobierno manifiesta su voluntad de hacer un Ministerio « facilitateur » et un coordinateur pour les ministères et autres partenaires” teniendo en cuenta el el fenómeno de la digitalización es transversal. Señala que “Il s’agit d’accompagner et promouvoir la digitalisation de la société là où cela s’avère nécessaire, de faire avancer le développement technologique dans les domaines importants pour notre économie et de développer de nouvelles stratégies permettant au pays d’avancer”.

²⁶ En el ámbito autonómico pueden verse normas específicamente dedicadas a la Administra-

Tales facilidades son consecuencia de una serie de factores políticos, económicos y técnicos entre los que destaca la capacidad de computación de los aparatos digitales y el progresivo aumento de usuarios conectados (los aparatos digitales incrementan la capacidad de almacenamiento de la información, la velocidad de procesamiento, la velocidad de descarga, etc, y su utilidad se incrementa a medida que aumenta el volumen de información procesada digitalmente y el número de usuarios conectados). La implantación y el uso de internet crece cada año y se incrementan con ello las gestiones que se pueden realizar con la Administración Pública desde la pantalla de un ordenador o un móvil o viceversa. Téngase en cuenta que España, según los datos del Índice Europeo de la Economía y la Sociedad Digitales (DESI) –que proporciona una evaluación general de la situación de la Unión Europea, en comparación con las economías no pertenecientes a la UE, en su progreso hacia una sociedad y economía digital-, es el cuarto país de la Unión Europea en ofertar servicios públicos digitales y obtiene una nota de 94% en Electrónica²⁷ -estando en peor situación, según el mismo índice, el sector privado-; además, el Plan de Transformación Digital de la Administración General del Estado (Estrategia TIC 2015-2020)²⁸, en la misma línea que el Plan de Acción sobre Administración Electrónica 2016-2020 de la Unión Europea, señala que el objetivo principal del mismo es el incremento de la productividad y eficacia en el funcionamiento interno de la Administración Pública y que la digitalización de la Administración General del Estado permite aumentar la eficiencia de los procesos, mejorar la atención, los tiempos de gestión y la comunicación con la ciudadanía.

La innovación digital, por tanto, no sólo transforma *ad intra* a la Administración Pública, sino que, además, introduce el debate sobre nuevos posibles modelos de vinculación con la misma desde la perspectiva de los empleados públicos.

ción digital como, por ejemplo, la Ley 4/2019, de 17 de julio, de Administración Digital de Galicia, BOE n° 229, de 24 de septiembre.

²⁷ Conforme al mencionado índice, España se sitúa en la 5ª posición de la UE en la utilización de servicios de salud y atención sanitaria electrónica (el 29% de los españoles utiliza dichos servicios). No obstante, las diferencias entre Administraciones y territorios es importante. Al respecto, el Informe de “La Administración Digital en España” elaborado por EY señala que el País Vasco, Galicia y Cataluña encabezan el ranking de digitalización de la administración autonómica, con un índice de madurez del 94,7%, el 94,2% y el 93,5%, respectivamente, mientras que Aragón, con un índice de 51,2%, y Extremadura, con un 47,9%, se sitúan a la cola. Por su parte, el Ayuntamiento más digitalizado es el Valencia, seguido del de Hospitalet y el de Málaga.

²⁸ Según el Informe CAE 2018, en el ámbito autonómico diez CCCAA han elaborado planes de transformación digital y cinco CCAA y Ceuta y Melilla tienen un nivel alto-muy alto en la gestión de documentos y expedientes electrónicos.

3.1. La transformación interna del empleo en la Administración Pública

La documentación en formato digital y su consiguiente procedimentalización no sólo facilita el incremento de la inmediatez, rapidez y ahorro de costes de la Administración Pública (e-factura, e-registro, e-tramitación...) sino que, además, favorece al medio ambiente y permite un ahorro considerable de tiempo de trabajo de los empleados públicos. Este ahorro permitirá dedicar más tiempo a tareas encaminadas a incrementar el valor del servicio público prestado pero, también, provocará la reducción de las plantillas de personal. Esta inevitable reducción de puestos de trabajo debe coexistir, paradójicamente, con el hecho de que sólo un tercio de las Administraciones Públicas dispone de personal propio especializado en digitalización y deben recurrir a personal externo o a empresas especializadas para poner en marcha dicha tarea²⁹.

Así, desde la perspectiva estratégica de gestión de personal, la digitalización plantea, más allá del acomodo a nuevos instrumentos procedimentales o tecnológicos, la necesidad de adoptar nuevas políticas de gestión de personal con impacto inmediato sobre la organización administrativa, así como previsiones realistas sobre las necesidades de personal plasmadas en las relaciones de puestos de trabajo (RPT) o sobre los procedimientos de estabilización de personal interino o temporal en puestos instrumentales o de tramitación que son o serán prescindibles con la introducción, extensión e intensificación de la innovación tecnológica y la digitalización. En tal sentido, se plantea la necesidad de establecer una planificación estratégica acorde con la tecnificación, la polivalencia y la flexibilidad requerida en el ámbito público, la supresión de ofertas de empleo público que tardan años en concluirse o el mantenimiento de sistemas de selección o de promoción inadecuados ante los requerimientos del cambio digital.

Pero, como hemos indicado, estos cambios organizativos conviven actualmente con la permanente asignación de funciones digitales a los actuales puestos de trabajo (utilización de plataformas digitales y firmas electrónicas o digitales, actualización de páginas web...), los cuales son ya obligatorios para los empleados públicos en la medida que el Estatuto Básico del Empleado Público, aprobado mediante Real Decreto Legislativo 5/2015, de 30 de octubre, (TREBEP) estableció, en la redacción original de 2007, que “las Administraciones Públicas podrán asignar a su personal funciones, tareas o responsabilidades distintas a las correspondientes al puesto de trabajo que desempeñen, siempre que resulten

²⁹ Véase el Estudio de Digitalización del Observatorio Vodafone2018 en <https://www.observatorio-empresas.vodafone.es/> donde señala que el 35 por ciento de las Administraciones Públicas encuestadas en España afirma encontrarse en una fase de implementación o mejora de su proceso de digitalización, un 13 por ciento afirma estar en una fase de seguimiento y control, un 10 por ciento aún no valora acometerlo mientras un 4 por ciento se encuentra en una fase inicial y un 3 por ciento en una fase de estudio.

adecuados a su clasificación, grado o categoría, cuando las necesidades del servicio lo justifiquen sin merma de las retribuciones” (art. 73.2 EBEP), siendo falta disciplinaria muy grave, según el art. 95 EBEP “g) el notorio incumplimiento de las funciones esenciales inherentes al puesto de trabajo o funciones encomendadas” o “i) la desobediencia abierta a las órdenes o instrucciones de un superior, salvo que constituyan infracción manifiesta del Ordenamiento jurídico”. Esta obligación genera, además, interrogantes novedosos en relación a los derechos y deberes del empleado público relacionados con la digitalización pues hay quien plantea que, por ejemplo, el uso de la firma digital podría constituirse, al menos para los empleados públicos que desempeñan funciones de autoridad o que ejercen potestades administrativas (funcionarios y laborales), como un derecho-deber para tales empleados en virtud de su manifestación como profesional de la Administración Pública³⁰, engrosando el elenco de derechos individuales recogidos en el art. 14 TREBEP. La identidad digital y su proyección sobre las actividades que desempeñan los empleados públicos requerirán, en todo caso, un tratamiento adecuado en el marco jurídico público, sin que el legislador o la potestad reglamentaria de la propia Administración Pública puedan mirar hacia otro lado.

Pero, en todo caso, la utilización masiva de tecnología implica que el trabajo de los empleados públicos debe desempeñarse de manera diversa a la tradicional, primando la gestión de los datos que facilitan su tarea. Ello requiere, por un lado, la adquisición de determinadas habilidades y competencias por el empleado público y su constante renovación y, por otro lado, favorece la realización del trabajo en cualquier tiempo y lugar que permita conectarse a la red³¹, dando lugar a que el trabajo a distancia adquiera un atractivo importante para un elevado número de empleados públicos -sobre todo, de sexo femenino en cuanto facilita la conciliación de la vida personal y familiar³²-, haciendo palpable la porosidad de la frontera entre trabajo y vida privada de los empleados públicos que veremos más adelante. El tránsito de “unidades físicas” (analógicas) a los “centros virtuales” (digitales) es, como señala la doctrina especializada³³, el innegable ejemplo del mundo desarrollado que permite cobijar ventajas e inconvenientes en el trabajo y lidiar con elementos de incertidumbre e inseguridad en el mismo.

³⁰ Arroyo Yanes, LM.: “La digitalización de las Administraciones Públicas y su impacto sobre el régimen jurídico de los empleados públicos”, *Revista Vasca de Gestión de personas y Organizaciones Públicas* nº 15, 2018.

³¹ Alemán Páez, F.: “El derecho de desconexión digital. Una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la Loi travail nº 2016-1088”, *Trabajo y Derecho* nº 30, págs. 12 y ss.

³² Un estudio desde la perspectiva de género puede verse en De la Puebla Pinilla, A.: “El trabajo de las mujeres en la era digital”, *Trabajo y Derecho*, 2019.

³³ Molina Navarrete, C.: “Jornada laboral y tecnologías de la infocomunicación: “Desconexión digital”, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales* nº 138, 2017, pág. 254.

3.2. Modelos de vinculación de los empleados públicos con la AAPP: «trabajo abierto» y «trabajo cerrado» en el empleo público

El modelo futuro de empleo público es en realidad una incógnita pero se avanza por algunos autores que la innovación tecnológica y digital contraponen dos tipos de trabajo en las nuevas realidades emergentes del empleo³⁴, distinguiendo entre *trabajo cerrado*, por llevarse a cabo en un centro de trabajo predefinido -oficinas, establecimientos industriales u otro tipo de equipamiento-, o *trabajo abierto*³⁵, por desempeñarse en cualquier otro lugar y que, aplicados al ámbito de las Administraciones Públicas, darían como resultado, según RAMIÓ, tres modelos diferentes de empleo público y de vinculación del personal con la Administración Pública³⁶:

1. Vinculación estable bajo el prisma del trabajo cerrado, que agruparía a los funcionarios que ejercen funciones de autoridad (ej. policía, magistrados...) o empleados que realizan funciones especialmente cualificadas en materia de planificación, gestión, control y evaluación relacionados con el diseño de los dispositivos de inteligencia artificial. Estos últimos podrían ser, a mi juicio, contratados bajo régimen laboral o funcionarial y sus funciones, aunque altamente tecnificadas, no tendrían que desempeñarse necesariamente en el uso permanente de tecnología.

2. Vinculación estable combinando el trabajo cerrado con el trabajo abierto, que agruparía sobre un 40% de los empleados públicos (laborales y funcionarios) y se centraría en la elaboración de proyectos donde se combinen la seguridad/estabilidad y flexibilidad/autonomía y se acceda mediante modernos sistemas de selección; las tareas o funciones realizadas en este modelo requerirán el uso permanente de tecnologías de la información y comunicación, siendo el trabajo a distancia desempeñado por empleados altamente cualificados en el uso de tecnologías.

3. Vinculación inestable bajo el prisma del trabajo abierto, abarcable desde dos perspectivas diferentes: por un lado, referido a los puestos de trabajo de escaso valor añadido y de carácter manual que la innovación y la robótica aún no ha podido suplantar y que deberían ser externalizados, es decir, no asumidos por las Administraciones Públicas y, por otro lado, vinculado a tareas de apoyo de alto valor institucional, creativas e innovadoras, bien retribuidas, que conformarían una plantilla flexible y contingente para la Administración Pública. Este

³⁴ Flichy, P.: *Les nouvelles frontières du travail à l'ère numérique*, Seuil, 2017.

³⁵ Flichy, P.: *Les nouvelles...* donde señala la existencia de « [...] un nouveau monde qui utilise complètement les opportunités du numérique, en maintenant un continuum entre des activités privées pratiquées pour soi et des activités réalisées pour les autres sous forme marchande ou non marchande » (p. 14)

³⁶ Ramió, C.: *La Administración Pública del futuro: Horizonte 2050*, Tecnos, 2017.

personal, funcionario o laboral, se vincularía a la Administración pública bajo régimen temporal.

Este modelo, sin embargo, es una mera estimación, pero resalta, en todo caso, la disminución de empleados públicos que deberán desempeñar su actividad en las dependencias administrativas y el paralelo incremento de empleados que desempeñaran su actividad profesional en régimen de teletrabajo. Ello supondría, sin duda, la necesidad de articular un estatuto clarificador de los derechos digitales de los mismos independientemente del lugar de la prestación, es especial, en relación a la salud laboral, al derecho al descanso y al ejercicio de sus derechos fundamentales.

4. EL IMPACTO DE LAS TIC SOBRE EL EMPLEO PÚBLICO LABORAL Y FUNCIONARIAL

Dejando al margen la polémica sobre el futuro modelo de empleo público que surja como consecuencia de la digitalización, y que dará lugar a un cambio cultural en el seno de las Administraciones Públicas, entiendo oportuno centrar este trabajo en otra faceta del uso de tecnologías de la información y comunicación en el marco de la Administración Pública: la de los derechos individuales y colectivos de los empleados públicos afectados en el momento presente por el uso de las tecnologías de la información y comunicación. La innovación tecnológica en la Administración Pública no sólo supone la inevitable y necesaria digitalización de documentación y de procedimientos sino, también, la adaptación de los derechos que protegen a los empleados públicos frente a posibles invasiones de su vida privada o de su salud ante el carácter absorbente de la tecnología. Un ejemplo particular de esto último es, como veremos brevemente, el reconocimiento del derecho a la desconexión digital en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales (LPD)³⁷, que ante la falta de definición legal, puede definirse como el derecho del individuo a no emplear herramientas digitales relacionadas con el trabajo durante el tiempo de descanso, vacaciones o enfermedad³⁸ y que, en el ámbito público, es

³⁷ Sobre este derecho en el ámbito laboral puede verse Barrios Baudor, G.: “El derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral español: primeras aproximaciones”, *Revista Aranzadi Doctrinal*, 1, 2019; Blázquez Agudo, EM.: “Aplicación práctica de la protección de datos en las relaciones laborales”, *Wolter Kluwer*, 2018; Talens Visconti, EE.: “La desconexión digital en el ámbito laboral: un deber empresarial y una nueva oportunidad de cambio para la negociación colectiva”, *Información Laboral* 2, 2018; Vallecillo Gámez, MR.: “El derecho a la desconexión: ¿novedad digital o esnobismo del viejo derecho al descanso?”, *Trabajo y Seguridad Social* nº 408, 2017.

³⁸ Una aproximación al concepto puede verse en Cialti, HP.: “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales* 137, 2017, pág. 165, donde señala que “sin pretensión de generalización, de podría definir como el derecho para el trabajador de no tener ningún

concebido como un auténtico derecho individual del empleado público -y no una mera faceta del derecho al descanso como ocurre en el sector privado, aunque las diferencias entre uno y otro sean irreconocibles-.

El avance tecnológico en la Administración Pública se enmarca en el proceso de cambio que sufre el sector privado de producción con la llamada Nueva Economía, donde la información y el conocimiento como base de producción, de productividad y de competitividad producen cambios instrumentales en la gestión empresarial. En todo caso, la mencionada denominación, que se expande a todos los ámbitos y sectores (privado o público, nacional o mundial), se vincula a la universalización del uso de dispositivos tecnológicos tanto en las empresas como en la vida privada de los ciudadanos³⁹.

Pero debe tenerse en cuenta que, como señala el Informe de la Consultora Roland Berger de marzo de 2017⁴⁰, los motores de la transformación digital son diferentes en el sector privado y en el público pues aquél se encuentra sometido a la demanda de los clientes, a la competencia y a la naturaleza misma de las actividades que se desarrollan, y el público, en cambio, no está sometido a esa presión o lo hace de manera menos intensa y con variables propias en relación a cada organización administrativa. Si la generalización de las TIC ya supuso la necesidad de afrontar desafíos en el ámbito público que aún no se han hecho realidad (ej. formación continua, priorización del trabajo vinculado al cambio tecnológico, evaluación del desempeño vinculada a procesos automatizados...), la digitalización complica exponencialmente las dificultades anteriores al exigir el diseño e implementación de estrategias digitales que pongan en marcha la inteligencia artificial y el uso de algoritmos, la automatización, la asistencia virtual

contacto con herramientas digitales relacionadas con su trabajo durante su tiempo de descanso y sus vacaciones”.

³⁹El Informe 3/2017, del CES, Sesión Ordinaria del Pleno de 25 de octubre de 2017, señala que “la difusión de las tecnologías digitales y la utilización de datos como recurso esencial, en la medida en que permite optimizar recursos, innovar en procesos y productos, mejorar la toma de decisiones y predecir acontecimientos futuros, presenta un gran potencial en ámbitos estrechamente ligados con el progreso social, como la salud, la educación, la conciliación de la vida laboral y personal, la protección del medio ambiente, la seguridad alimentaria, la eficiencia energética, los sistemas de transporte o la gestión de las ciudades. La extensión de las infraestructuras digitales y la generalización del acceso e interconexión a la red por parte de ciudadanos, instituciones y empresas, así como de todo tipo de objetos a través de la implantación de sensores (internet de las cosas), está generando enormes y crecientes cantidades de información. Al mismo tiempo, el aumento exponencial de la capacidad de computación y la sofisticación de las técnicas de análisis de datos permiten el procesamiento de información digital a gran escala (big data). Ambos desarrollos están facilitando, a su vez, el avance de la inteligencia artificial y la fabricación de una nueva generación de robots y sistemas inteligentes autónomos, capaces de realizar tareas cada vez más complejas”.

⁴⁰Berger, R.: *Informe Transformation digitales dans le secteur publique. Faire converger l'intérêt des citoyens et des agents*, marzo de 2017, puede consultarse en la siguiente dirección: http://www.rolanberger.com/fr/publications/pub_transformation_digitale_dans_le_secteur_publicue.html.

o el procesamiento de datos, etc. En todo caso, la sustitución de personas por robots u ordenadores inteligentes para realizar todo tipo de tareas -manuales o intelectuales, que, por muy complejas que sean, pueden expresarse en reglas programables a través de algoritmos (ej. Big data aplicado al asesoramiento legal o médico, elaboración de estadísticas, etc⁴¹)- es una amenaza que afecta de manera transversal a todos los sectores productivos, incluyendo, por tanto, el ámbito público.

4.1. Beneficios de la tecnología en el empleo público: eficacia, eficiencia, mejora de servicios públicos, deslocalización y atemporalidad

La tecnología de la información y comunicación supone para las Administraciones Públicas la posibilidad de alcanzar mayores cotas de eficacia y eficiencia y la mejora de los servicios públicos prestados a menor coste (incluido el personal) y, para los empleados públicos, la posibilidad de dedicar su tiempo a cuestiones que aportan mayor calidad al servicio público y ejecutar tareas o funciones en cualquier momento y lugar.

Para las empresas, públicas o privadas, dicha tecnología supone, en su vertiente positiva, la existencia de mayores oportunidades de negocio o de prestación de servicios y más facilidades para organizar la gestión de bienes y servicios en ámbitos que sobrepasan ampliamente el territorio de un Estado -haciendo difícil el establecimiento de pautas genéricas sobre su funcionamiento y control- y, para los trabajadores o sujetos sometidos a cualquier tipo de subordinación, la posibilidad de ejecutar la actividad laboral en cualquier momento y lugar facilitando la adaptación del tiempo de descanso y la conciliación de la vida familiar y laboral. Este último beneficio es particularmente sensible en la Administración Pública pues las tareas desarrolladas por un elevado número de personal podrían encajar mayoritariamente en el trabajo a distancia controlado por la red.

4.2. Desventajas: el incremento del control por el empleador público, desbordamiento del tiempo de trabajo y riesgos para la salud

La instalación generalizada de las tecnologías en la Administración Pública implica que la actividad -laboral o no- de los empleados públicos se efectúe a

⁴¹ Véase el estudio de la OCDE, Artificial Intelligence in Society, OECD Publishing, París, 2019, <https://doi.org/10.1787/> donde señala que la IA entendido como “sistema basado en la máquina que puede hacer predicciones, recomendaciones o tomar decisiones, influyendo en entornos reales o virtuales, sobre ciertos objetivos definidos por los humanos” producirá avances inimaginables en sectores como la investigación científica, la justicia penal, el ámbito sanitario y el sector del transporte.

través de instrumentos tecnológicos y se incrementa con ello el poder de control del empleador. El rastro digital de los comportamientos de los empleados públicos en la red despliega una serie de información sobre los mismos, reflejando no sólo el uso correcto de la utilización de las herramientas tecnológicas (ej, correo electrónico)⁴² sino, también, el uso desviado de las mismas (consulta páginas web, redes sociales...). Dicho rastro puede proporcionar al empleador público, por un lado, la posibilidad de conocer cuestiones relativas a la esfera privada del trabajador y, por otro lado, conocer el comportamiento laboral de los empleados a efectos de adoptar medidas de tipo organizativas o, incluso, disciplinarias.

El control empresarial a través de la tecnología se desdibuja al realizarse a través de las máquinas y, además, se intensifica en la medida que la datificación del tiempo de trabajo prestado o el empleo del mismo permite controlar más la actividad laboral, planteando el debate sobre la necesidad o no de facilitar cobertura jurídica a los protocolos o directrices de las empleadoras públicas –o reglamentos de régimen interior- sobre el uso permitido a los instrumentos tecnológicos⁴³.

En todo caso, más allá de los límites constitucionales o legales que tenga establecido el poder de control de los organismos públicos, conviene establecer la concreta operatividad de los derechos vinculados al uso de tecnologías digitales o de información o comunicación en el empleo público. En este campo, sin embargo, son los tribunales de justicia los que marcan el alcance de los derechos fundamentales inespecíficos del trabajador vulnerados por la tecnología, teniendo en cuenta que la diferente postura mantenida entre el Tribunal Supremo, Tribunal Constitucional y Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre la utilización de TIC en la empresa ha dado lugar a una inseguridad jurídica notable. A este respecto, la STS de 8 de febrero de 2018⁴⁴, en aplicación de la doctrina de la Sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) de 5 de septiembre de 2017, Asunto Barbulescu, en relación a la posibilidad de revisar los correos electrónicos de los empleados, resumió la situación del empleado respecto del uso de aparatos electrónicos en la empresa señalando que el poder de control empresarial es indispensable para la buena marcha de la organización productiva –o administrativa- y debe producirse una necesaria coordinación entre el interés de la empresa o la Administración Pública y los derechos de los em-

⁴² Sobre este particular véase Marín Alonso, I.: *El poder de control empresarial sobre el uso del correo electrónico en la empresa*, Tirant lo Blanch, 2005.

⁴³ En detalle, Marín Alonso, I.: “El papel del contrato de trabajo, el convenio colectivo y otros instrumentos de gestión empresarial en la regresión de la protección del derecho al secreto de las comunicaciones en la Empresa en España”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social* nº 23, 2016.

⁴⁴ RJ 2018/666.

pleados⁴⁵. Para ello, el empleador tiene la facultad regular el uso de los medios y sistemas informáticos o de comunicación y vigilar su cumplimiento, garantizando el secreto respecto de la vida personal –que no se reduce al ámbito doméstico sino que se extiende al laboral-. No obstante, el Tribunal Supremo no deslinda correctamente el derecho a la intimidad (art. 18.1 CE) del derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3 CE) y reitera que el derecho a la intimidad no es, sin embargo, un derecho absoluto sino que puede verse limitado por fines constitucionalmente legítimos siempre que sea de forma proporcionada. Así, englobando a ambos derechos en el mismo saco señala que para efectuar el control deben tenerse en cuenta, por un lado, la expectativa de privacidad –inexistente, según el TS en supuestos de prohibición absoluta de uso personal de los medios informáticos o de comunicación- y, por otro lado, los principios de idoneidad, necesidad y proporcional de la medida de control, debiendo valorarse si el empleado fue informado de que existen medidas de vigilancia de sus comunicaciones, el alcance de la supervisión realizada, la existencia de justificación y la inexistencia de medios menos intrusivos para conseguir el objetivo de control.

⁴⁵ El TS señala que TEDH considera necesario tener en cuenta «los siguientes factores: i) ¿El empleado ha sido informado de la posibilidad de que el empleador tome medidas para supervisar su correspondencia y otras comunicaciones, así como la aplicación de tales medidas? Si bien en la práctica esta información puede ser comunicada efectivamente al personal de diversas maneras, según las especificidades fácticas de cada caso, el Tribunal considera que, para que las medidas puedan ser consideradas conforme a los requisitos del artículo 8 del Convenio, la advertencia debe ser, en principio, clara en cuanto a la naturaleza de la supervisión y antes del establecimiento de la misma. ii) ¿Cuál fue el alcance de la supervisión realizada del empleador y el grado de intrusión en la vida privada del empleado? A este respecto, debe hacerse una distinción entre el control del flujo de comunicaciones y el de su contenido. También se debería tener en cuenta si la supervisión de las comunicaciones se ha realizado sobre la totalidad o sólo una parte de ellas y si ha sido o no limitado en el tiempo y el número de personas que han tenido acceso a sus resultados (véase, en este sentido, la sentencia Köpke, precitada). Lo mismo se aplica a los límites espaciales de la vigilancia. iii) ¿El empleador ha presentado argumentos legítimos para justificar la vigilancia de las comunicaciones y el acceso a su contenido... Dado que la vigilancia del contenido de las comunicaciones es por su naturaleza un método mucho más invasivo, requiere justificaciones más fundamentadas. iv) ¿Habría sido posible establecer un sistema de vigilancia basado en medios y medidas menos intrusivos que el acceso directo al contenido de comunicaciones del empleado? A este respecto, es necesario evaluar, en función de las circunstancias particulares de cada caso, si el objetivo perseguido por el empresario puede alcanzarse sin que éste tenga pleno y directo acceso al contenido de las comunicaciones del empleado. v) ¿Cuáles fueron las consecuencias de la supervisión para el empleado afectado... con las referencias citadas? ¿De qué modo utilizó el empresario los resultados de la medida de vigilancia, concretamente si los resultados se utilizaron para alcanzar el objetivo declarado de la medida...? vi) ¿Al empleado se le ofrecieron garantías adecuadas, particularmente cuando las medidas de supervisión del empleador tenían carácter intrusivo? En particular, estas garantías debían impedir que el empleador tuviera acceso al contenido de las comunicaciones en cuestión sin que el empleado hubiera sido previamente notificado de tal eventualidad».

Por otro lado, la reciente Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 17 de octubre de 2019, Caso Lopez Ribalda c. España⁴⁶ converge con el pronunciamiento dictado en el asunto Bărbulescu, y unifica las exigencias para el control laboral por cámaras y para la monitorización de ordenadores⁴⁷. Estos pronunciamientos se separan así de la doctrina más reciente del Tribunal Constitucional español que parecía ser más garantista con los derechos de los empleados al prohibir, como regla, la vigilancia de la actividad laboral a través de cámaras ocultas (STC 25/2019, de 25 de febrero, que aunque refiere al ejercicio de la profesión periodística, su doctrina sirve con carácter general, también para las relaciones de empleo). Todo ello plantea, obviamente, la necesidad de unificar

⁴⁶ Applications nos. 1874/13 and 8567/13.

⁴⁷ 115. In the Bărbulescu judgment, the Court set out a certain number of requirements that must be met by any monitoring of the correspondence and communications of employees if it is not to breach Article 8 of the Convention (see Bărbulescu, cited above, § 121). It also found in that judgment that, to ensure effective compliance with those requirements, the employees concerned must have access to a remedy before an independent judicial body with jurisdiction to determine, at least in substance, whether the relevant conditions were satisfied (*ibid.*, § 122). 116. The Court is of the view that the principles established in the Bărbulescu judgment, a number of which came from the decision in Köpke, which concerned facts that were similar to those in the present case, are transposable, *mutatis mutandis*, to the circumstances in which an employer may implement video-surveillance measures in the workplace. These criteria must be applied taking into account the specificity of the employment relations and the development of new technologies, which may enable measures to be taken that are increasingly intrusive in the private life of employees. In that context, in order to ensure the proportionality of video-surveillance measures in the workplace, the domestic courts should take account of the following factors when they weigh up the various competing interests: (i) Whether the employee has been notified of the possibility of video-surveillance measures being adopted by the employer and of the López Bibalda and others v. Spain Judgment 37 implementation of such measures. While in practice employees may be notified in various ways, depending on the particular factual circumstances of each case, the notification should normally be clear about the nature of the monitoring and be given prior to implementation. (ii) The extent of the monitoring by the employer and the degree of intrusion into the employee's privacy. In this connection, the level of privacy in the area being monitored should be taken into account, together with any limitations in time and space and the number of people who have access to the results. (iii) Whether the employer has provided legitimate reasons to justify monitoring and the extent thereof. The more intrusive the monitoring, the weightier the justification that will be required. (iv) Whether it would have been possible to set up a monitoring system based on less intrusive methods and measures. In this connection, there should be an assessment in the light of the particular circumstances of each case as to whether the aim pursued by the employer could have been achieved through a lesser degree of interference with the employee's privacy. (v) The consequences of the monitoring for the employee subjected to it. Account should be taken, in particular, of the use made by the employer of the results of the monitoring and whether such results have been used to achieve the stated aim of the measure. (vi) Whether the employee has been provided with appropriate safeguards, especially where the employer's monitoring operations are of an intrusive nature. Such safeguards may take the form, among others, of the provision of information to the employees concerned or the staff representatives as to the installation and extent of the monitoring, a declaration of such a measure to an independent body or the possibility of making a complaint"-

la doctrina al respecto y solucionar los interrogantes derivados de la regulación de corte garantista contenida en el Reglamento (UE) 2016/679, del Parlamento Europeo y del Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos.

Pero, junto al incremento del control de la actividad laboral, pueden señalarse, además, otras desventajas que, en realidad, no son más que el reverso de una misma moneda: la deslocalización y atemporalidad de los servicios prestados. Así, pese a que tales características puedan concebirse inicialmente como una ventaja, ésta puede volverse en contra del trabajador o del empleado público cuando el tiempo de descanso o de no trabajo se ve invadido por cuestiones laborales a través del uso de los instrumentos tecnológicos, diluyendo la frontera entre ambos tiempos y repercutiendo en el ámbito de la salud laboral⁴⁸. Frente a tales riesgos, se intentan articular e implementar mecanismos que garanticen el derecho al descanso y el derecho a la seguridad y salud de los empleados aunque sea bajo la actualización de conceptos veteranos en el marco laboral (ej. derecho a la desconexión digital o delimitación de riesgos emergentes o psicosociales), la imposición de nuevas obligaciones al empleador (velar por el efectivo descanso o la salud de los empleados) o mediante la adaptación, a través del derecho de negociación colectiva, a las necesidades productivas en concretos sectores (tratamiento y adopción de medidas ante el uso abusivo de tecnologías). Sobre alguno de estos aspectos trataremos brevemente a continuación.

5. EL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL COMO “NUEVO” DERECHO DE LOS EMPLEADOS PÚBLICOS

El Estatuto Básico del Empleado Público enumera en su art. 14 los derechos individuales de los empleados públicos, estableciendo entre ellos el derecho a la intimidad, por un lado, y el derecho a la desconexión digital, por otro, resultado de incorporar a su articulado las previsiones contenidas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos⁴⁹. La nueva letra j bis del art. 14 TREBEP garantiza el derecho “a la intimidad en el uso de dispositivos digitales puestos a su disposición y frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización, así como a la desconexión digital en los términos establecidos

⁴⁸Sobre este tema véase Igartua Miró, M^a T.: “El derecho a la desconexión en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”, pág. 71; Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, *Ius Labor* 2. 2019, págs. 8 y ss.

⁴⁹Sobre esta temática, véase, Terradillos Ormaechea, E.: “El derecho a la protección de datos de los empleados públicos: similitudes y peculiaridades en comparación con los trabajadores por cuenta ajena”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* n^o 54, 2019.

en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

La sistematización de estos nuevos derechos en el art. 14 del TREBEP resulta, sin duda, apropiado en la medida que todos los empleados públicos, en correspondencia con la naturaleza jurídica de su relación de servicio, -es decir, laborales o funcionarios- pueden ejercitar los mencionados derechos sin necesidad de reiterarlo respecto de la titularidad y ejercicio de todas las condiciones de trabajo para cada tipo de personal (v. gr. en materia de jornada, en el art. 47 TREBEP para los funcionarios o en el art. 51 TREBEP para los laborales junto a los arts. 34 y 20 bis del TRET- o en materia de seguridad y salud –art. 19 TRET y art. 14 I TREBEP-. Su concepción como derecho individual no evita, sin embargo, críticas similares a las efectuadas sobre la regulación contenida en el art. 20 bis del TRET, si bien, en el ámbito privado, no deja de ser palpable que la inclusión del mismo entre las facultades directivas del empleador parece más bien una contraprestación a la ampliación de las facultades de vigilancia y control⁵⁰ que un derecho con entidad propia. Por otro lado, el derecho a la intimidad ante las tecnologías y el derecho a la desconexión digital no deberían limitarse, sin embargo, a los derechos de ejercicio individual sino extenderse, además, a los de ejercicio colectivo pues las tecnologías también tienen incidencia en dicho marco. En definitiva, la LPD se aplica a las relaciones laborales y funcionariales de la AAPP, siendo incluso una materia a negociar de manera común en las mesas de negociación colectiva conjunta del art. 36.3 del TREBEP. Se advierte por la doctrina, además, que esta norma extiende los principios y garantías de la protección de datos a la Administración Pública como responsable del tratamiento de los datos que obtenga de los empleados públicos en el ejercicio de su actividad profesional⁵¹: es decir, “consentimiento, licitud, transparencia, finalidad, adecuación, pertinencia, exactitud y actualización, temporalidad, seguridad a través de la confidencialidad, seudonimización o cifrado, evaluación de impacto y responsabilidad proactiva”, añadiendo a tales requisitos “una serie de salvaguardas de la persona que se configuran como derechos subjetivos encaminados a hacer operativos los postulados genéricos: información, acceso, rectificación, supresión, bloqueo, limitación del tratamiento, portabilidad u oposición”⁵².

Con anterioridad a la Ley de Protección de Datos, el EBEP no había dedicado atención al impacto de las tecnologías en el empleo público, más allá, por

⁵⁰ Al respecto, vid. Igartua Miró, M^a T.: “El derecho a la desconexión...”, ob., cit., pág. 72.

⁵¹ Rodríguez Escanciano, S.: “Posibilidades y límites en el control de los correos electrónicos de los empleados públicos a la luz de la normativa de protección de datos”, *Revista Vasca de Gestión de Personas y Organizaciones Públicas*, n^o 16, 2019, pág. 113, reenviando a su trabajo “El derecho a la protección de datos personales en el contrato de trabajo: reflexiones a la luz del reglamento europeo”, *Revista Trabajo y Seguridad Social, CEF*, n^o 423.

⁵² Rodríguez Escanciano, S.: “Posibilidades y límites...”, ob. cit., pág. 113.

un lado, de una breve mención en su Exposición de Motivos relativa a la necesidad de establecer “una gestión racional y objetiva, ágil y flexible del personal atendiendo al continuo desarrollo de las nuevas tecnologías” y, por otro lado, a la indudable posibilidad de cohonestar otros derechos con la innovación tecnológica (ej. el derecho al desempeño efectivo de las funciones o tareas propias de su condición profesional –art. 14 a-), el derecho a la formación continua y a la actualización permanente de sus conocimientos y capacidades profesionales –art. 14 g)- o el derecho a la adopción de medidas que favorezcan la conciliación de la vida personal, familiar y laboral -art. 14 j-, entre otros derechos). Esta misma apreciación tenía lugar, sin duda, respecto a otros derechos fundamentales o legales englobados en el apartado de cierre del art. 14 referido “a los demás derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico”. Por su parte, la normativa autonómica de Función Pública tampoco se ha preocupado de este aspecto respecto de los derechos de sus propios empleados públicos, aunque algunas regulaciones más recientes comienzan a abordar de manera desigual el impacto tecnológico sobre los derechos laborales de sus empleados (v. el art. 161 m del Proyecto de Ley del Empleo Público Vasco, aprobado por el Consejo de Gobierno de 29 de enero de 2019⁵³, el art. 71 k de la Ley 2/2015, del Empleo Público de Galicia⁵⁴, o el art. 66 g de la Ley 10/2010, de 9 de julio de Ordenación y Gestión de la Función Pública Valenciana).

La plasmación legal del derecho es, en todo caso, positiva y ha dado lugar a interesantes cuestiones respecto de su contenido y alcance, aunque debe quedar claro que la existencia del derecho a la intimidad, al descanso y a la seguridad y salud de los empleados públicos no ha sido nunca una cuestión dudosa o debatida. La problemática se centra, en realidad, en evidenciar que el incremento de flexibilidad que permiten las tecnologías hará más difícil ejercer de manera efectiva el derecho a la intimidad y a la desconexión, dependiendo esta última en gran medida de la cooperación del empleado y de la existencia de instrumentos colectivos que garanticen el mismo.

Como se ha señalado, el apartado j bis del art. 14 del TREB establece el derecho a la “desconexión digital en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. El derecho a la desconexión digital en la Administración Pública se

⁵³ El artículo 161 sobre Derechos individuales del personal empleado público vasco señala que “el personal empleado público vasco tiene los siguientes derechos de carácter individual: h) Al respeto de su intimidad, orientación sexual, identidad de género, propia imagen y dignidad en el trabajo: [...]; m) A la protección y privacidad de los datos de carácter personal de los empleados públicos; n) A las vacaciones, descansos y permisos”.

⁵⁴ Dispone el derecho del empleado público “al respecto de su intimidad, orientación sexual, propia imagen y dignidad en el trabajo, especialmente frente al acoso sexual y por razón de sexo, moral y laboral; [...]; ñ) A recibir protección eficaz en materia de seguridad y salud en el trabajo

contempla, pues, en los términos que marca la LPD en su art. 88, el cual señala que “1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la desconexión digital a fin de garantizar, fuera del tiempo de trabajo legal o convencionalmente establecido, el respeto de su tiempo de descanso, permisos y vacaciones, así como de su intimidad personal y familiar. 2. Las modalidades de ejercicio de este derecho atenderán a la naturaleza y objeto de la relación laboral, potenciarán el derecho a la conciliación de la actividad laboral y la vida personal y familiar y se sujetarán a lo establecido en la negociación colectiva o, en su defecto, a lo acordado entre la empresa y los representantes de los trabajadores. 3. El empleador, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, elaborará una política interna dirigida a trabajadores, incluidos los que ocupen puestos directivos, en la que definirán las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y las acciones de formación y de sensibilización del personal sobre un uso razonable de las herramientas tecnológicas que evite el riesgo de fatiga informática. En particular, se preservará el derecho a la desconexión digital en los supuestos de realización total o parcial del trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas”.

La desconexión es, por tanto, un derecho que ampara al empleado público fuera de su tiempo de trabajo pues, qué duda cabe que el uso de las tecnologías de la información y comunicación durante el tiempo de trabajo es un deber del mismo en los términos señalados por el empleador dentro de sus facultades organizativas o de dirección. El debate sobre si la desconexión digital en el tiempo de no trabajo es también un «deber» del empleado está abierto, pues la colaboración de éste es de todo punto necesaria para hacer efectivo el derecho.

La finalidad del derecho a la desconexión no es otra que garantizar el derecho a no ser molestado en períodos de no trabajo (descanso, permisos, vacaciones, IT...) y facilitar, además, la conciliación de la vida personal o personal con la laboral. Es, sin embargo, la implementación del derecho el principal problema a evaluar pues, por un lado, el ejercicio de este derecho dependerá de la naturaleza de la relación entablada en el empleado y la AAPP (ej. alta dirección laboral o funcional ex art. 13 TREBEP), así como del lugar de la prestación y, por otro lado, será la negociación colectiva o los acuerdos entre la AAPP y los representantes de los empleados públicos los que delimiten las modalidades de ejercicio del derecho y las acciones de sensibilización y formación sobre el correcto uso o, al menos, sobre el uso razonable de las herramientas tecnológicas. En todo caso, es sobre la Administración Pública sobre quien recae la obligación de poner en marcha la política de desconexión digital, previo acuerdo con los representantes de los empleados públicos, no siendo exigible este derecho por los empleados sin la previa regulación convencional. A este respecto, la doctrina ha advertido que, por ejemplo, la inexistencia de acuerdos en materia de prevención de riesgos

psicosociales podría dar lugar a que el uso intensivo de las TIC se integre en el área de responsabilidad social corporativa, relegando el papel de los representantes de los trabajadores en la materia⁵⁵, circunstancia que también podría ser extensiva al derecho a la desconexión digital en relación a los protocolos o normas internas de uso de las tecnologías en la empresa.

Pero la regulación legal tiene claramente dos objetivos: por un lado, evitar el riesgo de fatiga informática -nuevo riesgo para la salud que es evitable y tratable⁵⁶- y, por otro lado, establecer la política de control de las mencionadas herramientas en el ámbito público. Esta regulación, aunque bienvenida, hace depender su efectividad a lo acordado mediante la negociación colectiva o acuerdo entre los representantes de los empleados y la Administración de que se trate, no estableciendo el deber de negociar a las partes legitimadas ni una regulación unitaria o igual para todos los empleados públicos⁵⁷. La descentralización territorial de la negociación colectiva en la AAPP puede dar lugar a tratamientos y alcance del derecho muy diferentes y ello pese a que esta materia podría abordarse no sólo en las mesas conjuntas de negociación ex art. 36.3 TREB sino, también, en la Mesa General de Negociación ex art. 34 TREBEP⁵⁸.

Las dificultades de poner en marcha la protección del derecho a la desconexión, unidas a la falta de sanciones por el incumplimiento de la obligación de regular el mismo, hacen que, de momento, no se haga verdaderamente efectivo este derecho, siendo las Administraciones Públicas de mayores dimensiones las que deban dar un paso adelante en su regulación convencional, sin perjuicio de las medidas que ya tienen a su disposición los empleados públicos para alcanzar el fin propuesto en la norma.

⁵⁵ Fernández Avilés, JA.: “NTC y riesgos psicosociales en el trabajo: estado de la situación y propuestas de mejora”, *DSL* nº 2, 2017.

⁵⁶ Serrano Argüeso, M.: “Digitalización, tiempo de trabajo y salud laboral”, ob. cit. pág. 14.

⁵⁷ Sobre esta materia, véase, Lahera Forteza, J.: “El papel de la negociación colectiva en la regulación de los derechos digitales en el empleo público”, *Revista General de Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social* nº 54, 2019, págs. 311 y ss.

⁵⁸ En el sector privado se considera más eficaz la regulación en Acuerdos Interprofesionales. Al respecto, Igartua Miró, MT.: “El derecho a la desconexión...”, ob., cit., pág. 18.

Presentación

Jesús Cruz Villalón

ESTUDIOS

Ámbitos de la negociación colectiva en el trabajo autónomo: entre la precariedad y la regulación

Marzia Barbera

Soluciones “tecnológicas” a problemas clásicos: la evolución jurisprudencial de la ajenidad y la dependencia

Lidia Gil Otero

Revolución más de forma que de contenido: la huida del Derecho del trabajo por medio de la economía digital

Flavio Alexandre Luciano Azevedo

Automatización frente a autonomía: ¿fuente de autoempleo o de precarización?

Rosa Rodríguez Martín-Retortillo

La brecha digital generacional

Ana Martín Romero

La carta de derechos fundamentales de la que y los derechos profesionales de los trabajadores autónomos

Nora Martínez Yáñez

El trabajo autónomo y los sistemas reputacionales

Alexandre Pazos Pérez

El derecho a la negociación colectiva del trabajador autónomo en el contexto de la nueva economía digital

Emma Rodríguez Rodríguez

Aproximación casuística y sustantiva a las relaciones de servicios en el ámbito de las plataformas digitales

Belén Fernández Docampo

La jurisprudencia del Tribunal de Justicia en materia de economía de plataformas: a propósito de Uber

Yolanda Maneiro Vázquez

La prestación de servicios a través de plataformas digitales. El caso Deliveroo

Marta Fernández Prieto

El trabajo en la nueva economía: ¿Qué respuestas aporta el Derecho Social Internacional?

Isabelle Daugareilh

La salud y seguridad en el trabajo en la economía de plataformas

Enea Ispizua Dorna

Tiempos de vida y de trabajo: el impacto de las TICS

Francisca Fernández Prol

La delimitación del derecho a la intimidad de los trabajadores en los nuevos escenarios digitales

Antonio Álvarez del Cuvillo

Economía digital y reconocimiento del derecho de huelga y libertad sindical. nuevos desafíos para el constitucionalismo multinivel

Milena Bogoni

Nuevos retos laborales ante la digitalización: un análisis desde la perspectiva económica

Alberto Vaquero García

La obligación de seguridad 4.0.

María Teresa Igartua Miró

Impacto de la obligación de registro horario a la luz de las primeras resoluciones judiciales

María Teresa Velasco Portero

El control empresarial por videovigilancia en la LOPD

Mercedes López Balaguer

Digitalización e innovación tecnológica en la administración pública: la necesaria redefinición de los derechos de los empleados públicos

Inmaculada Marín Alonso

ISSN: 0213-0750 <http://www.juntadeandalucia.es/empleo/carl>



Junta de Andalucía

Consejería de Empleo, Formación y Trabajo Autónomo

CONSEJO ANDALUZ DE RELACIONES LABORALES

