

monografías

ALTA CALIDAD EN
INVESTIGACIÓN
JURÍDICA



tirant
lo blanch

GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE

LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y
SU IMPACTO EN LAS RELACIONES
DE TRABAJO Y EN LOS DERECHOS
DE LOS TRABAJADORES
(Cuestiones actuales y nuevos retos)

**LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y
SU IMPACTO EN LAS RELACIONES
DE TRABAJO Y EN LOS DERECHOS
DE LOS TRABAJADORES**
(CUESTIONES ACTUALES Y NUEVOS RETOS)

COMITÉ CIENTÍFICO DE LA EDITORIAL TIRANT LO BLANCH

MARÍA JOSÉ AÑÓN ROIG
*Catedrática de Filosofía del Derecho
de la Universidad de Valencia*

ANA CAÑIZARES LASO
*Catedrática de Derecho Civil
de la Universidad de Málaga*

JORGE A. CERDIO HERRÁN
*Catedrático de Teoría y Filosofía de Derecho.
Instituto Tecnológico Autónomo de México*

JOSÉ RAMÓN COSSÍO DÍAZ
*Ministro en retiro de la Suprema Corte
de Justicia de la Nación y miembro
de El Colegio Nacional*

EDUARDO FERRER MAC-GREGOR POISOT
*Presidente de la Corte Interamericana
de Derechos Humanos. Investigador del
Instituto de Investigaciones Jurídicas
de la UNAM*

OWEN FISS
*Catedrático emérito de Teoría del Derecho
de la Universidad de Yale (EEUU)*

JOSÉ ANTONIO GARCÍA-CRUCES GONZÁLEZ
*Catedrático de Derecho
Mercantil de la UNED*

LUIS LÓPEZ GUERRA
*Catedrático de Derecho Constitucional
de la Universidad Carlos III de Madrid*

ÁNGEL M. LÓPEZ Y LÓPEZ
*Catedrático de Derecho Civil
de la Universidad de Sevilla*

MARTA LORENTE SARIÑENA
*Catedrática de Historia del Derecho
de la Universidad Autónoma de Madrid*

JAVIER DE LUCAS MARTÍN
*Catedrático de Filosofía del Derecho y
Filosofía Política de la Universidad de Valencia*

VÍCTOR MORENO CATENA
*Catedrático de Derecho Procesal
de la Universidad Carlos III de Madrid*

FRANCISCO MUÑOZ CONDE
*Catedrático de Derecho Penal de la
Universidad Pablo de Olavide de Sevilla*

ANGELIKA NUSSBERGER
*Jueza del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.
Catedrática de Derecho Internacional de la
Universidad de Colonia (Alemania)*

HÉCTOR OLASOLO ALONSO
*Catedrático de Derecho Internacional de la
Universidad del Rosario (Colombia) y
Presidente del Instituto Ibero-Americano
de La Haya (Holanda)*

LUCIANO PAREJO ALFONSO
*Catedrático de Derecho Administrativo
de la Universidad Carlos III de Madrid*

TOMÁS SALA FRANCO
*Catedrático de Derecho del Trabajo y de la
Seguridad Social de la Universidad de Valencia*

IGNACIO SANCHO GARGALLO
*Magistrado de la Sala Primera (Civil)
del Tribunal Supremo de España*

TOMÁS S. VIVES ANTÓN
*Catedrático de Derecho Penal
de la Universidad de Valencia*

RUTH ZIMMERLING
*Catedrática de Ciencia Política de la
Universidad de Mainz (Alemania)*

Procedimiento de selección de originales, ver página web:

www.tirant.net/index.php/editorial/procedimiento-de-seleccion-de-originales

LA REVOLUCIÓN TECNOLÓGICA Y SU IMPACTO EN LAS RELACIONES DE TRABAJO Y EN LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES

(CUESTIONES ACTUALES Y NUEVOS RETOS)

GRACIELA LÓPEZ DE LA FUENTE



tirant lo blanch
Valencia, 2020

Copyright © 2020

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de la autora y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com.

Libro financiado por el Proyecto de investigación DER2016-75993-P, España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos (30/12-2016-29/12/2020), concedido por el Ministerio de Economía, Industria y Competitividad y la Agencia Estatal de Investigación. Ha contado con la colaboración del Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid.

© Graciela López de la Fuente

© TIRANT LO BLANCH
EDITA: TIRANT LO BLANCH
C/ Artes Gráficas, 14 - 46010 - Valencia
TELF.S.: 96/361 00 48 - 50
FAX: 96/369 41 51
Email: tlb@tirant.com
www.tirant.com
Librería virtual: www.tirant.es
ISBN: 978-84-1355-166-1

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com. En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/empresa/politicas-de-empresa nuestro procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCTirant.pdf>

Sumario

Abreviaturas.....	11
Introducción.....	13

Capítulo I

EL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL: CUESTIONES PREVIAS

1.1. LA CALIDAD DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL.....	19
1.1.1. Características del trabajo en la era digital: el riesgo de la precariedad.....	20
1.1.2. La digitalización del trabajo: ¿una oportunidad para los jóvenes?.....	23
1.2. LA UNIÓN EUROPEA: PRIMEROS PASOS HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO DIGITAL ÚNICO.....	27
1.2.1. La Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa.....	27
1.2.2. La Directiva (UE) 2019/1152 sobre condiciones laborales transparentes y previsible en la UE: unos derechos mínimos para los trabajadores a demanda y de plataformas digitales..	29
1.2.2.1. En relación a la información sobre la relación laboral.....	32
1.2.2.2. Sobre los requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo.....	33

Capítulo II

EL TRABAJO A TRAVÉS DE PLATAFORMAS DIGITALES

2.1. EL FENÓMENO IMPARABLE DE LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS Y SU IMPACTO EN EL TRABAJO.....	35
2.2. LA INICIATIVA FRANCESA DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SUS SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS VIRTUALES.....	40
2.2.1. Ámbito de aplicación de la reforma: el reconocimiento de un estatuto para los trabajadores de las plataformas colaborativas.....	41
2.2.2. El establecimiento de un principio de responsabilidad social de las plataformas.....	41

2.2.3. El reconocimiento expreso de derechos de afiliación y constitución de organizaciones sindicales para la defensa de sus intereses colectivos.....	42
2.3. HACIA “NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD” EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS: ¿COMBATIR LAS ZONAS GRISES?.....	43
2.3.1. A propósito del caso Uber: paradigma de la “uberización” de las relaciones laborales.....	43
2.3.2. A propósito de “los riders”: plataformas digitales de reparto y falsos autónomos	51

Capítulo III

PODERES DE CONTROL DEL EMPRESARIO Y NUEVAS TECNOLOGÍAS

3.1. PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPRESARIO Y DERECHOS DIGITALES DE LOS TRABAJADORES.....	67
3.2. LA SOFISTICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL GRACIAS A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS.....	72
3.2.1. La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: nuevas soluciones, viejos problemas	73
3.2.2. El control constante y la evaluación del trabajador por los consumidores a través de un programa informático.....	75
3.3. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE EL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPRESARIO	78
3.3.1. La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional (antes de Barbulescu)	78
3.3.2. La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo (antes de Barbulescu).....	83
3.4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA FIJACIÓN DE LOS LÍMITES AL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL.....	85
3.4.1. La primera doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos Copland y Halford.....	86
3.4.2. La doctrina reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control de las comunicaciones en el trabajo: caso Barbulescu contra Rumanía	87
3.4.2.1. Barbulescu I: Los antecedentes del caso y la sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016	87
3.4.2.2. Barbulescu II: La sentencia del TEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 y la revisión de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos	91
3.4.3. Los pronunciamientos del TEDH sobre videovigilancia encubierta en la empresa: caso López Ribalda y otras contra España	93

3.4.3.1. La STEDH de 9 de enero de 2018, López Ribalda y otras contra España.....	93
3.4.3.2. La STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, López Ribalda II: ¿la sospecha razonable sobre la comisión de un delito lo cambia todo?	99

Capítulo IV

LA DESCONEXIÓN DIGITAL DE LOS TRABAJADORES

4.1. LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA EN EL ÁMBITO LABORAL	103
4.1.1. El derecho a la desconexión digital: ¿derecho de nueva generación.....	104
4.1.2. ... o una manifestación del conocido derecho al descanso? ...	106
4.2. EL USO DE LAS TIC Y LOS RIESGOS SOBRE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES.....	108
4.3. MEDIDAS ADOPTADAS PARA VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO: EL REGISTRO DE LA JORNADA LABORAL.....	112
4.4. LA PRIMERA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: EL CASO DE FRANCIA	119
4.4.1. Antecedentes: Acuerdos de empresa pioneros y el Informe Mettling.....	120
4.4.2. La Loi Travail o el primer reconocimiento legal del derecho a la desconexión	123
4.5. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL	127
4.5.1. Primeros pasos antes de la LOPDGDD: el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 y primeros convenios	128
4.5.2. La Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y el reconocimiento de un derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral	130

Capítulo V

DEL TELETRABAJO AL SMART WORKING, HACIA UN TRABAJO LÍQUIDO Y SIN BARRERAS

5.1. TRABAJO A DOMICILIO, TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO: EL CAMINO HACIA NUEVAS FORMAS DE TRABAJO FLEXIBLE	135
5.1.1. Primeros pasos: la OIT y el Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio y la Recomendación núm. 184 correspondiente	139

5.1.2. Primer acuerdo voluntario a nivel de la UE: El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.....	141
5.2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL TELETRABAJO	144
5.2.1. El concepto del trabajo a distancia y teletrabajo en el derecho español	145
5.2.2. El régimen jurídico-laboral del teletrabajo	148
5.3. TELETRABAJO Y DERECHO COMPARADO. PROPUESTAS DE FLEXIBILIDAD: EL “TÉLÉTRAVAIL” EN FRANCIA Y EL “LAVORO AGILE” EN ITALIA	153
5.3.1. La regulación francesa sobre el teletrabajo.....	153
5.3.1.1. Concepto y definición de teletrabajo	153
5.3.1.2. Régimen jurídico del teletrabajo.....	154
5.3.1.3. Particularidades del teletrabajo en el sector público	158
5.3.2. Italia y el “lavoro agile” - Smart working, la regulación de una nueva organización del trabajo.....	159
5.3.2.1. La particularidad del “lavoro agile”: definición y concepto.....	159
5.3.2.2. El régimen jurídico del “lavoro agile”.....	162
Conclusiones.....	165
Bibliografía	175

Abreviaturas

AINC:	Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva
AMET:	Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo
ANI:	Accord national interprofessionnel
apps:	Aplicaciones
Art.:	artículo
BOE:	Boletín Oficial del Estado
CDFUE:	Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea
CE:	Constitución Española
CEDH:	Convenio Europeo de Derechos Humanos
CNMC:	Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia
Coord.:	Coordinador, Coordinadora
Dir.:	Director, Directora
DOCE:	Diario Oficial de las Comunidades Europeas
DOUE:	Diario Oficial de la Unión Europea
ET:	Estatuto de los Trabajadores
FJ:	Fundamento Jurídico
GPS:	Global Positioning System, Sistema de Posicionamiento Global
JORF:	Journal Officiel de la République Française
LOPDGDD:	Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales
OIT:	Organización Internacional del Trabajo
PC:	Personal Computer
PEDS:	Pilar Europeo de Derechos Sociales
Rec.:	Recurso
RETA:	Régimen Especial de Trabajadores Autónomos
RGPD:	Reglamento General de Protección de Datos
RGSS:	Régimen General de la Seguridad Social
STC:	Sentencia del Tribunal Constitucional

STEDH:	Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos
STJUE:	Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea
STS:	Sentencia del Tribunal Supremo
T/ICTM:	Telework/ICT-mobile work
TEDH:	Tribunal Europeo de Derechos Humanos
TEE:	Take Eat Easy
TGSS:	Tesorería General de la Seguridad Social
TIC:	Tecnologías de la información y la comunicación
TJUE:	Tribunal de Justicia de la Unión Europea
TRADE:	Trabajador autónomo económicamente dependiente
TSJ:	Tribunal Superior de Justicia
TUE:	Tratado de la Unión Europea
UE:	Unión Europea
VTC:	Vehículo de transporte con conductor

Introducción

*“Cuando creíamos que teníamos todas las respuestas,
de pronto, cambiaron todas las preguntas”.*

Mario Benedetti (1920-2009)

*“El futuro tiene muchos nombres. Para los débiles es lo
inalcanzable. Para los temerosos, lo desconocido. Para
los valientes es la oportunidad”.*

Víctor Hugo (1802-1885)

La Cuarta Revolución Industrial, también conocida como Industria 4.0¹, promovida por la transformación digital y marcada por avances tecnológicos emergentes como la inteligencia artificial, el Big Data, la robótica, las plataformas digitales o el internet de las cosas, afecta ya de manera directa no solo al modo de organizar los sistemas productivos y los modelos de negocio sino al ámbito social y económico en su conjunto. Inmersos en la era de la transformación digital, uno de los ámbitos de la sociedad en los que se está generando mayor mutación es el trabajo. Se está produciendo una veloz transformación hacia nuevos modos de organización de la actividad laboral en los que prima la flexibilidad, la autonomía y la capacidad de innovación y adaptación al cambio. Esto se hace evidente con la aparición de originales formas de desarrollar la prestación de servicios de manera más flexible que implican la desaparición de las barreras de lugar, tiempo, duración u organización y con el surgimiento de lo que ya se denomina como “el trabajo líquido”.

En el informe de la OIT sobre “Perspectivas sociales y de empleo en el mundo” de 2019 se señala que el principal problema del empleo a nivel mundial es la persistencia de importantes déficits de trabajo decente². Desde luego, los bajos ingresos y la precarización de las

¹ Este concepto fue empleado por primera vez en Alemania en el año 2011, en la Feria de la máquina de Hannover.

² En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_670569.pdf

condiciones de trabajo no tienen que ir necesariamente unidos a los avances tecnológicos. Seguramente la precarización tenga más que ver con los efectos derivados de la profunda crisis económica que con el progreso tecnológico. Es más, las nuevas tecnologías pueden mejorar el mundo del trabajo pero para ello es necesario guiar estas transformaciones hacia la promoción del trabajo decente, la igualdad de género y el desarrollo sostenible.

Las sociedades a lo largo de la historia han estado sometidas a cambios revolucionarios y el sistema jurídico, también en transformación, se ha ido ajustando en consecuencia con la realidad social transformada. Los avances tecnológicos están alterando el tradicional modelo de empresa, de trabajador y de trabajo y la legislación tiene que reformarse para adaptarse a los nuevos retos. La empresa digital moderna obliga a acondicionar el sistema jurídico para poder dar respuestas a los nuevos problemas. En este sentido, surgen numerosos interrogantes relacionados con el impacto de la digitalización en el trabajo fundamentalmente debido a los siguientes fenómenos.

Se produce un cambio en la estructura de trabajo de las empresas en la era digital hacia un trabajo líquido. Se requiere una organización ágil, en la que el modelo de jerarquía vertical tradicional en la empresa se difumina para dar paso a una estructura basada en la autogestión y en la realización de microtarefas. En este contexto, el trabajo se atomiza suponiendo un incremento del trabajo temporal con una duración cada vez más breve así como un aumento de la figura del trabajador autónomo.

Además, la empresa se vuelve virtual, las restricciones geográficas y temporales se diluyen y se hace posible trabajar a cualquier hora y desde cualquier lugar (“work anytime, anywhere”). El trabajo a distancia emerge como una opción por la que, poco a poco, cada vez más empresas parecen apostar. Lo cual conlleva indudables ventajas para la conciliación de la vida familiar y laboral pero también puede suponer el aumento de factores de riesgos psicosociales y de estrés perjudiciales para la salud de los trabajadores.

Por su parte, el trabajador se vuelve transparente debido a los sofisticados sistemas y medios de control empresariales que permiten una vigilancia intensa y omnipresente afectando, en abundantes ocasiones, a los derechos de los trabajadores. En este sentido, es decisiva

la confección de nuevas fronteras de la protección de datos y la tutela de nuevos derechos digitales.

Asimismo, el aprendizaje continuo se convierte en una necesidad crucial frente a la velocidad con la que los cambios tecnológicos se producen. Para gestionar adecuadamente la diversidad generacional en las empresas, donde se encuentran las nuevas generaciones de nativos digitales con los profesionales más veteranos, se hace necesario facilitar la adaptación al entorno digital y la gestión de equipos multigeneracionales.

Ante esta perspectiva, el diálogo social también tendrá un papel determinante en la configuración de un “trabajo que cambia”. La negociación colectiva como instrumento eficiente para ampliar el ámbito de la protección laboral, también debe asumir esta realidad de cambio y revitalizarse.

Reflexionar sobre si estos trabajadores deben tener mayores garantías, sobre la necesidad de desarrollar un marco regulador que establezca un equilibrio entre los intereses empresariales y la tutela de los trabajadores y, definitiva, sobre una clásica temática aunque con una dimensión renovada, respetar y promover los principios y derechos fundamentales en el trabajo, son algunas de las cuestiones que se abordan en el presente libro que se estructura en los siguientes capítulos.

El primero de ellos, titulado “El trabajo en la era digital: cuestiones previas”, aborda la temática de la calidad del trabajo en la era digital en relación con la necesidad de cumplir con los estándares del trabajo decente para evitar la precariedad que afecta a los trabajadores más vulnerables y, en particular, a los más jóvenes. La Unión Europea, preocupada por los efectos negativos que puedan darse sobre la calidad en el empleo, ha dado los primeros pasos hacia la construcción de un mercado digital único para incentivar a los Estados a garantizar mayor seguridad jurídica respecto de los modelos de empresa propios de la *gig economy* y proteger los derechos de los trabajadores y usuarios.

En el segundo capítulo, bajo el título “El trabajo a través de plataformas virtuales”, se exponen los principales desafíos que supone el trabajo realizado a través de plataformas prestando especial atención al conflicto más importante, el relativo a su calificación jurídica como trabajo dependiente o autónomo. La “economía de las platafor-

mas” provoca importantes cambios en relación al tradicional modo de prestación servicios. Este nuevo modelo se aleja de los patrones tradicionales contemplados en la legislación laboral, debilitando el trabajo asalariado. Ejemplos típicos son los casos de Uber y de las plataformas digitales de reparto. Frente a una regulación escasa, Francia ha sido el primer país en introducir en su legislación laboral una serie de preceptos destinados a reconocer un estatuto particular para estos trabajadores.

El capítulo tercero sobre “Poder de control del empresario y nuevas tecnologías” se ocupa de estudiar las consecuencias de la irrupción de las TIC en el ámbito laboral y su uso por el empresario, especialmente para el ejercicio de los poderes de control y vigilancia. Los controles empresariales de la actividad laboral desarrollada a través de medios tecnológicos se transforman provocando conflictos de intereses con los derechos de los trabajadores como el derecho a la intimidad, al secreto de las comunicaciones e incluso, a la autoterminalización informativa. En ausencia de criterios legales claros, la vigilancia intencional del empresario y su confrontación con los derechos de los trabajadores sigue generando un intenso debate doctrinal y jurisprudencial sobre la determinación de los límites. Añadir que el Reglamento General de Protección de Datos y la Ley Orgánica de Protección de Datos de Carácter Personal y garantía de los derechos digitales refuerzan la protección de la privacidad en el ámbito digital.

Por su parte, en el capítulo cuarto sobre “La desconexión digital de los trabajadores”, la perspectiva se centra en el trabajador y, concretamente, en la necesidad de conservar las fronteras que separan el tiempo de trabajo y la vida personal. Se estudiará el derecho a la desconexión digital en relación con aspectos tan relevantes como el tiempo de trabajo, el tiempo de descanso, la conciliación y el derecho a la salud de los trabajadores. Si las nuevas tecnologías son un instrumento valioso que permiten favorecer la conciliación al propiciar el trabajo remoto y flexible, también pueden resultar perjudiciales para el trabajador. Parece que el reconocimiento del derecho a la desconexión digital es necesario para garantizar los períodos de descanso y mejorar la salud de los trabajadores.

El quinto y último capítulo titulado “Del teletrabajo al Smart Working, hacia un trabajo líquido y sin barreras” centra su atención en

el teletrabajo como forma de organización del trabajo que permite al trabajador desarrollar su prestación laboral fuera del centro de trabajo valiéndose para ello del uso de las TIC. Si bien el concepto de teletrabajo no es novedoso, el uso masivo y extendido de los medios tecnológicos en las empresas y la búsqueda de flexibilidad, son factores que propician que esta moderna forma de organización esté en pleno desarrollo. Además, un nuevo concepto se presenta como la evolución del teletrabajo, el Smart working.

Por último, el libro termina con un apartado dedicado a las conclusiones más relevantes que se extraen de los contenidos expuestos.

Este trabajo se inscribe en el Proyecto estatal de investigación *España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos*³. Uno de los ejes de investigación fundamentales de dicho proyecto de investigación ha girado en torno al estudio de derechos en expansión o transformación y de nuevos derechos. Cuestiones que, en nuestros tiempos, a menudo van relacionadas con la irrupción de las nuevas tecnologías con gran repercusión en el ámbito social y laboral.

Explicado el origen y sentido de este libro, no puedo finalizar sin antes expresar mi agradecimiento a todos los profesores e investigadores que forman parte del Proyecto de Investigación, de quienes tanto he podido aprender y con los que he compartido interesantes Jornadas que han servido para enriquecer el contenido de este trabajo. Asimismo, quiero dar las gracias al Laboratorio DANTE (Laboratoire de Droit des Affaires et Nouvelles Technologies) de l'Université de Versailles Saint-Quentin-en-Yvelines y en particular a su directora, la Profesora Dr^a Mélanie Clément-Fontaine por su acogida lo largo de mi estancia de investigación y por procurarme valiosas referencias bibliográficas relevantes para la consecución del presente estudio. Por supuesto, agradecer igualmente a la Universidad de Valladolid por su contribución para desarrollar dicha estancia gracias a la concesión en la Convocatoria de 2018 de la Ayuda del Plan de Movilidad de Personal Investigador (programa de Movilidad investigadores UVA-

³ Proyecto de Investigación DER2016-75993-P, sobre España ante Europa: retos nacionales en materia de derechos humanos, desarrollado entre el 30 de diciembre de 2016 y el 29 de diciembre 2020 y dirigido por el Prof. Dr. Javier Matia Portilla.

Banco Santander 2018). Mi gratitud también al Instituto de Estudios Europeos de la Universidad de Valladolid y muy especialmente a su director, el Profesor Dr. Guillermo A. Pérez Sánchez, por su respaldo y colaboración en esta obra.

Finalmente, quiero mostrar mi más sincero agradecimiento al Profesor Dr. Javier Matia Portilla, investigador principal del Proyecto de Investigación, querido profesor y amigo, por darme la oportunidad de formar parte del Proyecto, por su generosidad, confianza y apoyo a lo largo de la elaboración de este libro que el lector tiene ahora entre sus manos.

Capítulo I

El trabajo en la era digital: cuestiones previas

1.1. LA CALIDAD DEL TRABAJO EN LA ERA DIGITAL

La revolución digital ha supuesto un impacto considerable en la economía y en la sociedad provocando el surgimiento de lo que algunos economistas ya han bautizado como la “Industria digital” o “Industria 4.0”. Las repercusiones de ésta revolución digital se hace cada vez más patente en los nuevos modelos empresariales, en el mercado laboral y en el (incierto) futuro del trabajo. Tal y como evidencian Sagarroy y Núñez-Cortés “el uso con fines comerciales de los dispositivos móviles, las aplicaciones y nuevas plataformas digitales han dado lugar a modelos habituales de consumo desconocidos hasta hace algo más de una década (comercio electrónico de bienes y servicios, libros, música, viajes, alquileres, etc.) y, paralelamente, a nuevos modelos de negocio”⁴.

La revolución tecnológica influye inevitablemente transformando la prestación de servicios y generando, a su vez, una serie de conflictos laborales de solución compleja. Así por ejemplo, surgen conflictos relacionados con los límites del uso de los medios tecnológicos de la empresa para fines privados y el posible control empresarial sobre los mismos, problemas sobre la determinación de los sistemas de control basados en las nuevas tecnologías y su licitud en relación con los derechos fundamentales de los trabajadores, interrogantes en torno al tratamiento de los datos personales, a la prevención de riesgos psicosociales relacionados con el uso de las TIC, como también surgen dudas sobre la calificación jurídica que merece la relación entre una plataforma digital y el prestador de servicios.

⁴ Sagarroy de Simón, Íñigo y Núñez-Cortés Contreras, Pilar, “Economía colaborativa y relación laboral: ¿un binomio conflictivo?”, *Cuadernos de pensamiento político*, n° 53, 2017, pp. 94-95.

1.1.1. Características del trabajo en la era digital: el riesgo de la precariedad

El impacto de la digitalización en el trabajo es ya una realidad inevitable que afecta de uno u otro modo a los trabajadores, con mayor o menos intensidad, según el sector y el segmento poblacional de que se trate. La creciente precarización de la sociedad provoca que cada vez sean más las personas que viven en la inseguridad profesional y económica. El denominado “precariado”⁵ surge como un nuevo grupo social formado fundamentalmente por jóvenes y trabajadores maduros con dificultades para acceder a un trabajo digno y estable. Los trabajadores de más edad tienen que hacer frente, entre otros, a las modificaciones tecnológicas que se introducen en la empresa e incluso al temor de ver su puesto de trabajo sustituido por una máquina. Por su parte, los jóvenes, acostumbrados ya a una sociedad hiperconectada, tienen que afrontar situaciones laborales inestables o irregulares caracterizadas por bajos salarios y condiciones laborales precarias.

Si las nuevas tecnologías generan oportunidades y posibilitan nuevos yacimientos de empleo, por otro lado, debido a su veloz desarrollo y a la ausencia de regulación suficiente, se hace necesario prestar atención a los efectos que estos nuevos empleos pueden tener sobre la calidad del trabajo y sobre esta nueva generación de trabajadores que algunos autores ya denominan “esclavos digitales”, o incluso “precariado tecnológico” refiriéndose precisamente a “personas mayoritariamente jóvenes, que obtienen la mayor parte de sus ingresos realizando prestaciones de servicios de forma esporádica, dependiendo de la llamada del cliente, de multitud de clientes, sin horario alguno ni ingreso mínimo a percibir, sin descansos, sin protección social, sometidos al escrutinio y valoración del mundo entero para continuar obteniendo retribución y sin ni siquiera merecer la denominación de trabajadores”⁶,

⁵ El término, elaborado por el sociólogo Guy Standing, surge de la unión de las palabras “precario” y “proletariado”, en: Standing, Guy, *The Precariat: The new dangerous class*, Bloomsbury Academic, 2011.

⁶ Álvarez Cuesta, Henar, “Los retos de la economía colaborativa: yacimiento de empleo o precipicio hacia la precariedad de los jóvenes”, Escudero Prieto, Azucena (Dir.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Madrid, Reus, 2017, pp. 375.

Desde luego, la revolución digital está teniendo una incidencia incontestable sobre la forma de trabajar. La economía colaborativa y, más precisamente, la prestación de servicios a través de plataformas virtuales traen cambios profundos en el modo de trabajar⁷. Se aprecia una serie de características propias de estos trabajos que se distancian de los empleos tradicionales. La digitalización de las empresas nos lleva a analizar los riesgos que pueden generarse para los trabajadores respecto de la seguridad socioeconómica (salarios dignos y estabilidad), las condiciones de trabajo (calidad intrínseca del trabajo), las oportunidades de mejora (cualificación y formación de los trabajadores) y respecto de la conciliación de la vida laboral y personal. La precariedad, rasgo habitual que caracteriza al trabajador digital, tiende a pasar inadvertida pues se disimula tras la libertad y flexibilidad extrema que supuestamente ofrece el trabajo a demanda de las plataformas. Es más, de acuerdo con Triguero Martínez, “la flexibilidad y su implementación a toda costa obnubila y evita que el foco de atención e interés del Derecho del Trabajo y de su futuro se ponga en las nuevas relaciones laborales surgidas como consecuencia de su política llevada al extremo”⁸.

Nos encontramos ante un fenómeno de virtualización de las relaciones laborales. Esto se refleja en una serie de factores como son la deslocalización de puestos de trabajo y el aumento de la flexibilidad de los trabajadores en cuanto a la movilidad y la gestión del tiempo de trabajo. En consecuencia, el concepto de jornada laboral fija va desapareciendo pues la jornada se vuelve flexible para adaptarse a los cambios productivos fruto de una economía digitalizada. El teletrabajo surge también como instrumento que posibilita a los trabajadores realizar sus tareas desde cualquier lugar. Así, “la tecnología y en especial la digitalización, libera al trabajador de las limitaciones de un emplazamiento fijo, y entonces el trabajo ya no es un lugar al que hay que ir. Es cada vez más una actividad que se cumple con un propósito

⁷ Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017, p. 46

⁸ Triguero Martínez, Luis Ángel, “‘Gig economy’ y prestación de servicios profesionales: puntos críticos”, en: Todolí Signes, Adrián y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 199.

y que genera un resultado. Y lo que se remunera será el resultado”⁹. A priori, ello posibilita compatibilizar la vida laboral y personal aunque también conlleva, por otra parte, un riesgo de hiperconexión provocando en ocasiones largas jornadas de trabajo. Simultáneamente, los mecanismos de control y vigilancia empresarial se multiplican y se vuelven más sofisticados (videovigilancia, geolocalización, monitorización, control biométrico, etc.). Lo que obliga a plantear la necesidad de límites respecto de los derechos fundamentales de los trabajadores. La hiperconexión y la ausencia de desconexión digital, los altos niveles de exigencia, la inmediatez en cubrir las demandas del cliente, las evaluaciones públicas sobre las prestaciones de servicios realizadas y los sistemas de control y vigilancia permanente conducen a un aumento de los riesgos psicosociales de los trabajadores (tecnoestrés, burnout).

Finalmente, ante los avances constantes de la tecnología, existe una necesidad permanente de adaptación y de aprendizaje por parte de los trabajadores. De acuerdo con San Martín Mazzucconi, “hay que aceptar que la globalización de la economía y el desarrollo tecnológico han cambiado radicalmente la concepción del trabajo. El empleo es ahora un concepto más volátil y requiere mayores competencias, así como una mayor flexibilidad. Desde hace años que se viene advirtiendo que el aprendizaje permanente (posibilidad de adaptación), la movilidad y una alta cualificación constituyen las mayores ventajas en el mercado laboral, y a medida que pasa el tiempo se acentúa el valor protagónico de estos factores”¹⁰.

⁹ Cedrola Spremolla, Gerardo, “El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n° 1, 2017, p. 26.

¹⁰ San Martín Mazzucconi, Carolina, “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo” en: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. Iniciativa del centenario de la OIT (1919-2019)*, Vol. 2, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2017, p. 306.

1.1.2. La digitalización del trabajo: ¿una oportunidad para los jóvenes?

Según datos ofrecidos por la OIT, hay más de 70 millones de jóvenes en el mundo buscando trabajo, más de 160 millones de jóvenes trabajan pero viven en la pobreza, y la tasa de desempleo juvenil es al menos 3 veces más alta que la de los adultos.

El 75% de las profesiones que se desempeñarán en el año 2030 todavía no existen o se están creando y están relacionadas con las TIC. Así, parece que estas formas emergentes de empleo relacionadas con la economía digital irán en aumento en los próximos años hasta llegar a ocupar un lugar considerable en el mercado de trabajo. Estos empleos que, en gran medida ya están siendo realizados por jóvenes, plantean interrogantes respecto de su calidad pues no parecen cumplir con las expectativas del trabajo decente.

La digitalización nos trae nuevas formas de organización del trabajo y los jóvenes son la categoría de trabajadores más adaptable a esta nueva realidad. Concretamente, el mundo de las plataformas digitales tiene una amplia acogida por los jóvenes especialmente. Sin embargo, el modelo que con estas plataformas se está desarrollando incide seriamente en la precariedad y en la calidad del empleo. Es cierto que la precariedad laboral no llega con las plataformas, ésta era una situación que ya existía con anterioridad. Son conocidos los casos de “*las kellys*” o camareras de piso, los trabajadores de *call centers* o de los repartidores tradicionales de cadenas de comida a domicilio. Las plataformas digitales han irrumpido en un contexto de elevadas tasas de desempleo, especialmente el juvenil, alta temporalidad de los contratos de trabajo, retribución salarial insuficiente y realización de un tiempo de trabajo superior a la jornada legal o convencionalmente establecida¹¹. Su progresiva implantación, está fomentando formas

¹¹ Sobre esta cuestión de la jornada de trabajo cabe mencionar el 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 que incluye reformas normativas dirigidas a regular el registro de jornada, como forma de combatir la precariedad laboral. Tal y como se recoge en la exposición de motivos de este Real Decreto-Ley: “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, al afectar a dos elementos esenciales de la

atípicas de empleo agudizando el problema. Aunque esto no afecta únicamente a los trabajadores jóvenes, es cierto que la precariedad laboral que de entrada caracteriza a este colectivo, se hace todavía más patente cuando se trata de actividades relacionadas con la “*gig economy*”. A pesar de que, en la actualidad, la cara más visible de esta categoría de trabajadores son los denominados “*riders*” o repartidores de las plataformas digitales de mensajería, no es el único sector en el que los jóvenes encuentran un lugar en el mercado del trabajo digital.

Principalmente, los jóvenes se encuentran con una serie de denominadores comunes a la hora de acceder al mercado de trabajo como son el elevado desempleo, la temporalidad traducida en elevados porcentajes de contratos temporales y de empleos a tiempo parcial, la inestabilidad e irregularidad en el empleo, salarios bajo o insuficientes y, en general, condiciones laborales de mala calidad. Así, el colectivo juvenil presenta un conjunto de características laborales que les sitúa en una posición de mayor vulnerabilidad respecto al resto de la población¹².

La crisis económica provocó graves consecuencias en el empleo de los jóvenes afectando a gran parte de los Estados de la UE. Desde entonces, el desempleo juvenil se configura como uno de los problemas más urgentes de la Unión Europea. El entonces presidente de la Comisión Europea, Jean-Claude Juncker, manifestó su preocupación al respecto en su discurso sobre el Estado de la Unión de 2016 al afirmar que “No puedo aceptar ni aceptaré que Europa sea y siga siendo el continente del desempleo juvenil”¹³. En nuestro caso, España tiene una de las tasas de desempleo juvenil más elevadas de los países de la Unión Europea, ocupando la segunda posición después de Gre-

relación laboral, el tiempo de trabajo, con relevante influencia en la vida personal de la persona trabajadora al dificultar la conciliación familiar, y el salario. Y también incide en las cotizaciones de Seguridad Social, mermadas al no cotizarse por el salario que correspondería a la jornada realizada”.

¹² Echaves, Antonio y Echaves, Carlos, “Jóvenes aún más precarios: crisis económica y desigualdad laboral en España”, *Cuadernos de Investigación en Juventud*, nº 2, 2017, p. 17.

¹³ Juncker, Jean-Claude, Discurso sobre el Estado de la Unión: Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad, Estrasburgo 14 de septiembre de 2016, en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-3043_es.htm

cia. Según datos ofrecidos por Eurostat¹⁴, la tasa de desempleo en el conjunto de la Unión Europea fue del 15,2% en noviembre de 2018, mientras que en España se situó en un 34,1%. Desde 2013, la Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, importantes instrumentos europeos, pretenden mejorar el acceso de los jóvenes al mercado de trabajo y reducir el desempleo juvenil¹⁵. A pesar de que las primeras evaluaciones de estos instrumentos ofrecen resultados positivos, no son suficientes por el momento, siendo los jóvenes “ninis” los más afectados por el riesgo de precariedad y exclusión social¹⁶.

La elevada temporalidad de los contratos unida a la percepción de bajos salarios por el trabajo desempeñado es otro de los aspectos distintivos de los jóvenes ocupados. Los jóvenes saben que realizarán una mayor diversidad de empleos y tienen cada vez más interiorizado el trabajo por proyectos o *freelance* pues el trabajador subordinado es menos necesario en este nuevo tipo de empresas que desarrollan

¹⁴ Véase: http://appsso.eurostat.ec.europa.eu/nui/show.do?query=BOOKMARK_DS-055624_QID_-39EFCEDF_UID_-3F171EB0&layout=TIME,C,X,0;GEO,L,Y,0;S_ADJ,L,Z,0;AGE,L,Z,1;UNIT,L,Z,2;SEX,L,Z,3;INDICATORS,C,Z,4;&zSelection=DS-055624AGE,TOTAL;DS-055624INDICATORS,OBBS_FLAG;DS-055624SEX,T;DS-055624S_ADJ,SA;DS-055624UNIT,PC_ACT;&rankName1=UNIT_1_2_-1_2&rankName2=AGE_1_2_-1_2&rankName3=INDICATORS_1_2_-1_2&rankName4=SEX_1_2_-1_2&rankName5=S-ADJ_1_2_-1_2&rankName6=TIME_1_0_0_0&rankName7=GEO_1_2_0_1&sortC=ASC_-1_FIRST&rStp=&cStp=&rDCh=&cDCh=&rDM=true&cDM=true&footnes=false&empty=false&wai=false&time_mode=ROLLING&time_most_recent=true&lang=EN&cfo=%23%23%23%2C%23%23%23.%23%23%23

¹⁵ Sobre una valoración de la Garantía Juvenil y de la Iniciativa de Empleo Juvenil tras los primeros años de su puesta en marcha véase la Comunicación de la Comisión sobre “La Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años”, COM/2016/0646 final, de 4 de octubre de 2016; Fernández Domínguez, Juan José, “Una valoración de la Garantía Juvenil tras los primeros años de rodaje” en Escudero Prieto, Azucena (Dir.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Madrid, Reus, 2017, pp. 11-47.

¹⁶ Nieto Rojas, Patricia, “Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, n° 3, 2018, p. 91.

principalmente su actividad contando con trabajadores autónomos¹⁷. Al respecto, el Parlamento Europeo adoptó una Resolución, de 31 de mayo de 2018, sobre la respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada¹⁸, en la que pone de manifiesto la necesidad de reducir el riesgo de precariedad de ciertos tipos de relaciones laborales y terminar con el uso abusivo de contratos de trabajo temporales.

Por su parte la OIT ya advertía en su Informe sobre “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo” sobre la previsión de un aumento del empleo vulnerable durante los años 2018 y 2019, sobre la falta de oportunidades de empleo para los jóvenes a nivel mundial y el empeoramiento de las condiciones generales de trabajo. Ante este panorama, la OIT considera necesario emprender iniciativas políticas que impulsen el empleo de calidad y la productividad en el sector de los servicios¹⁹. En definitiva, las dificultades para acceder a un empleo estable y de calidad de un lado, y el desempleo de larga duración de otro, favorece que los jóvenes terminen aceptando empleos de mala calidad y con condiciones cada vez más precarias. Si aceptamos que la *gig economy* puede ser un importante yacimiento de empleo para este colectivo, es necesario ofrecer un marco de protección adecuado y evitar así el riesgo de abusos y precariedad.

Ante el auge y expansión de un mercado desregulado y la preocupación por los conflictos crecientes de estos modelos de negocio con los trabajadores y usuarios, la Unión Europea ha abierto la puerta a la posibilidad de establecer un marco legislativo común para fijar las bases que regulen las plataformas colaborativas así como los derechos de los trabajadores y usuarios.

¹⁷ Todolí Signes, Adrián, “El trabajador en la ‘Uber economy’: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”, *Trabajo y Derecho*, n° 25, 2017, pp. 43-60.

¹⁸ <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0242+0+DOC+XML+V0//ES>

¹⁹ Organización Internacional del Trabajo, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018”, Ginebra, 4 de junio de 2018. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_631466.pdf

1.2. LA UNIÓN EUROPEA: PRIMEROS PASOS HACIA LA CONSTRUCCIÓN DE UN MERCADO DIGITAL ÚNICO

La Unión Europea se muestra decidida a apostar por la construcción de un mercado digital único. Muestra de ello es la Resolución que el Parlamento Europeo ha aprobado el 15 de junio de 2017, sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa²⁰.

1.2.1. La Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa

Con esta Resolución se pretende incentivar a los Estados para regular las plataformas colaborativas, garantizar mayor seguridad jurídica respecto de los modelos de empresa colaborativa y dotar de protección suficiente a los derechos de los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas virtuales.

El Parlamento Europeo destaca en la Resolución las bondades que la economía colaborativa puede tener para el mercado laboral pero señala, a su vez, que es necesario proteger los derechos de los trabajadores en los servicios colaborativos para evitar situaciones de precariedad. Un punto importante sobre el que volveremos más adelante es el relativo a los mecanismos de evaluación y calificación de los trabajadores de las plataformas colaborativas puesto que, tal y como observa el Parlamento Europeo, los modelos empresariales de la economía colaborativa se basan fundamentalmente en la reputación (online). Estos modelos otorgan poder a los consumidores permitiéndoles asumir un papel activo a través de la tecnología. La Resolución subraya la importancia de que estos los trabajadores puedan beneficiarse de la portabilidad de las evaluaciones y clasificaciones que reciben así como de facilitar la transferibilidad y acumulación de las evaluaciones y calificaciones en las diferentes plataformas. Todo ello bajo el cumplimiento de la normativa correspondiente a la protección de datos.

²⁰ P8_TA-PROV(2017)0271 En: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//NONSGML+TA+P8-TA-2017-0271+0+DOC+PDF+V0//ES>

En definitiva, desde la Unión Europea se insta a regular un sector desregularizado pidiendo a la Comisión Europea que facilite las directrices necesarias sobre cómo debe aplicarse el Derecho de la Unión a estos modelos de negocio con el fin de cubrir lagunas en la regulación, así como a los Estados miembros y a los interlocutores sociales a regular las plataformas colaborativas y a poner en práctica estas recomendaciones.

Tal y como señala el Parlamento Europeo en su Resolución: “la economía colaborativa ofrece nuevas oportunidades, así como vías nuevas y flexibles de acceso al empleo para todos los usuarios, en especial para los trabajadores por cuenta ajena, los desempleados y las personas que en la actualidad están excluidas del mercado laboral o que no podrían acceder a este, y podría, por lo tanto, servir como punto de entrada al mercado laboral, especialmente para los jóvenes y los grupos marginados; señala, no obstante, que, en determinadas circunstancias, este hecho puede desembocar en situaciones de precariedad”. Asimismo, el Parlamento Europeo hace especial hincapié en la necesidad de proteger los derechos de los trabajadores en los servicios colaborativos y afirma que “todos los trabajadores de la economía colaborativa son, o bien trabajadores por cuenta ajena o bien trabajadores por cuenta propia, según la primacía de los hechos, y que se les debe clasificar en consecuencia; insta a los Estados miembros y a la Comisión a que, en sus respectivos ámbitos de competencia, garanticen condiciones laborales justas y una adecuada protección jurídica y social para todos los trabajadores de la economía colaborativa, con independencia de su estatus”. En consecuencia pide a la Comisión que “publique directrices sobre cómo debe aplicarse el Derecho de la Unión a los diferentes modelos de negocio de las plataformas con el fin de colmar, si procede, las lagunas en la regulación relativa al empleo y la seguridad social”.

El 21 de diciembre de 2017, la Comisión presentó una propuesta de Directiva relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, con el fin de actualizar y derogar 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 (“Directiva sobre la obligación de informar por escrito”). El objetivo es promover un empleo que ofrezca mayor seguridad y previsibilidad,

especialmente a los trabajadores con empleos precarios, y mejorar las condiciones de trabajo de aquellos trabajadores que desarrollan su actividad en el marco de empleos no convencionales o atípicos. En concreto, se pretende mejorar el acceso de los trabajadores a la información sobre sus condiciones de trabajo, mejorar la transparencia en el mercado de trabajo y mejorar el cumplimiento de las normas relativas a las condiciones de trabajo.

1.2.2. La Directiva (UE) 2019/1152 sobre condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE: unos derechos mínimos para los trabajadores a demanda y de plataformas digitales

La Directiva (UE) 2019/1152 del Parlamento y del Consejo, de 20 de junio de 2019, relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea²¹ tiene el objetivo de mejorar las condiciones de trabajo mediante la promoción un empleo que ofrezca mayor transparencia y previsibilidad, proporcionando un conjunto básico de nuevos derechos a los trabajadores, incluyendo a aquellos que cuentan con contratos atípicos como son los trabajadores de la economía bajo demanda. Los Estados miembros disponen hasta el 1 de agosto de 2022 para adoptar las medidas que sean necesarias para dar cumplimiento a los establecido en la Directiva.

Se pone en evidencia que desde la adopción de la Directiva 91/533/CEE del Consejo²², “los mercados laborales han experimentado profundas modificaciones, inducidas por los cambios demográficos y la digitalización, que han conducido a la creación de nuevas formas de empleo. Algunas formas nuevas de empleo pueden divergir significativamente, por lo que respecta a su previsibilidad, de las relaciones laborales tradicionales, lo que genera incertidumbre respecto de los derechos y la protección social aplicables para los trabajadores afec-

²¹ DOUE de 11 de julio de 2019, L 186, pp. 105-121.

²² Se trata 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 (DOCE de 18 de octubre de 1991, L 288, pp. 32-35) que queda derogada con efectos a partir del 1 de agosto de 2022.

tados. En este entorno laboral cambiante, existe por tanto una creciente necesidad de que los trabajadores dispongan de información completa respecto de sus condiciones de trabajo esenciales, información que debe facilitarse a su debido tiempo y por escrito de una forma fácil acceso. A fin de enmarcar adecuadamente el desarrollo de nuevas formas de empleo, también deben otorgarse a los trabajadores de la Unión ciertos derechos mínimos nuevos destinados a promover la seguridad y la previsibilidad de las relaciones laborales, a la vez que a lograr una convergencia creciente entre los distintos Estados miembros y a preservar la flexibilidad del mercado laboral”²³. El objetivo es mejorar y proteger los derechos de los trabajadores con contratos atípicos o puntuales propios de la *gig economy*. Así, se establecen unos derechos mínimos para todos los trabajadores de la Unión entre los que se encuentran los trabajadores domésticos, los trabajadores a demanda, los que tienen contrato de cero horas, los trabajadores intermitentes, los trabajadores retribuidos mediante vales, los trabajadores de las plataformas digitales, los trabajadores en prácticas y los aprendices, siempre y cuando se cumplan los criterios para determinar el estatus de trabajador fijados por el TJUE en su jurisprudencia²⁴. Así, el inciso final del apartado 8 de los antecedentes de la Directiva pone de relieve que “la determinación de la existencia de una relación laboral debe guiarse por los hechos relativos al trabajo que realmente se desempeña, y no por la descripción de las partes de la relación”.

Mención especial se hace respecto de los denominados “falsos autónomos” entendidos como aquellas personas que son declaradas como trabajadoras por cuenta propia cuando en realidad se cumplen las condiciones propias de una relación laboral. Se pone en evidencia el uso abusivo de la condición de trabajador por cuenta propia como

²³ Considerando 4 de la Directiva 2019/1152.

²⁴ Se citan en la propia Directiva las sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea de 3 de julio de 1986, Deborah Lawrie-Blum/Land Baden-Württemberg, C-66/85, ECLI:EU:C:1986:284; de 14 de octubre de 2010, Union Syndicale Solidaires Isère/Premier ministre y otros, C-428/09, ECLI:EU:C:2010:612; de 9 de julio de 2015, Ender Balkaya/Kiesel Abbruch- und Recycling Technik GmbH, C-229/14, ECLI:EU:C:2015:455; de 4 de diciembre de 2014, FNV Kunsten Informatie en Media/Staat der Nederlanden, C-413/13, ECLI:EU:C:2014:2411; y de 17 de noviembre de 2016, Betriebsrat der Ruhrländklinik gGmbH/Ruhrlandklinik gGmbH, C-216/15, ECLI:EU:C:2016:883.

forma de trabajo falsamente declarado y se recuerda, una vez más, que la determinación de la existencia de una relación laboral se guía por los hechos relativos al trabajo desempeñado y no por la descripción que hagan las partes de la relación. Así, estos trabajadores entran también en el ámbito de aplicación de la Directiva. Tal y como pone de manifiesto el antecedente 8 de la citada Directiva según el cual “los trabajadores que realmente sean por cuenta propia no deben incluirse en el ámbito de aplicación de la presente Directiva ya que no cumplen estos criterios. El abuso de la condición de trabajador por cuenta propia conforme lo define la legislación nacional, ya sea a escala nacional o en situaciones transfronterizas, es una forma de trabajo falsamente declarado que se asocia a menudo con el trabajo no declarado. El falso trabajo por cuenta propia se produce cuando una persona es declarada como trabajador por cuenta propia aun cuando se cumplen las condiciones propias de una relación laboral, con el fin de evitar determinadas obligaciones jurídicas o fiscales. Estos trabajadores deben entrar en el ámbito de aplicación de la presente Directiva”.

Veamos a continuación las principales previsiones de la nueva Directiva encaminadas a desarrollar los principios nº 5 sobre “empleo seguro y adaptable”²⁵ y nº 7 sobre “información sobre las condiciones de trabajo y la protección en caso de despido”²⁶ del PEDS.

²⁵ El principio nº 5 del PEDS dispone que “a. Con independencia del tipo y la duración de la relación laboral, los trabajadores tienen derecho a un trato justo y equitativo en materia de condiciones de trabajo y el acceso a la protección social y a la formación. Deberá fomentarse la transición hacia formas de empleo por tiempo indefinido. b. De conformidad con la legislación y los convenios colectivos, deberá garantizarse la flexibilidad necesaria para que los empresarios puedan adaptarse con rapidez a los cambios en el contexto económico. c. Deberán promoverse formas innovadoras de trabajo que garanticen condiciones de trabajo de calidad. Deberán fomentarse el espíritu empresarial y el trabajo por cuenta propia y facilitarse la movilidad profesional. d. Deberán mejorarse las relaciones laborales que den lugar a unas condiciones de trabajo precarias, en particular prohibiendo la utilización abusiva de contratos atípicos. Los períodos de prueba deben tener una duración razonable”.

²⁶ El principio nº 7 del PEDS establece que “a. Los trabajadores tienen derecho a ser informados por escrito al comienzo del empleo sobre sus derechos y obligaciones derivados de la relación laboral, incluso en período de prueba. b. Antes de proceder a un despido, los trabajadores tienen derecho a ser informados de los motivos de este y a que se les conceda un plazo razonable de preaviso. Tienen derecho a acceder a una resolución de litigios efectiva e imparcial y, en caso de

1.2.2.1. *En relación a la información sobre la relación laboral*

La Directiva dispone que los Estados miembros deberán de garantizar que los empleadores informen por escrito y a cada trabajador sobre los elementos esenciales de su relación laboral y concretamente sobre: la identidad de las partes de la relación laboral; el lugar de trabajo; el cargo, el grado y la naturaleza o categoría del trabajo para el que se ha empleado al trabajador, la fecha de comienzo de la relación laboral; en caso de que se trate de una relación laboral de duración determinada: la fecha de finalización o la duración prevista; en el caso de los trabajadores cedidos por empresas de trabajo temporal, la identidad de las empresas usuarias, en su caso, la duración y las condiciones del período de prueba; de haberlo, el derecho a formación proporcionada por el empleador; la cantidad de vacaciones remuneradas a las que el trabajador tenga derecho; el procedimiento a seguir en caso de terminación de la relación laboral; la remuneración; el calendario de trabajo; el tiempo de trabajo; el convenio colectivo aplicable; la identidad de las instituciones de seguridad social que reciben las cotizaciones sociales derivadas de la relación laboral, así como cualquier protección en materia de seguridad social ofrecida por el empleador. Asimismo, el empleador deberá informar al trabajador de cualquier modificación de la relación laboral, salvo que los cambios sean fruto de una modificación de las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o de los convenios colectivos²⁷.

Además, los Estados miembros podrán elaborar plantillas y modelos de documentos en los que conste dicha información sobre la relación laboral poniéndolos a disposición de trabajadores y empleadores, a través de en un sitio web oficial a escala nacional o por otros medios adecuados. Asimismo, la información relativa a las disposiciones legales, reglamentarias, administrativas o estatutarias o a los convenios colectivos que deben comunicar los empleadores debe de estar disponible de manera generalizada, gratuita, clara, transparente, exhaustiva y fácilmente accesible a distancia y por medios electrónicos²⁸.

despido injustificado, tienen derecho a reparación, incluida una indemnización adecuada”.

²⁷ Artículos 4 y 6 de la Directiva (UE) 2019/1152.

²⁸ Artículo 5 de la Directiva (UE) 2019/1152.

Finalmente, se recoge la información adicional que ha de proporcionarse a los trabajadores enviados a otro Estado miembro o a un tercer país. Como mínimo dicha la información debe referirse al país o países en los que debe llevarse a cabo el trabajo, la duración prevista, la divisa para el pago de la retribución, las prestaciones en metálico o en especie en su caso, e información sobre la repatriación del trabajador y sus condiciones en caso de estar prevista²⁹.

1.2.2.2. Sobre los requisitos mínimos relacionados con las condiciones de trabajo

En primer lugar, se contempla en la Directiva que la duración de los períodos de prueba ha de ser razonable y, en consecuencia, que no excedan de seis meses. Excepcionalmente, se podrá pactar una duración mayor en los casos en los que esté justificado por la naturaleza del empleo o sea en interés del trabajador.

También se establece respecto del empleo paralelo, que ningún empleador prohíba a un trabajador aceptar otros trabajos fuera del calendario de trabajo establecido con dicho empleador o que someta a un trato desfavorable a un trabajador por ese motivo. No obstante, los Estados miembros pueden establecer las condiciones para la utilización de restricciones por incompatibilidad por parte de los empleadores fundamentadas en causas objetivas como la salud, la seguridad, la integridad del servicio público, la protección de la confidencialidad empresarial o la prevención de posibles conflictos de intereses.

Aquellos trabajadores con un patrón de trabajo total o mayoritariamente imprevisible, deben disponer de un mínimo de previsibilidad si el calendario de trabajo está determinado por el empleador bien de manera directa, mediante la asignación de tareas, o bien de manera indirecta mediante la obligación del trabajador de atender las solicitudes de los clientes. En este mismo sentido, se establece que desde el inicio de la relación laboral, se debe de fijar por escrito los días y horas de referencia que deben ser considerados como tramos horarios en los que el empleador puede solicitar los servicios del trabajador. Además, los trabajadores deben tener la posibilidad de rechazar una

²⁹ Artículo 7 de la Directiva (UE) 2019/1152.

tarea que haya sido asignada fuera de los tramos horarios de referencia o si no se les ha notificado dentro de un plazo mínimo preaviso mínimo establecido, sin que ello tenga consecuencias desfavorables. Es más, la Directiva contempla que se debe fomentar una transición a otras formas de empleo que ofrezcan mayor previsibilidad y seguridad, ofreciendo contratos de trabajo a tiempo completo o indefinido en los casos en los que sea posible.

Por otro lado, se contemplan una serie de medidas complementarias para los contratos a demanda o similares, incluidos los contratos de cero horas, especialmente imprevisibles para los trabajadores, con el fin de evitar prácticas abusivas. Así, los Estados miembros adoptaran medidas como limitaciones en el uso y duración de estos contratos o una presunción refutable de la existencia de un contrato de trabajo con un mínimo de horas retribuidas sobre la base de la media de las horas trabajadas durante un periodo de referencia anterior.

Finalmente, la Directiva establece que los Estados miembros que así lo contemplen, han de velar por que el empleador proporcione la formación necesaria al trabajador, de manera gratuita y computándose como tiempo de trabajo.

Las intervenciones de la UE, tanto con la Agenda europea sobre la economía colaborativa como con la Directiva (UE) 2019/1152, son una muestra de la trascendencia que ya ha adquirido la economía colaborativa y los retos que supone para el Derecho del Trabajo. Resulta lógica la preocupación del legislador europeo, como pone de manifiesto García Quiñones, “por tratar de reconducir semejante fenómeno de dimensión global e importancia creciente dentro de los márgenes del Derecho del Trabajo, consciente de que no puede permanecer impasible dejando que dicha realidad se desarrolle cómodamente y sin límites al margen de la regulación laboral, con la dificultad añadida que supone tener que enfrentarse a semejante reto desde una perspectiva global”³⁰.

³⁰ García Quiñones, Juan Carlos, “Economía colaborativa y derecho del trabajo: dos realidades obligadas a entenderse en un contexto de difícil convivencia” en: Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, La Ley Wolters Kluwer, 2018, pp. 117-118.

Capítulo II

El trabajo a través de plataformas digitales

2.1. EL FENÓMENO IMPARABLE DE LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS Y SU IMPACTO EN EL TRABAJO

La revolución de las plataformas está conquistando una serie de sectores tradicionales como el transporte, el alojamiento, la restauración o la prestación de servicios domésticos.

Con la expresión “economía de las plataformas” se hace referencia a modelos de negocio en los que las empresas a través de una plataforma digital organizan la prestación de un servicio. En este sentido no estaríamos propiamente en un contexto de “economía colaborativa” puesto que de acuerdo con la definición que ofrece la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “este modelo de consumo se basa en el intercambio entre particulares de bienes y servicios que permanecían ociosos o infrautilizados a cambio de una compensación pactada entre las partes. Algunos ejemplos de intercambios colaborativos podrían ser la oferta de plazas libres del coche en un viaje que se tiene pensado hacer, el domicilio que queda vacío durante las vacaciones, la prestación de una herramienta que se utilizan una o dos veces tras su compra, etc”³¹.

Estos intercambios colaborativos presentan, por lo tanto, dos características principales: en primer lugar, que el intercambio de bienes y servicios se produzca entre particulares, y en segundo lugar, que se trate de bienes o servicios ociosos o infrautilizados. En este sentido, cuando nos referimos a empresas que a través de plataformas (*webs* o *apps*) ofrecen u organizan la prestación de servicios, estamos más bien

³¹ CNMC, “Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación”, noviembre de 2014, en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas/economia-colaborativa>

ante un modelo de economía bajo demanda o, directamente, de trabajo a través de plataformas digitales pues en este caso el intercambio conlleva el ejercicio de una actividad profesional y además los bienes o servicios son creados con el fin de ser ofrecidos en el mercado.

Para De Stefano, las formas de trabajo en la “*gig economy*”³² incluyen el “trabajo colaborativo” (*crowdwork*) y el “trabajo bajo demanda a través de aplicaciones” (*work on demand via apps*), en virtud del cual la demanda y la oferta de actividades laborales coinciden en línea o mediante aplicaciones móviles³³. Según De Stefano, el primero se refiere a un trabajo que se realiza a través de plataformas digitales que ponen en contacto a organizaciones, empresas e individuos a través de Internet, lo que potencialmente permite conectar clientes y trabajadores de manera global. La naturaleza de las tareas realizadas en las plataformas de trabajo colectivo pueden variar aunque con frecuencia implican microtareas (*microtasks*) que se corresponden con actividades extremadamente parceladas, a menudo monótonas, que se pueden realizar de forma remota a través de internet. Por su parte, el “trabajo bajo demanda a través de aplicaciones”, hace referencia a trabajos relacionados con actividades laborales tradicionales (como el transporte o el reparto de productos) que se ofrecen y se asignan a través de aplicaciones móviles. Las empresas que ejecutan estas aplicaciones normalmente intervienen en la configuración de los estándares mínimos de calidad de servicio y en la selección y gestión de quién realiza finalmente la prestación. Las aplicaciones se usan en definitiva para conectar la demanda (los solicitantes de la prestación) con los trabajadores que prestan los servicios que generalmente se realizan de manera local.

Estas formas de trabajo presentan diferencias entre sí, la más evidente para De Stefano es que el primero se ejecuta principalmente en línea y permite a la plataforma, clientes y trabajadores operar en cual-

³² El término “*gig*” proviene del mundo de la música para hacer referencia a actuaciones breves o “bolos”. En el ámbito laboral el concepto se utiliza para hacer referencia a trabajos esporádicos, de corta duración, para realizar una tarea o encargo concreto.

³³ De Stefano, Valerio, “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig-economy’”, *Conditions of Work and Employment Series*, n° 71, OIT, Ginebra, 2016, pp. 2-3.

quier parte del mundo, mientras que en el segundo solo coincide en línea oferta y demanda de prestaciones que se ejecutan localmente³⁴.

Por su parte, Beltrán de Heredia Ruiz distingue tres elementos centrales en la economía de las plataformas: “primero, la digitalización (y consiguiente desmaterialización) del ofertante de los bienes o servicios; segundo, la capacidad tecnológica de poner en contacto con inmediatez al demandante de un bien o servicio y un colectivo potencial de ofertantes; y, tercero, la delegación de decisiones empresariales a programas informáticos que, dotados de enormes capacidades, pueden realizar razonamientos programados de rendimiento y calidad de servicio y de ejecutar estas decisiones en la plataforma, con consecuencias contractuales para la plataforma, el prestador y el receptor”³⁵.

En general, el modelo que estas empresas digitales presentan cuenta con tres partes: el cliente o solicitante, la plataforma que actúa como intermediario y los trabajadores que prestan los servicios. En definitiva, la también denominada *uber economy* “se basa en plataformas virtuales, páginas *webs* o *apps*, cuyo objetivo declarado es el contacto directo entre clientes y prestadores de servicios, calificados como trabajadores autónomos. Los profesionales reciben de la empresa una contraprestación por los servicios realizados, de la cual se descuenta un porcentaje por gastos de gestión de la misma, mediante transferencia de la empresa, generalmente efectuada dos veces al mes. Dicho abono solo se realiza cuando la prestación de servicios se ha concluido de manera satisfactoria para el cliente. Los profesionales pueden aceptar o rechazar la solicitud de encargo. (...) De este modo, concretan contractualmente, en particular, el precio máximo de la prestación, a veces un ‘mínimo garantizado’ o los incentivos a la productividad, la obligación de respeto de las ‘normas de calidad’, la aceptación del colaborador para ser vigilado y geolocalizado durante

³⁴ Id., pp. 2-6.

³⁵ Beltran de Heredia Ruiz, Ignasi, “Economía de las plataformas (platforms economy) y contrato de trabajo”, en: https://www.academia.edu/35855236/BELTRAN_I._2019_.Econom%C3%ADa_de_las_plataformas_platform_economy_y_contrato_de_trabajo_.En_XXIX_Jornades_Catalanes_de_Dret_Social._Noves_Tecnologies_i_relacions_laborals_.DOC_5._CGPJ_CEJFE_y_ACI_p._4_-_110_

su prestación, las hipótesis y modalidades de sanción del prestador-colaborador, por lo que, de hecho, aunque excluyen a menudo contractualmente toda relación laboral, las plataformas en cuestión tienden a comportarse como empresarios”³⁶.

Este tipo de prestaciones de servicios se caracterizan por ser, en palabras de Suárez Corujo “actividades marcadas por rasgos como una flexibilidad exacerbada, una intensa individualización del vínculo del prestador de servicios con la plataforma virtual o unas borrosas fronteras de la plataforma como posible empleador”³⁷. Puesto que se espera una expansión del trabajo digital a nuevos sectores³⁸, su análisis y regulación se hace cada vez más urgente. A pesar del potencial de las plataformas profesionales para crear oportunidades de empleo, surgen importantes dudas relacionadas con su regulación y con la calidad de estos empleos. La característica común de estas empresas que actúan a través de plataformas es el fomento del trabajo independiente, es decir, que aquellos que prestan el servicio son contratados como trabajadores autónomos que no tienen derechos laborales amparándose en la supuesta libertad y flexibilidad que tiene el trabajador para elegir su jornada, su horario e incluso el modo de ejecución del trabajo³⁹. Aunque en algunos supuestos estos trabajadores pueden ser efectivamente, por las características de la prestación, trabajadores

³⁶ Sagardoy de Simón, Íñigo; Núñez-Cortés Contreras, Pilar, “Economía colaborativa y relación laboral: ¿un binomio conflictivo?”, *Cuadernos de pensamiento político*, n° 53, 2017, pp. 95-96.

³⁷ Suárez Corujo, Borja, “Uberización de la economía y relaciones laborales”, en: <https://economistasfrentelacrisis.com/uberizacion-de-la-economia-y-relaciones-laborales/>

³⁸ Este modelo de negocio puede adaptarse prácticamente a cualquier tipo de servicio. Así las plataformas están proliferando de manera exponencial en distintos servicios como los de reparto a domicilio, el transporte, la traducción, la formación, la lavandería, las reparaciones y mantenimiento del hogar, los cuidados, etc.

³⁹ Todolí Signes, Adrián, “Prólogo” en: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Todolí Signes, Adrián, y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 28. Para acceder al trabajo que ofrecen estas plataformas, los trabajadores tienen que aceptar las condiciones que marca la propia plataforma sin margen de negociación. Además, a menudo en los contratos se estipula claramente que el trabajador es independiente y que la plataforma está exenta de cubrir ninguna protección o prestación propia de los trabajadores por cuenta ajena. Véase De Stefano, Valerio, “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection

por cuenta propia, en otros casos pueden haber sido incorrectamente catalogados para evitar afrontar costes (como la cotización al Régimen General de la Seguridad Social) y obligaciones propias de la legislación laboral⁴⁰. De este hecho derivan importantes riesgos que conducen a generar una situación de precariedad principalmente debido a la inestabilidad profesional, unos ingresos insuficientes, un control estricto por parte de la plataforma dando especial importancia a la reputación online y a los sistemas de geolocalización constante, un uso del poder disciplinario a través de la desactivación (temporal o definitiva) de la plataforma así como un complicado escenario para la acción colectiva o sindical⁴¹.

Así, ante el surgimiento y expansión de este modelo de negocio, surgen serias dudas sobre estas fórmulas de prestación de servicios no conceptualizadas. Si como plantea Todolí Signes, “este nuevo modelo ha nacido para sustituir al viejo (...), el Derecho del trabajo puede quedarse sin sujeto que proteger y los trabajadores sin legislación alguna que les proteja”⁴². En consecuencia, parece necesario establecer nuevos elementos o indicios⁴³ para definir esas relaciones de trabajo

in the ‘gig-economy’”, *Conditions of Work and Employment Series*, nº 71, OIT, Ginebra, 2016.

⁴⁰ Rogers, Brishen, “Employment rights in the platform economy: Getting back to basics”, *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, nº. 2, 2016, pp. 479-519.

⁴¹ Tal y como pone de manifiesto Gina Argemir: “Para los sindicatos, una economía de plataformas desregulada supone un avance del proceso de individualización en el ámbito del trabajo, un avance de la alienación y la des-socialización y un desplazamiento de los trabajadores de la ‘zona de vigilancia sindical’”. Véase: Argemir, Gina, “La posición de los sindicatos ante el trabajo a través de plataformas virtuales” en: *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Todolí Signes, Adrián, y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), Cizur Menor: Aranzadi, 2018, p. 635. Cuestión también puesta de manifiesto por Emanuele Dagnino en “Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy”, *Revista Derecho Social y Empresa*, nº 6, 2016, pp. 8 y ss.

⁴² Todolí Signes, Adrián, “Prólogo” en: *Trabajo en Plataformas...*, *Ob. cit.*, p. 29.

⁴³ Todolí Signes plantea que es necesario buscar “nuevos indicios de laboralidad” que se adapten al nuevo modelo de organización de las empresas de la *gig economy* para identificar aquellos sujetos que necesitan protección. En su obra titulada “El trabajo en la era de la economía colaborativa”, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, el autor propone 18 nuevos indicios de laboralidad derivados de la digitalización que pueden entenderse como manifestaciones de las dos carac-

y ofrecer los mecanismos de protección que sean necesarios. En este último aspecto, como veremos a continuación, Francia ha tomado la iniciativa legislando sobre esta compleja materia adoptando una serie de medidas destinadas a reconocer específicamente determinados derechos a “los trabajadores que prestan servicios a través de plataformas digitales”.

2.2. LA INICIATIVA FRANCESA DE REGULACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS TRABAJADORES QUE PRESTAN SUS SERVICIOS A TRAVÉS DE PLATAFORMAS VIRTUALES

La denominada “Loi Travail” o “Loi El Khomri” de 8 de agosto de 2016 o formalmente *Loi n° 2016/1088 relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels*⁴⁴ (Ley relativa al trabajo, a la modernización del diálogo social y a la protección de las trayectorias profesionales), en vigor desde el 1 de enero de 2017, establece un conjunto de medidas destinadas a operar una importante reforma del mercado de trabajo. De entre las principales novedades cabe destacar lo previsto en el artículo 60 de la Ley pues establece la introducción de un nuevo Capítulo en el Code du Travail (Chapitre II Responsabilité sociales des plateformes, art. L 7342.1 a L 7342. 6) dirigido específicamente a una categoría de trabajadores en especial: los trabajadores independientes o autónomos (*travailleurs indépendants*) que prestan sus servicios a través de plataformas que conectan por vía electrónica a los prestadores de servicios y a los destinatarios.

terísticas distintivas de la relación laboral: la ajenidad y la dependencia. Entre los indicios propuestos cabe destacar: los sistemas de reputación online (valoración de los clientes) para controlar el trabajo, la propiedad y control de la información (el propietario de los datos será el empresario), la posibilidad o no de desarrollo empresarial, el know-how (quién aporta el conocimiento y saber hacer fundamental del negocio), la ajenidad en la marca (la propietaria de la marca es la empresa) y finalmente, la identificación del propietario del verdadero medio de producción.

⁴⁴ JORF, n° 0184, 9 de agosto de 2016. En: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=id>

2.2.1. **Ámbito de aplicación de la reforma: el reconocimiento de un estatuto para los trabajadores de las plataformas colaborativas**

Si bien la Ley francesa se refiere a aquellas plataformas que determinan las características y el precio de la prestación o del bien, sin duda, las novedades previstas son una muestra evidente de la creciente importancia que está adquiriendo este tipo de actividad profesional. La *Loi Travail* ha reconocido expresamente un estatuto y unos derechos básicos para los trabajadores de las plataformas colaborativas, objeto de desarrollo mediante un posterior decreto de aplicación de 4 de mayo de 2017, el *Décret n° 2017-774 relatif à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique*⁴⁵, en vigor desde el 1 de enero de 2018. Asimismo, cabe también destacar la circular interministerial de 8 de junio de 2017 que viene a completar el mencionado decreto. El decreto y la circular tienen como objeto determinar las condiciones de aplicación de la responsabilidad social de las plataformas colaborativas. Así, va dirigido a aquellas plataformas que conectan por vía electrónica con el fin de vender un bien, prestar un servicio o intercambiar o compartir un bien o un servicio, a los trabajadores independientes que prestan sus servicios a través de dichas plataformas.

2.2.2. **El establecimiento de un principio de responsabilidad social de las plataformas**

Lo novedoso es que la Ley establece un principio de “responsabilidad social de las plataformas” respecto de sus trabajadores cuando la plataforma fija las características de la prestación del servicio o del bien vendido así como su precio. En concreto, se establece que la plataforma asumirá los costes de cobertura pero únicamente frente a accidentes de trabajo de sus trabajadores independientes y contribuirá a la formación profesional continua del trabajador. De este modo, cuando una plataforma determina las características de la prestación

⁴⁵ Décret n° 2017-774, de 4 de mayo de 2017 relatif à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique, JORF n° 0107, de 6 de mayo de 2017.

del servicio o del bien vendido y fija su precio, tiene una responsabilidad social respecto de los trabajadores independientes que prestan sus servicios a través de las mismas. El decreto precisa las modalidades de implantación de esta responsabilidad social fijando, esencialmente, las condiciones de cotización por accidente de trabajo de los trabajadores independientes. Así, el decreto precisa que las plataformas deben hacerse cargo de las contribuciones por accidente de trabajo con la condición de que el trabajador independiente realice un volumen de facturación sobre la plataforma igual o superior al 13% del “techo anual de la Seguridad Social” (*Plafond annuel de la Sécurité Sociale*) (41.136 euros en 2020)⁴⁶. Si el volumen de facturación del trabajador es inferior a esa cantidad, la plataforma no tendrá ninguna obligación al respecto.

El decreto también establece que, cuando el trabajador independiente interviene en varias plataformas, las contribuciones se asumirán por parte de las plataformas en proporción al volumen de facturación que el trabajador haya realizado en cada caso, considerando el total de facturación que logró durante el año a través de las plataformas.

Finalmente, se especifica que los trabajadores independientes, para obtener el reembolso de las contribuciones, deben hacer una solicitud a la plataforma y esta última tiene la obligación de informar a todos sus trabajadores independientes que tal solicitud puede realizarse. La solicitud ha de poder hacerse online y de forma gratuita.

2.2.3. El reconocimiento expreso de derechos de afiliación y constitución de organizaciones sindicales para la defensa de sus intereses colectivos

Por otro lado, se reconoce el derecho de los trabajadores independientes a concertar colectivamente la interrupción de la prestación con el fin de defender sus intereses profesionales sin que tal acción pueda conllevar su responsabilidad contractual, ni la ruptura del con-

⁴⁶ El “techo de la Seguridad Social” es la cantidad máxima de remuneración o ganancias que se tienen en cuenta para el cálculo de ciertas cotizaciones en Francia. La cifra correspondiente al año 2020 puede encontrarse en: <https://www.urssaf.fr/portail/home/taux-et-baremes/plafonds.html>.

trato con la plataforma, ni penalización alguna (art. L 7342.5 del Code du travail).

Finalmente, se reconoce también a esta categoría de trabajadores los derechos de afiliación y constitución de organizaciones sindicales para la defensa de sus intereses colectivos (art. L 7342.6 del Code du travail).

2.3. HACIA “NUEVOS INDICIOS DE LABORALIDAD”⁴⁷ EN LA ECONOMÍA DE LAS PLATAFORMAS: ¿COMBATIR LAS ZONAS GRISAS?

La revolución digital está afectando, como hemos observado, en la creación de un nuevo perfil de trabajadores que demandan las empresas. Por un lado, nos encontramos con puestos cualificados y bien remunerados y, por otro lado, cada vez surgen más trabajadores que prestan sus servicios en condiciones precarias y desprotegidas. Además, la figura del autónomo crece en este nuevo marco laboral y, en consecuencia, parece que nos dirigimos hacia un modelo en el que cada vez será más habitual trabajar por cuenta propia. Ejemplo paradigmático es el de los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales. Conocidos casos de empresas como *Uber* o *Deliveroo* nos obligan a revisar el modelo en cuestión y valorar la situación intermedia que estos trabajadores ocupan entre el empleo autónomo y el asalariado.

2.3.1. A propósito del caso Uber: paradigma de la “uberización” de las relaciones laborales

La calificación jurídica de la relación de los trabajadores de la *gig economy* con las plataformas es objeto de controversia en la doctrina laboralista. Especialmente, el caso de los conductores de Uber puede resultar paradigmático por ser una empresa representativa de la economía de las plataformas.

⁴⁷ Expresión empleada por Todolí Signes en *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.

Uber Technologies Inc⁴⁸. es una empresa estadounidense con sede en San Francisco (California) que proporciona vehículos de transporte con conductor (VTC) a través de una plataforma virtual (vía app). Concretamente, conecta a clientes con conductores de vehículos registrados en su servicio. Uber se ha convertido en la principal empresa proveedora de servicios de transporte a particulares que actúa a través de plataforma (como Cabify, Lyft o Sidecar).

El servicio y funcionamiento a través de la aplicación Uber funciona de la siguiente manera. La plataforma “permite, a través de un teléfono inteligente provisto de la aplicación Uber, solicitar un servicio de transporte urbano en las ciudades en las que está presente. La aplicación reconoce la localización del usuario y encuentra los conductores disponibles que se hallan cerca. Cuando un conductor acepta la carrera, la aplicación informa al usuario, mostrándole el perfil del conductor y una estimación del precio del trayecto hacia el destino indicado por el usuario. Una vez efectuada la carrera, su importe se deduce automáticamente de la tarjeta de crédito del usuario, cuyos datos está obligado a proporcionar al registrarse en la aplicación. Dicha aplicación contiene también una funcionalidad de evaluación, mediante la que los conductores pueden evaluar a los pasajeros y viceversa. Una media de puntuación por debajo de un determinado umbral puede entrañar la expulsión de la plataforma. Los servicios de transporte propuestos por la plataforma Uber se presentan agrupados en diversas categorías, en función de la calidad de los conductores y del tipo de vehículo. (...) El operador de la plataforma establece la tarificación sobre la base de la distancia y de la duración del trayecto. Dicha tarificación varía según el volumen de la demanda en un momento concreto, de modo que en períodos de fuerte afluencia el precio del trayecto puede multiplicar varias veces el de base. La aplicación calcula el precio de la carrera; el operador de la plataforma lo deduce automáticamente, retiene una parte, normalmente compren-

⁴⁸ <https://investor.uber.com/home/default.aspx> Uber es el nombre de una plataforma digital desarrollada por Uber Technologies Inc., sociedad con domicilio en San Francisco (Estados Unidos). Uber BV, sociedad de Derecho neerlandés filial de la sociedad Uber Technologies, gestiona dicha plataforma en la UE.

da entre el 20 y el 25%, en concepto de comisión y abona el resto al conductor”⁴⁹.

En torno a este modelo de negocio surgen dos conflictos principales: el primero sobre la naturaleza de su actividad (es una empresa de transporte o de tecnología para la intermediación de viajeros) y el segundo, sobre la calificación de la relación de los conductores con la plataforma. En nuestro país, es conocida la batalla legal iniciada contra Uber por el sector del taxi.

La mercantil Uber Systems Spain S.L, filial española de Uber, comienza su actividad en nuestro país en el año 2014 en Barcelona, bajo la denominación UberPOP⁵⁰. A través de la aplicación se ofrecían servicios de transporte de pasajeros realizados por conductores con vehículos propios sin licencia administrativa y con una tarifa mínima de tres euros por trayecto. La empresa sostiene que actúa como mero intermediario entre los viajeros y los conductores. El sector del taxi, entendiendo que dicha actividad suponía manifiesta competencia desleal, no tardó en reaccionar presentando denuncia ante la Inspección de Trabajo y Seguridad Social de Barcelona el 20 de octubre de 2014 frente a Uber Systems Spain S.L. y frente a los conductores que prestan sus servicios de transporte de viajeros para la mercantil Uber

⁴⁹ Tal y como lo describe el Abogado General del TJUE, Maciej Szpunar, en sus conclusiones presentadas el 11 de mayo de 2017 sobre el asunto Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L., (C-434/15), Parágrafos 13 a 15, accesible en: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=190593&doclang=ES>

⁵⁰ Uber empezó como un servicio de vehículos de alta gama (Uber, actualmente Uber Black), posteriormente se añadieron servicios de transporte realizados por conductores profesionales con VTC (UberX) y finalmente lanzó UberPOP, con conductores particulares no profesionales, para competir directamente con las plataformas Lyft y SideCar. En algunas ciudades se ofrecen todos los servicios y en otras únicamente se ha implantado UberPOP. En: <https://www.consumo-colaborativo.com/2014/04/14/primicia-uberpop-se-lanza-en-barcelona/> Recientemente, Uber ha lanzado en España una nueva plataforma para empresas denominada Uber Central. La finalidad es facilitar que las empresas puedan varios viajes de manera simultánea. En: <https://www.businessinsider.es/uber-lanza-nueva-plataforma-uber-central-empresas-511341> Finalmente, en la ciudad de Madrid, Uber ha introducido en su aplicación la posibilidad de ofrecer taxis y VTC a través de su plataforma. Se trata de un servicio novedoso que pretende incluir el servicio del taxi a la plataforma Uber. Véase al respecto: <https://www.20minutos.es/noticia/4070396/0/pedir-taxi-a-traves-de-uber-madrid/>

Systems Spain S.L. Las tres organizaciones representativas del sector del taxi consideran que Uber “opera en el tráfico mercantil en lo que es claramente una actividad económica regulada y sujeta a tributación y en su caso a alta y cotización de los trabajadores en el RGSS o subsidiariamente en el RETA”⁵¹.

Tras el escrito presentado, la Inspección de Trabajo de Cataluña emitió un informe el 9 de marzo de 2015⁵², concluyendo que la relación jurídica entre los conductores y Uber debe ser calificada como laboral y no como arrendamiento de servicios ya que concurren los elementos de dependencia y ajenidad propios del contrato de trabajo. No obstante, la Inspección antes de imponer las sanciones correspondientes, se mantiene a la espera de que los Tribunales se pronuncien sobre la legalidad de la actividad ofrecida por la plataforma. Los principales argumentos de la Inspección de Trabajo se exponen a continuación.

A la hora de apreciar la dependencia, se considera relevante que el trabajo de los conductores forma parte esencial del tráfico mercantil de la empresa. Además, los conductores carecen de cualquier tipo de organización empresarial. Es la empresa la que transmite instrucciones (como la zona determinada en la que se presta el servicio, las rutas a realizar etc.) y fija una serie de incentivos. A pesar de que los conductores disfrutan de flexibilidad de horario, están sujetos a un sistema de productividad fijado por la propia empresa, estableciendo todo caso la necesidad de alcanzar una prestación de servicios mínima. Asimismo, el control constante de la prestación por la plataforma a través de las valoraciones de los clientes con la consecuente desconexión del sistema en caso de valoraciones negativas resulta también determinante.

En cuanto a la ajenidad, se aprecia en el hecho de que la empresa haya provisto a sus conductores de móviles con la aplicación Uber-Pop, considerando en consecuencia que el auténtico medio de producción es la app y no los vehículos. Por otra parte, la empresa fija el precio del servicio, los clientes pagan directamente a Uber a través

⁵¹ Tal y como se indica en la denuncia que puede verse en: <http://www.stac.cat/wp-content/uploads/2014/10/Denuncia-contra-UBER.pdf>

⁵² Núm. de expediente 8/0025767/14

de la plataforma y finalmente, los conductores reciben de Uber una contraprestación por el servicio realizado.

En definitiva, la Inspección sostiene en su informe la existencia de relación laboral al constatar la concurrencia de los rasgos clásicos de laboralidad (trabajo voluntario, dependiente, por cuenta ajena y remunerado).

Ante esta situación, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona decidió plantear una cuestión prejudicial ante el Tribunal de Justicia de la UE en el procedimiento entre Asociación Profesional Élite Taxi y Uber Systems Spain S.L. Se trata del asunto C-434/15, resuelto mediante sentencia del TJUE (Gran Sala) de 20 de diciembre de 2017.

El origen del asunto se encuentra en una demanda que interpuso la organización Élite Taxi en la que solicitaba que se declarase que las actividades de Uber vulneraban la normativa española en materia de competencia y constituían actos de competencia desleal. Así, correspondía determinar si los servicios prestados por Uber deben considerarse servicios de transporte, servicios propios de la sociedad de la información o una combinación de ambos. De la calificación que resulte, dependerá la posibilidad de imponer a Uber la obligación de disponer de una autorización administrativa previa.

Para resolver dicha cuestión, el TJUE considera que Uber “no se limita a un servicio de intermediación consistente en conectar, mediante una aplicación para teléfonos inteligentes, a un conductor no profesional que utiliza su propio vehículo con una persona que desea realizar un desplazamiento urbano” (lo que sería propio de un servicio de la sociedad de la información). Sino que “resulta que el servicio de intermediación de Uber se basa en la selección de conductores no profesionales que utilizan su propio vehículo, a los que esta sociedad proporciona una aplicación sin la cual, por un lado, estos conductores no estarían en condiciones de prestar servicios de transporte y, por otro, las personas que desean realizar un desplazamiento urbano no podrían recurrir a los servicios de los mencionados conductores. 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”⁵³. Tal y como señala en sus conclusiones el Abogado General del TJUE en este asunto, “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”⁵⁴. No obstante atenúa su posición aclarando que dichas observaciones no implican que los conductores de Uber deban necesariamente ser considerados trabajadores de la plataforma. Añade que “esta sociedad puede perfectamente realizar sus prestaciones recurriendo a trabajadores autónomos, que actúen en su nombre en calidad de subcontratistas. La polémica relativa al estatuto de los conductores frente a Uber, que ya ha dado lugar a resoluciones judiciales en varios Estados miembros, es completamente ajena a las cuestiones jurídicas que nos preocupan en el presente asunto”⁵⁵.

Finalmente, el TJUE resuelve que el servicio prestado por Uber responde a la calificación de “servicio en el ámbito de los transportes”. En definitiva, la actividad de Uber no está regulada por el principio de libre prestación de servicios en el marco de los “servicios de la sociedad de la información” y, en consecuencia, está sometida a las condiciones exigidas a los transportistas no residentes para poder prestar servicios de transportes en un Estado miembro (en el presente caso, disponer de las correspondientes licencias y autorizaciones establecidas en el Reglamento Metropolitano del Taxi de Barcelona).

⁵³ Apartados 33 y ss. de la sentencia del TJUE de 20 de diciembre de 2017 (C-434/15).

⁵⁴ Conclusiones del Abogado General del TJUE, Maciej Szpunar, presentadas el 11 de mayo de 2017 sobre el asunto Asociación Profesional Élite Taxi contra Uber Systems Spain, S.L., (C-434/15), parágrafo 52.

⁵⁵ *Id.*, parágrafo 54.

Aunque el TJUE no se pronunciaba directamente en este asunto sobre la consideración de los conductores como trabajadores autónomos o dependientes, resultó significativo para el tribunal el hecho de que Uber ejerciera una “influencia decisiva sobre las condiciones de las prestaciones efectuadas por estos conductores”, mediante la fijación del precio del servicio y ejercitando un control sobre la calidad de los vehículos, la idoneidad y el comportamiento de los conductores.

A estos acontecimientos, se suma una decisión del Juzgado de lo Mercantil nº 2 de Madrid, de 24 de diciembre de 2014, ordenando el cese de la actividad de Uber y de su página web por entender que los conductores carecen de autorización administrativa adecuada para proporcionar el servicio constatando además la existencia de competencia desleal. Ante esta situación, Uber decide operar nuevamente en España pero, esta vez, introduciendo un cambio importante en su modelo empresarial a través de otra modalidad denominada *UberX*. El cambio supone una nueva exigencia para los conductores de la plataforma: estar en posesión de una licencia VTC (autorización de arrendamiento de vehículos con conductor)⁵⁶, requisito legalmente necesario para realizar servicios de transporte de pasajeros.

A pesar de que existen pronunciamientos administrativos y judiciales que declaran la laboralidad de los conductores de Uber, el debate sigue sin resolver. En el ámbito del derecho comparado existen algunos pronunciamientos relevantes al respecto. Así, en Estados Unidos destacan las decisiones del United States District Court (Corte

⁵⁶ Las licencias VTC son aquellas que permiten ejercer la actividad de arrendamiento de vehículos con conductor pero presentan diferencias con la licencia de taxi. Entre ellas, destacamos el método de contratación ya que recogen al cliente con cita previa y con un precio fijado de antemano en función de la demanda. La gestión de las autorizaciones VTC y su concesión es competencia de las Comunidades Autónomas por delegación del Estado (en base al Real Decreto-ley 13/2018, de 28 de septiembre, por el que se modifica la Ley 16/1987, de 30 de julio, de Ordenación de los Transportes Terrestres, en materia de arrendamiento de vehículos con conductor, con el que el Gobierno transfiere a las comunidades autónomas y los Ayuntamientos la facultad de regular la actividad del sector). Además el Gobierno ha limitado las licencias VTC a 1 por cada 30 taxis, medida que ha sido avalada por la Sala tercera del Tribunal Supremo en su sentencia de 4 de junio de 2018 para asegurar el mantenimiento del taxi como servicio de interés general.

del Distrito Norte de California), de 11 de marzo y de 3 de junio de 2015, en las que se sostiene que Uber es una empresa de transporte y se declara la existencia de indicios de laboralidad entre los conductores y Uber (asuntos Douglas O'Connor versus Uber Technologies Inc. y Barbara Ann Berwick versus Uber Technologies Inc.).

En Inglaterra, cabe mencionar la sentencia del Tribunal de Londres (Employment Tribunal of London) de 28 de octubre de 2016 en el asunto Mr. Y Aslam, Mr. J Farrar and Others versus Uber, en la que también se aprecia la existencia de relación laboral de los conductores de Uber⁵⁷.

En Francia, también nos encontramos con pronunciamientos interesantes en torno a Uber y a la empresa francesa LeCab con características similares⁵⁸. En primer lugar, la Cour d'appel de Paris en una sentencia de 13 de diciembre de 2017 a determinado que la relación entre un conductor con la empresa LeCab tiene naturaleza laboral. Concretamente, se considera determinante que la aplicación tenía el poder de dar órdenes e instrucciones al conductor así como de controlar la correcta ejecución de la prestación. Además, el conductor carecía de influencia sobre las tarifas que se le imponían y era parte integral de un servicio organizado por la plataforma sin poder de iniciativa real por su parte. Para los jueces de la Cour d'appel, LeCab no tenía otro propósito que crear artificialmente una apariencia de colaboración entre una empresa proveedora de servicios y un trabajador independiente con el fin de eludir sus obligaciones como empleador.

Posteriormente respecto de la empresa Uber, en una sentencia de 10 de enero de 2019⁵⁹, la Cour d'appel de Paris reconoce por primera vez que el vínculo entre un conductor de VTC y Uber tiene naturaleza laboral⁶⁰. La Cour d'appel de Paris afirma que “existen indicios

⁵⁷ Véase la sentencia completa en: <https://www.judiciary.uk/wp-content/uploads/2016/10/aslam-and-farrar-v-uber-employment-judgment-20161028-2.pdf>

⁵⁸ <https://www.lecab.fr/faq-entreprise-cab-voiture-avec-chauffeur.html>

⁵⁹ CA Paris, pôle 6, chambre 2, 10 janv. 2019, n° 18/08357

⁶⁰ Véase al respecto: Gomes, Barbara, “Quand le droit remet ‘l’ubérisation’ en question: commentaire de l’arrêt Uber de la Cour d’appel de Paris du 10 janvier 2019”, *Droit ouvrier*, n° 853, 2019, pp. 499-511.

suficientes para permitir que (el conductor) caracterice la relación de subordinación en la que se encontraba durante sus conexiones con la plataforma Uber”. De hecho, se tiene en cuenta que el conductor no puede hacerse con una clientela propia fuera de la aplicación, tampoco puede fijar libremente sus tarifas ni las condiciones en la que realiza la prestación de transporte. Además, Uber también ejerce un poder de control a través de un sistema de geolocalización y un poder sancionador mediante la facultad de restringir de manera temporal o definitiva el acceso a la aplicación en caso de evaluaciones negativas de los usuarios.

Finalmente, la Cour de Cassation en su sentencia de 4 de marzo de 2020 (recurso 19-13.316; ECLI:FR:CCAS:2020:SO00374) ha resuelto que el estatuto de trabajador autónomo de un conductor de VTC para la sociedad Uber es “ficticio”. El Tribunal considera que el desempeño del trabajo se produce bajo la autoridad de un empleador que tiene el poder de dar órdenes e instrucciones, supervisar su ejecución y sancionar en su caso, lo que caracteriza la existencia de un contrato de trabajo (manteniendo los criterios fijados por la Cour de Cassation desde el asunto Société Générale de 13 noviembre de 1996). Esta sentencia es la segunda que la Chambre Sociale de la Cour de Cassation presenta en relación con los trabajadores de las plataformas, después de la sentencia dictada el 28 de noviembre de 2018 en el importante asunto Take Eat Easy, al que nos referiremos en el siguiente apartado.

2.3.2. A propósito de “los riders”: plataformas digitales de reparto y falsos autónomos

Dentro de la categoría de trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas digitales, tienen especial interés los denominados “riders” en cuanto a que son trabajos en expansión, mayoritariamente ocupados por trabajadores jóvenes y en condiciones especialmente precarias. Los “riders” o repartidores del producto final que el cliente ha contratado con la empresa, son principalmente trabajadores jóvenes, en su mayoría hombres de entre 18 y 35 años, que realizan su trabajo montados en una bicicleta o moto cargando con una caja o mochila con el logotipo de la empresa y recorriendo de punta a punta

la ciudad⁶¹. Desde luego, la descripción dada no parece ajustarse a la idea de un trabajador o un emprendedor “digital”. A diferencia de las tradicionales empresas de reparto a domicilio, la tecnología ha permitido que surjan en este sector nuevas empresas (como *Uber Eats*, *Deliveroo*, *Glovo* o *Just Eat*) que actúan mediante plataformas digitales (básicamente en forma de *app*) ofreciendo un servicio de reparto a través de “riders” vinculados por un contrato de arrendamiento de servicios y encuadrados en el Régimen Especial de Trabajadores Autónomos. Sin duda, es un modelo que permite ahorrar costes a estas empresas bajo el pretexto de la libertad y flexibilidad del servicio que ofrecen a los repartidores⁶². Sin embargo, el modelo expuesto no ha tardado en ser cuestionado poniendo en duda la laboralidad del “trabajador rider”.

Tal y como ha puesto de manifiesto la jurisprudencia, “la determinación de cuándo una específica relación se puede calificar como laboral, es particularmente compleja en aquellas materias que integran lo que se suele conocer como ‘zonas grises’ o fronterizas del derecho, en que la prestación de servicios presenta una diversidad de rasgos de distinta naturaleza que pueden llevar a encuadrarla en una u otra rama del Derecho”⁶³. Es fundamental, en consecuencia, establecer la concurrencia de las notas características de la relación laboral que determina el art. 1.1 ET calificando como tal la prestación de servicios

⁶¹ Otro aspecto a destacar en materia de seguridad y prevención de riesgos laborales para este colectivo de trabajadores es la necesidad de contar con Equipos de Protección Individual (casco de protección, guantes, etc...) y ofrecer formación específica sobre ergonomía y seguridad vial.

⁶² Glovo define en su página web a un repartidor como “una persona que ahorra tiempo a los demás, facilitándoles la vida”. La empresa ofrece “un método de trabajo más divertido (...) con plena flexibilidad para elegir tu horario de trabajo”. Asimismo, se indica en su web que sus repartidores están registrados como trabajadores autónomos. Véase: <https://glovoapp.com/es/glovers> (consultado el 15 de enero de 2019). Las plataformas presentan este modelo de negocio como una oportunidad para personas que necesitan un ingreso extra. Los requisitos para registrarse como repartidor en la plataforma son disponer de un vehículo privado, documentación de identidad en regla y disponer del alta de autónomo de la Seguridad Social. Los riders disponen de un seguro privado que les cubre durante su actividad profesional.

⁶³ Sentencia 1818/2019, de 25 de julio de 2019 de la Sala de lo Social del TSJ de Asturias; sentencia 2908/2016, de 23 de diciembre de 2016 de la Sala de lo Social de TSJ de Valencia.

con carácter voluntario cuando concurren además las notas de ajenidad en los resultados, dependencia en su realización y retribución de los servicios.

Como ha destacado la jurisprudencia social⁶⁴, la apreciación de las notas de subordinación y de ajenidad tiene en ocasiones especial dificultad y a menudo se exige la constatación y la valoración de diferentes indicios, así como la necesidad de apreciar las circunstancias concurrentes en cada caso. La STS de 16 de noviembre de 2017 (rec. 2806/2015) sobre los servicios de traducción e interpretación ofrecidos por la empresa Ofilingua S.L. a través de trabajadores autónomos, sistematiza tales indicios examinando los rasgos característicos de a relación laboral ofreciendo el siguiente razonamiento: “La doctrina unificada, como sintetizan las SSTS/IV 11-mayo-2009 (rcud. 3704/2007), 7-octubre-2009 (rcud. 4169/2008) y 23-noviembre-2009 (rcud. 170/2009) con referencia, entre otras anteriores, a las SSTS/IV 9-diciembre-2004 (rcud. 5319/2003), 19-junio-2007 (rcud. 4883/2005), 7-noviembre-2007 (rcud. 2224/2906), 12-febrero-2008 (rcud. 5018/2005), 6-noviembre-2008 (rcud. 3763/2007) sobre los criterios a seguir para determinar si existe o no relación laboral cabe resumirlos en los siguientes:

a) La calificación de los contratos no depende de la denominación que les den las partes contratantes, sino de la configuración efectiva de las obligaciones asumidas en el acuerdo contractual y de las prestaciones que constituyen su objeto.

b) En el contrato de arrendamiento de servicios el esquema de la relación contractual es un genérico intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo con la contrapartida de un precio o remuneración de los servicios. El contrato de trabajo es una especie del género anterior que consiste en el intercambio de obligaciones y prestaciones de trabajo dependiente por cuenta ajena a cambio de retribución garantizada.

Cuando concurren, junto a las notas genéricas de trabajo y retribución, las notas específicas de ajenidad del trabajo y de dependencia

⁶⁴ Entre otras, las SSTS de 26 de diciembre de 2004 (rec. 5319/2003) y 26 de noviembre de 2012 (rec. 536/2012).

en el régimen de ejecución del mismo nos encontramos ante un contrato de trabajo, sometido a la legislación laboral.

c) Tanto la dependencia como la ajenidad son conceptos de un nivel de abstracción bastante elevado, que se pueden manifestar de distinta manera. De ahí que en la resolución de los casos litigiosos se recurra con frecuencia para la identificación de estas notas del contrato de trabajo a un conjunto de hechos indiciarios de una y otra.

d) Los indicios comunes de la nota de dependencia más habituales son: la asistencia al centro de trabajo y del empleador o al lugar de trabajo designado por éste y el sometimiento a horario, el desempeño personal del trabajo, compatible en determinados servicios con un régimen excepcional de suplencias o sustituciones; la inserción del trabajador en la organización de trabajo del empleador o empresario, que se encarga de programar su actividad; y, reverso del anterior, la ausencia de organización empresarial propia del trabajador.

e) Indicios comunes de la nota de ajenidad son, entre otros: la entrega o puesta a disposición del empresario por parte del trabajador de los productos elaborados o de los servicios realizados; la adopción por parte del empresario —y no del trabajador— de las decisiones concernientes a las relaciones de mercado o con el público, como fijación de precios o tarifas, y la selección de clientela, o personas a atender; el carácter fijo o periódico de la remuneración del trabajo; y su cálculo con arreglo a un criterio que guarde una cierta proporción con la actividad prestada, sin el riesgo y sin el lucro especial que caracterizan a la actividad del empresario o al ejercicio libre de las profesiones.

f) En el caso concreto de las profesiones liberales, son indicios contrarios a la existencia de laboralidad la percepción de honorarios por actuaciones o servicios fijados de acuerdo con indicaciones corporativas o la percepción de iguales o cantidades fijas pagadas directamente por los clientes. En cambio, la percepción de una retribución garantizada a cargo no del cliente, sino de la empresa contratante en función de una tarifa predeterminada por acto, o de un coeficiente por el número de clientes atendidos, constituyen indicios de laboralidad, en cuanto que la atribución a un tercero de la obligación retributiva y la correlación de la remuneración del trabajo con criterios o factores

estandarizados de actividad profesional manifiestan la existencia de trabajo por cuenta ajena.

g) En las profesiones liberales la nota de la dependencia en el modo de la prestación de los servicios se encuentra muy atenuada e incluso puede desaparecer del todo a la vista de las exigencias deontológicas y profesionales de independencia técnica que caracterizan el ejercicio de las mismas”⁶⁵.

Estos indicios son extrapolables en algunos supuestos en el marco de la prestación de servicios a través de plataformas digitales aunque tal y como afirma Todolí Signes, “muchos de estos ‘indicios’ son manifestaciones de subordinación del modelo organizativo del siglo pasado que hoy en día no se encuentran en las empresas del nuevo siglo —especialmente en empresas de la Gig Economy— precisamente porque su modelo organizativo es nuevo. De esta forma, es necesario buscar nuevas herramientas que permitan identificar correctamente a los sujetos que necesitan protección a pesar de que las formas organizativas hayan cambiado. Estas herramientas es lo que yo llamo los ‘nuevos indicios de laboralidad’ derivado de la digitalización”⁶⁶.

Al respecto, la Cour de Cassation francesa ha dictaminado por primera vez en una importante sentencia de 28 de noviembre de 2018⁶⁷ que los repartidores al servicio de plataformas de entrega online son empleados y por lo tanto, no son trabajadores autónomos. Se espera que el llamado “asunto *Take Eat Easy*” tenga gran repercusión pues el modelo que utilizaba la empresa se asemeja al de otras como “*Deliveroo*” o “*Uber Eats*”. En la Ley n° 2016-1088 de 8 de agosto de 2016, el legislador francés ha establecido una responsabilidad social de las plataformas digitales en los artículos L.7341-1 a L.7341-6 del Código de trabajo con el fin de prever, como ya vimos anteriormente, unas garantías mínimas para proteger a esta nueva categoría de trabajadores. Sin embargo, el legislador no se ha pronunciado sobre su estatuto ju-

⁶⁵ Fundamento de derecho tercero de la STS de 16 de noviembre de 2017.

⁶⁶ Todolí Signes, “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, n° 92, 2019, p. 4.

⁶⁷ Sentencia de la Cour de Cassation, Chambre sociale, n° 1737 de 28 de noviembre de 2018, (recurso n° 17-20079) ECLI:FR:CCASS:2018:SO01737.

rídico ni tampoco ha establecido una presunción de no laboralidad⁶⁸. La sentencia del Tribunal de Casación francés de 28 de noviembre de 2018, considera que existe subordinación ya que la aplicación “*Take Eat Easy*” incluía un sistema de geolocalización permitiendo realizar un seguimiento en tiempo real del trabajador y comprobar los kilómetros recorridos por el repartidor. Además, la empresa disponía de un poder disciplinario y de control del rendimiento basado en un sistema de bonificaciones y sanciones⁶⁹. Tal y como sucede con otras plataformas similares, la empresa disponía de un poder sancionador sobre el repartidor pudiendo incluso llegar a su desconexión de la plataforma y por ende, a la extinción del contrato, en el caso de obtener cuatro faltas (“*strikes*”).

En el caso español, son ya varios los pronunciamientos de nuestros tribunales al respecto aunque el Tribunal Supremo aún no ha tenido la ocasión de ofrecer una interpretación sobre el concepto de trabajador en el trabajo en plataformas. Trataremos a continuación de hacer un recorrido cronológico sobre las sentencias fundamentales.

La *startup* de origen belga TEE tras su implantación en Francia llegó también a las principales ciudades españolas en el año 2015 introduciendo en nuestro sistema un nuevo concepto hasta ahora desconocido: los *riders*. Al respecto, cabe citar la sentencia del Juzgado de los Social núm. 11 de Barcelona, de 29 de mayo de 2018 (núm. 213/2019), que declara a los “*riders*” de TEE como trabajadores por cuenta ajena. La sentencia constata que se aprecian las notas definitorias del contrato de trabajo a este modo de prestación de servicios.

⁶⁸ En este sentido, la jurisprudencia de la Sala de lo Social de la Cour de Cassation determina la existencia de una relación laboral en base a elementos objetivos: el trabajador es aquel que realiza un trabajo bajo un vínculo de subordinación que se caracteriza por el desempeño del trabajo bajo la autoridad de un empleador que tiene el poder de emitir órdenes e instrucciones, de controlar su ejecución y de, en última instancia, sancionar las faltas de su subordinado (sentencia de la Cour de Cassation, Chambre sociale, n° 386 de 13 de noviembre de 1996, recurso n° 94-13187).

⁶⁹ Véase al respecto: Dockès, Emmanuel, “Le salariat des plateformes: à propos de l’arrêt *TakeEatEasy*”, *Droit ouvrier*, n° 846, 2019, pp. 8-15; Peyronnet, Marie, “*Take Eat Easy* contrôle et sanctionne des salariés”, *Revue de Droit du Travail*, n° 1, 2019, pp. 36-40.

Tras el cierre de la *start up*, sus competidores más directos (*Deliveroo*, *Glovo* y *UberEats*) se hacían con el mercado del reparto de la comida a domicilio. A partir de entonces, los pronunciamientos en torno a *Deliveroo* y *Glovo* comenzarán a sucederse. La sentencia del Juzgado de lo Social núm. 6 de Valencia de 1 de junio de 2018 (núm. 244/2018) en la que se declara que los trabajadores de la empresa *Deliveroo* mantienen una relación laboral con la compañía será la primera sentencia en condenar a *Deliveroo* y declarar la laboralidad del rider⁷⁰. En este asunto, se considera improcedente el despido de uno de sus repartidores condenando a la empresa a su readmisión o al pago de la indemnización por entender que se cumplen los requisitos de dependencia y ajenidad propios de los trabajos por cuenta ajena. Los argumentos principales de la sentencia giran en torno a las siguientes observaciones:

1. Resulta irrelevante que el repartidor hubiera firmado con la empresa un contrato civil.
2. La empresa decide el horario en el que el repartidor va a trabajar.
3. La empresa da instrucciones concretas al repartidor sobre el modo en el que se ha de realizar la prestación.
4. El repartidor está constantemente controlado por la empresa mediante un dispositivo de geolocalización.
5. El repartidor carece de organización empresarial siendo la empresa la que organiza la actividad. A pesar de que el repartidor aporte su bicicleta y teléfono móvil, la plataforma es el verdadero medio de producción.
6. La empresa fija el precio de los servicios realizados por el repartidor.
7. El repartidor no participa en los beneficios que pudiera obtener la empresa que a su vez es quien fija las condiciones y conoce los restaurantes adheridos y los clientes.

⁷⁰ López Balaguer, Mercedes, “Los ‘riders’ de Deliveroo son trabajadores. SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018, 152297)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, nº 213, 2018, pp. 249-260.

8. Finalmente, los repartidores son “la imagen de la compañía” pues los clientes no eligen a los riders de manera individual sino que eligen a Deliveroo como marca.

De acuerdo con Todolí Signes, la sentencia ofrece argumentos acertados para declarar la laboralidad de los repartidores. La sentencia es relevante en cuanto a que incorpora los “nuevos indicios de laboralidad” es decir, “el conjunto de circunstancias que permiten reconocer y descubrir a un trabajador las empresas de la Gig economy. Son las nuevas preguntas que se debe hacer el juzgador en la Gig economy para descubrir cuándo se está ante un trabajador y cuándo ante un autónomo. Circunstancias como la capacidad de crecimiento del negocio, la existencia de estructura empresarial propia del autónomo, la propiedad de la plataforma, la propiedad de los datos y la propiedad de la marca (medios de producción inmateriales)”⁷¹. Podemos añadir también como indicios que pueden resultar determinantes la ajenidad en la información, la ajenidad en la marca y la reputación online y su utilización por parte de la empresa para organizar el trabajo o incluso sancionar a los trabajadores, cuestiones a las que Todolí Signes ha prestado especial atención⁷².

Caso distinto fue el de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (núm. 284/2018) en la que, en esta ocasión, se declara como trabajadores autónomos (o TRADE en el caso concreto) a los repartidores de Glovo (denominados “glovers” por la propia compañía), rompiendo con la unidad interpretativa manifestada en los asuntos anteriores. Antes unos hechos similares a los del asunto anterior, las conclusiones serán opuestas. En primer lugar, la sentencia concede especial importancia a la naturaleza de los contratos firmados por las partes. Si bien recuerda que la jurisprudencia señala que “la naturaleza de los contratos no se califica por el nomen iuris sino que ha de atender a la realidad material de la relación”, en

⁷¹ Todolí Signes, Adrián, “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*, nº 51, 2018, p. 446.

⁷² *Id.*, pp. 446 y 447. Por su parte, también la Corte Suprema del Reino Unido en una sentencia de 13 de junio de 2018, asunto Pimlico Plumbers Ltd v. Smith consideró como trabajador (worker) a un fontanero al servicio de una plataforma teniendo en cuenta como elemento clave la ajenidad en la marca.

este caso no ha quedado demostrado que la realidad material fuera diferente de la realidad formal de la relación. Es decir, “los contratos suscritos por las partes, unido a la falta de prueba de una realidad material distinta de la reflejada en ellos, es un indicio contrario a los postulados del trabajador. No en vano la voluntad conjunta y libremente expresada a través de un contrato debe tomarse al menos como punto de partida para su examen”⁷³. Dicho argumento resulta llamativo puesto que viene a contradecir la presunción de laboralidad mantenida por la doctrina judicial dando preferencia a lo pactado por las partes en caso de que el trabajador no pueda demostrar la realidad material acontecida.

Además, se considera que no existe una dependencia absoluta del repartidor ya que poseía el dominio completo de su actividad pues decidía la franja horaria en la que trabajar y aceptaba o denegaba con libertad los pedidos⁷⁴. Asimismo, la empresa carecía de poder disciplinario y ni el sistema de evaluación por clientes como medidor de la reputación online ni el sistema de geolocalización fueron considerados como instrumentos de control o sanción⁷⁵. Es más, se considera que el gps es la forma de contabilizar el kilometraje para su posterior pago y que el sistema de puntuación es un mecanismo para regular la preferencia de pedidos. También resulta interesante como se considera que es el propio repartidor el que dispone de sus medios para realizar el servicio, asumiendo la totalidad de los gastos derivados de la actividad. Se considera, por lo tanto, a la moto y al teléfono móvil propiedad del trabajador como las principales herramientas de trabajo, a diferencia del asunto anterior en el que se consideraba a la plataforma como el principal medio de producción.

Posteriormente, la Inspección de Trabajo de Valencia ha declarado en una resolución de 26 de diciembre de 2018 que los riders de Glovo

⁷³ Ver Fundamento de derecho quinto de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 (núm. 284/2018).

⁷⁴ El repartidor no está obligado a prestar los servicios que se le ofrecen a través de la plataforma, no se designa ningún mensajero específico para prestar el servicio, son libres de aceptar el encargo y no se les penaliza si no se conectan a la aplicación informática.

⁷⁵ No existe disponibilidad del mensajero frente al empresario, puesto que puede o no prestar el servicio libremente, lo que demuestra una falta de dependencia absoluta en el círculo organizativo y rector del empresario.

son falsos autónomos al entender que concurren los elementos constitutivos del contrato de trabajo como son la dependencia y ajenidad, en contradicción con la citada sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid.

Sin embargo, con la sentencia 53/2019, de 11 de febrero de 2019 del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid se produce un giro al reconocer por primera vez que un repartidor de la empresa Glovo es un falso autónomo. Se considera en este asunto que existe una relación laboral entre la empresa y el repartidor al entender que el repartidor no podría realizar su tarea sin el soporte que le ofrece la plataforma. Es decir, sin la plataforma su actividad sería imposible. La plataforma es el verdadero medio de producción y la bicicleta y el teléfono móvil del trabajador tienen escaso valor en este sentido.

Se suma al pronunciamiento anterior la sentencia 130/2019 de 4 de abril de 2019 del Juzgado de lo Social nº 1 de Madrid que considera la improcedencia de un despido al reconocer nuevamente la existencia de una relación laboral de un repartidor de Glovo. Esta sentencia retoma los argumentos de la sentencia del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid de 11 de febrero y viene a confirmar una tendencia favorable a la laboralidad rompiendo la tendencia inicial del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid que consideraba que la relación de los repartidores era propia del TRADE. Fundamentalmente, se considera una vez más la inviabilidad para el repartido de llevar a cabo su actividad con sus medios y sin estar vinculado a la plataforma. Se añade además en la sentencia que se considera de aplicación el convenio colectivo del sector del transporte.

Poco después, también el Juzgado de lo Social nº 5 de Valencia en su sentencia 197/2019 de 10 de junio de 2019 ha dictaminado la existencia de relación laboral entre 97 riders y la empresa Roofoods Spain S.L. (empresa titular de Deliveroo) considerando entre sus argumentos que es precisamente “el soporte técnico de la plataforma” es la “razón de su éxito” y que los repartidores no podrían trabajar sin ella. Una vez más la plataforma digital es considerada como el verdadero medio de producción de la actividad. Asimismo, se retoma nuevamente el argumento sobre la ajenidad en la información al constatar que la empresa es la “única poseedora de la información necesaria para el manejo del sistema de negocio”.

Se adiciona a esta tendencia favorable al reconocimiento de la relación laboral, la sentencia 662/2017 del Juzgado de lo Social nº 31 de Barcelona de 11 de junio de 2019 en la que estima la demanda interpuesta por diez trabajadores de Deliveroo y declara la nulidad de sus despidos y la vulneración de derechos fundamentales en la extinción de sus contratos.

Igualmente, el TSJ de Asturias en la sentencia de 25 de julio de 2019 reconoce la existencia de relación laboral entre Glovo y uno de sus repartidores. Afirma el TSJ que es impensable que el repartidor “pudiera desempeñar su trabajo transportando comidas entre los restaurantes y los eventuales clientes, en calidad de trabajador autónomo, al margen de la plataforma y con sus solos medios (con su vehículo y con su móvil), ya que el éxito de este tipo de plataformas, se debe precisamente al soporte técnico proporcionado por las TIC que emplean para su desarrollo y a la explotación de una marca, en este caso Glovo, que se publicita en redes sociales a través de los buscadores tipo Google, sitio al que acuden los clientes cuando necesitan la compra y entrega de comida y los productos que la demandada suministra”. Entendiendo una vez más que son indicios fundamentales de laboralidad: la propiedad de los datos y del medio de producción (la plataforma) y la ajenidad en la marca. Finalmente, tanto las evaluaciones de los clientes como el uso de sistemas de geolocalización son entendidos como una manifestación del poder de vigilancia y control propio del empleador en virtud del art. 20.3 ET. Llama la atención positivamente la referencia que por primera vez se hace en la sentencia a la 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, indicando que pretende avanzar una respuesta normativa a nivel comunitario en relación con el “trabajo atípico”, en el que se incluye el desarrollado a través de plataformas en línea como el caso enjuiciado.

Comentario aparte merece la sentencia 188/2019 del Juzgado de lo Social nº 19 de Madrid de 22 de julio de 2019 por el elevado número de trabajadores afectados, unos 531 repartidores. El asunto tiene como origen una demanda de procedimiento de oficio a iniciativa de la TGSS contra Roofoods Spain S.L (Deliveroo) solicitando el reconocimiento de la existencia de una relación laboral entre la compañía y sus repartidores.

La sentencia, que concluye constatando la existencia de las condiciones propias de la laboralidad, fue recurrida en suplicación por la empresa. El recurso fue resuelto por el Pleno de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid en la sentencia 40/2020, de 17 de enero de 2020 (rec. 1323/2019), desestimando el recurso de suplicación y confirmando que los repartidores estuvieron sujetos a una relación laboral con la empresa durante el periodo en el que prestaron sus servicios.

Por su parte, la sentencia 715/2019 (rec. 195/2019) de 19 de septiembre de 2019 del Tribunal Superior de Justicia de Madrid valida en favor de Glovo que no existe relación laboral reconociendo que su modelo se basa en la independencia y la figura del autónomo.

La sentencia desestima el recurso de suplicación planteado por un repartidor de la plataforma contra la sentencia del Juzgado de lo Social nº 39 de Madrid de 3 de septiembre de 2018 que lo consideraba como un verdadero autónomo (TRADE) anteriormente comentada. La sentencia, que no es unánime y cuenta con un voto particular, comparte la interpretación efectuada por el Juzgado de lo Social sobre la naturaleza no laboral del vínculo considerando, una vez más, que no “se acredita que el desarrollo diario de la prestación del servicio se hiciera de forma distinta de la libremente pactada por las partes, dentro del ámbito de la autonomía de la voluntad y sin prueba de la concurrencia de vicio alguno en el consentimiento en el momento de su firma”. En este sentido igual que en la sentencia recurrida, el Tribunal —en concordancia con el análisis que realiza Todolí Signes— “da validez a lo pactado por las partes y pone la carga de la prueba de que fuera aquella distinto en el trabajador. Esto es, esta sentencia se enmarca en lo que he venido llamando la creación de una presunción de extralaboralidad en la cual lo pactado por las partes tendrá validez salvo que el trabajador consiga probar cosa distinta”⁷⁶. Esta decisión en contradicción con la del TSJ de Asturias en su sentencia de 25 de julio de 2019, pone de manifiesto la división de criterios tanto en los

⁷⁶ Todolí Signes, Adrián, “El TSJ de Madrid confirma Sentencia declarando a un rider verdadero AUTÓNOMO”, 7 de octubre de 2019, en: <https://adriantodoli.com/2019/10/07/el-tsj-de-madrid-confirma-sentencia-declarando-a-un-rider-verdadero-autonomo/>

tribunales de lo social de primera instancia como en los Tribunales Superiores de Justicia.

Sin embargo, la Sección Primera de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha estimado, mediante sentencia 1155/2019 de 27 de noviembre de 2019, la existencia de relación laboral entre Glovo y un repartidor. El TSJ de Madrid constituido en Pleno, estimando parcialmente la pretensión de un rider de la empresa que había recurrido una decisión anterior en la que se le consideraba un trabajador autónomo económicamente dependiente⁷⁷, corrige esta interpretación anterior y fija el rumbo a seguir para resolver futuros recursos de casos similares.

En la sentencia se enumeran una serie de argumentos favorables a la consideración de la naturaleza laboral del vínculo en cuestión. Así, es la empresa quien acuerda con los comercios concertados los precios que éstos le abonan y también quien fija unilateralmente la remuneración por cada pedido que el repartidor efectúa. En cuanto a la ajenidad en los medios, se entiende que la plataforma, propiedad de la empresa, es la herramienta esencial de funcionamiento y su importancia económica es enorme. Mientras que los repartidores contribuyen como instrumento medial con su prestación de servicios y con elementos materiales de escaso valor (teléfono móvil y bicicleta o motocicleta).

En cuanto a la ajenidad en los riesgos, el TSJ entiende que esta nota también concurre en el caso enjuiciado ya que es la empresa quien asume los riesgos de las operaciones con los clientes.

Sobre la dependencia, igualmente se aprecia por cuanto el rider debe atenerse a las instrucciones que le da la empresa en cuando a la forma en la que tiene que realizar su prestación. También se tiene en cuenta que la empresa ejerce un control efectivo y continuo sobre la actividad del trabajador a través del sistema de geolocalización y mediante la evaluación diaria a la que es sometido el trabajador. Finalmente, la libertad que tiene el trabajador de elegir la franja horaria de

⁷⁷ Se trataba de la sentencia dictada el 11 de enero de 2019 por el Juzgado de lo Social nº 17 de Madrid en la que se consideró que no existían elementos suficientes para apreciar una relación laboral ordinaria ya que, entre otros, el repartidor tenía libertad para organizar sus horarios y aceptar o no los encargos que estimase.

trabajo que matizada por el hecho de que únicamente puede hacerlo dentro de aquéllas a las que tiene acceso en atención a la puntuación asignada. Igualmente, se rechaza el argumento de que los riders sean libres para aceptar o no los encargos. El rechazo de un servicio, si bien no conlleva una penalización directa, supone que sus valoraciones disminuyan y por lo tanto no puedan acceder a franjas horarias más ventajosas. En definitiva, son todos ellos argumentos que llevan al Tribunal a concluir que no hay auto-organización.

Hay que añadir que la Sección Segunda de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Madrid ha confirmado, mediante su sentencia 1223/2019 de 18 de diciembre de 2019 (recurso de suplicación 714/2019), el criterio del Juzgado de lo Social nº 33 de Madrid reconociendo la existencia de una relación laboral entre la empresa Glovo y un repartidor, declarando además, la nulidad del despido por participar en una huelga. La sentencia resulta relevante no solo por reconocer una vez más la naturaleza laboral de la prestación sino también por el amparo de los derechos constitucionales que le son propios como el derecho de huelga.

Por último, debemos destacar el auto de 22 de abril de 2020 dictado por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (C-692/19, ECLI:EU:C:2020:288) ofreciendo una primer criterio sobre la calificación jurídica de los trabajadores que prestan sus servicios a través de plataformas. El asunto versa sobre diversas cuestiones prejudiciales formuladas por el tribunal de trabajo de la ciudad de Watford en Reino Unido en el contexto de un litigio entre un repartidor y la empresa de mensajería Yodel Delivery Network Ltd.

Fundamentalmente, se plantea la siguiente cuestión principal: “¿Se opone la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, a una normativa nacional que exige a una persona, para quedar comprendida en el ámbito de aplicación de dicha Directiva, que se comprometa a realizar o ejecutar ‘personalmente’ cualquier actividad o servicio a que esté obligada?”

El TJUE determina que la Directiva 2003/88 debe interpretarse en el sentido de que se opone a que una persona contratada por su supuesto empleador sobre la base de un acuerdo de servicios en el que se especifica que es un trabajador autónomo sea calificado como “tra-

bajador” en el sentido de esta directiva, cuando posee las siguientes facultades:

- utilizar subcontratistas o sustitutos para realizar el servicio que se ha comprometido a proporcionar;
- libertad para aceptar o no las diversas tareas ofrecidas por su supuesto empleador, o fijar unilateralmente un número máximo;
- proporcionar sus servicios a un tercero, incluidos los competidores directos del supuesto empleador, y
- establecer sus propias horas de “trabajo” dentro de ciertos parámetros, así como organizar su tiempo adaptándolo a su conveniencia personal y no únicamente atendiendo a los intereses del supuesto empleador.

Teniendo en cuenta lo anterior, el TJUE considera, por un lado, que el carácter autónomo del servicio de mensajería prestado no parece ser ficticio y, por otro lado, que tampoco parece existir, a priori, una relación de subordinación. No obstante, matiza que la decisión definitiva corresponderá al tribunal remitente procediendo a la comprobación de estos extremos, considerando todos los elementos relevantes teniendo en cuenta tanto la naturaleza de la relación de las partes como la actividad económica realizada.

Será necesario esperar para comprobar si el auto del TJUE de 22 de abril de 2020 tendrá o no efectos relevantes en nuestro país.

A pesar de una jurisprudencia oscilante, parece que los Tribunales tienen en mayor medida a neutralizar cada intento de estas empresas (Uber, Deliveroo, Glovo, Take Eat Easy...) de alejar este nuevo tipo de prestaciones, caracterizadas por una mayor independencia y una transformación de la ajenidad, del concepto clásico de trabajador por cuenta ajena. En cualquier caso, una aclaración del legislador o de los Tribunales es apremiante para poder encajar con claridad este tipo de prestaciones en nuestro Derecho.

Capítulo III

Poderes de control del empresario y nuevas tecnologías

3.1. PODERES DE DIRECCIÓN Y CONTROL DEL EMPRESARIO Y DERECHOS DIGITALES DE LOS TRABAJADORES

No hay duda de que la atribución al empresario de facultades de organización del trabajo conlleva, a su vez, el reconocimiento de un poder de dirección y control del cumplimiento de la prestación laboral del trabajador. Concretamente, el art. 20 ET reconoce dichas facultades al empresario y fija para el trabajador los deberes de diligencia y colaboración en el trabajo en los apartados 1º y 2º respectivamente en los términos siguientes: “el trabajador estará obligado a realizar el trabajo convenido bajo la dirección del empresario o persona en quien este delegue. En el cumplimiento de la obligación de trabajar asumida en el contrato, el trabajador debe al empresario la diligencia y la colaboración en el trabajo que marquen las disposiciones legales, los convenios colectivos y las órdenes o instrucciones adoptadas por aquel en el ejercicio regular de sus facultades de dirección y, en su defecto, por los usos y costumbres. En cualquier caso, el trabajador y el empresario se someterán en sus prestaciones recíprocas a las exigencias de la buena fe”. De ahí que, a continuación, en el apartado 3º se contemple la posibilidad para el empresario de adoptar las medidas que estime más oportunas de vigilancia y control para verificar el cumplimiento por el trabajador de sus obligaciones y deberes laborales. Sin embargo, el ejercicio de dichas facultades no es absoluto o ilimitado. Según el mismo precepto, el empresario ha de tener en cuenta, a la hora de adoptar y aplicar las medidas de vigilancia y control, el respeto a la dignidad de los trabajadores. Asimismo, de un modo más general, tampoco pueden verse afectados los derechos constitucionalmente reconocidos que como ciudadano tiene el tra-

bajador⁷⁸. Como veremos, especialmente problemática resulta la confrontación con determinados derechos fundamentales como el derecho a la intimidad personal (art. 18.1 CE), el derecho al secreto de las comunicaciones (art. 18.3) o el derecho a la autodeterminación informativa (art. 18.4 CE).

El Estatuto de los Trabajadores contempla de manera específica el registro empresarial sobre el trabajador, su taquilla y sus efectos particulares, cuando sean necesarios para la protección del patrimonio empresarial y del de los demás trabajadores de la empresa, dentro del centro de trabajo y en horas de trabajo. El art. 18 ET relativo a la inviolabilidad de la persona del trabajador establece así el régimen de registros otorgando al empresario cierto “poder de policía”. No obstante, la posibilidad de realizar un registro se encuentra con limitaciones como el máximo respeto a la dignidad e intimidad del trabajador. Además, el registro deber ser realizado atendiendo al principio de proporcionalidad⁷⁹. Mayor complejidad reviste otro tipo de controles derivados del uso de dispositivos electrónicos ya que, al margen de algunos convenios colectivos, los tribunales han venido resolviendo la falta de precisión normativa tal y como veremos.

La progresiva tendencia hacia una digitalización del trabajo en la que nos encontramos tiende a formar un tipo de “trabajador transparente estrechamente vigilado, conocido en gran parte de sus facetas gracias a la elaboración de su perfil completo, capaz de llevar en su manifestación extrema a un —intolerable— control total de los empleados en la empresa”⁸⁰. El “Gran Hermano”, como metafórica-

⁷⁸ No hay duda, pues así lo ha confirmado en reiteradas ocasiones nuestro Tribunal Constitucional, de que una relación laboral no implica en modo alguno la privación al trabajador de los derechos que tiene constitucionalmente reconocidos como ciudadano. Doctrina reiterada en las SSTC 88/1985; 90/1997, 98/2000, 186/2000, 196/2004, 125/2007.

⁷⁹ Goñi Sein, José Luis, “El poder de control empresarial en la doctrina del Tribunal Supremo”, en: García Murcia, Joaquín (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, p. 245.

⁸⁰ San Martín Mazzucconi, Carolina, Sempere Navarro, Antonio V., *Las TICs en el ámbito laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 39 citado por Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, nº 6, 2016, p. 612.

mente denomina a las TIC el profesor Alemán Páez, “penetra abyectamente en ‘la caja negra de cada individuo’ y quiebra con facilidad el derecho a una ‘razonable expectativa de intimidad’”⁸¹. Asistimos en la época actual, a una producción masiva de datos en la que los derechos de los trabajadores (intimidad, privacidad...) son altamente vulnerables. Sin negar las bondades que aportan los avances tecnológicos en la actividad empresarial, como son la mejora de su rentabilidad, la reducción de costes o incluso la conquista de nuevos mercados gracias al ya tan popular comercio electrónico, no es menos cierto también, que puedan producirse conflictos de intereses entre el empresario y los trabajadores derivados del uso de estas herramientas de trabajo. Dada la escasez de normas claras al respecto, surgen problemas derivados de la mayor información personal obtenida a través de nuevos medios.

En las relaciones laborales actuales, la estricta separación entre la vida privada y la vida profesional se vuelve un terreno delicado fundamentalmente con la llegada de las nuevas tecnologías de la información y de la comunicación. Por una parte, resulta cada vez más extendida la práctica de responder a llamadas o contestar correos fuera del horario laboral, durante los períodos reconocidos de descanso para el trabajador, provocando un aumento de la tensión en el entorno laboral y del síndrome de burnout. Ante este fenómeno y a modo de ejemplo, el 1 de enero de 2017 entró en vigor en Francia el derecho a la desconexión digital del trabajador una vez finalizada la jornada laboral —*droit à la déconnexion*— introducido por la citada anteriormente Ley 2016-1088, de 8 de agosto de 2016.

Por otra parte, fruto también del desarrollo de las TIC, se produce, en ocasiones, un manejo de los medios informáticos por los trabajadores durante la jornada laboral para fines particulares o en todo caso, extralaborales. Es el denominado “cyberslacking” que tanto preocupa a las empresas por el elevado coste que representa. Es comprensible que el empresario quiera asegurarse del rendimiento regular de sus empleados introduciendo medios de vigilancia directa o intencional. Ahora bien, es necesario buscar un punto de equilibrio entre el poder de control del empresario y los derechos de los traba-

⁸¹ Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 612.

jadores en la empresa que pueden resultar lesionados. Con frecuencia estos conflictos surgen, como bien afirma Aragón Gómez, “como consecuencia de las dificultades prácticas de establecer una prohibición absoluta del empleo personal del ordenador o del teléfono de empresa y de la generalización de una cierta tolerancia a un uso moderado de los medios de la empresa”⁸². La realidad es que nos encontramos con una insuficiencia legislativa al respecto y la jurisprudencia ha venido solucionando la interminable problemática de la digitalización del trabajo y las conductas empresariales tendentes a vulnerar derechos fundamentales de los trabajadores. De acuerdo con Alemán Páez, “la no disposición de instrumentos jurídicos adecuados con los que atajar violaciones de derechos realizables mediante las TICS son factores que facilitan la dilución de responsabilidades en la gestión ilícita de dichas herramientas”⁸³.

Ante esta situación, resulta sumamente interesante la Recomendación CM/Rec(2015) 5 del Consejo de Europa para la protección de datos en el ámbito laboral adoptada por el Comité de Ministros el 1 de abril de 2015. Lo más relevante de la Recomendación es que en relación con el uso de los medios informáticos de la empresa por los trabajadores es necesario adoptar medidas preventivas evitando o limitando al máximo el control o la monitorización de la actividad para que no se produzcan los atentados a los derechos de los trabajadores. Asimismo, la Recomendación señala que hay que evitar la monitorización ininterrumpida y absoluta del trabajador durante la prestación de servicios. Y en su caso, de ser una medida necesaria, se deberán de respetar garantías adicionales y consultar con los representantes de los trabajadores. Igualmente, debemos destacar en el ámbito de la Unión Europea, 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 circulación de estos datos (RGPD), en vigor

⁸² Aragón Gómez, Cristina, “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en: Cruz Villalón, Jesús, García-Perrote Escartín, Ignacio, Goerlich Peset, José María, Mercader Uguina, Jesús R. (Dirs.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters Lex Nova, Pamplona, 2014, p. 288.

⁸³ Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 605.

desde el 25 de mayo de 2018, está destinado a lograr una regulación más uniforme del derecho fundamental a la protección de datos.

Cabe por último añadir que en virtud del RGPD ha sido aprobada la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales⁸⁴ que ha derogado la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal. La LOPDGDD recoge una serie de derechos específicamente relacionados con el ámbito laboral. Concretamente podemos destacar, por ahora, el artículo 87 en el que se reconoce el derecho a la protección de la intimidad de los trabajadores y empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador en los siguientes términos:

“1. Los trabajadores y los empleados públicos tendrán derecho a la protección de su intimidad en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por su empleador.

2. El empleador podrá acceder a los contenidos derivados del uso de medios digitales facilitados a los trabajadores a los solos efectos de controlar el cumplimiento de las obligaciones laborales o estatutarias y de garantizar la integridad de dichos dispositivos.

3. Los empleadores deberán establecer criterios de utilización de los dispositivos digitales respetando en todo caso los estándares mínimos de protección de su intimidad de acuerdo con los usos sociales y los derechos reconocidos constitucional y legalmente. En su elaboración deberán participar los representantes de los trabajadores.

El acceso por el empleador al contenido de dispositivos digitales respecto de los que haya admitido su uso con fines privados requerirá que se especifiquen de modo preciso los usos autorizados y se establezcan 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.

Los trabajadores deberán ser informados de los criterios de utilización a los que se refiere este apartado”.

⁸⁴ BOE n° 294, de 6 de diciembre de 2018, pp. 119788-119857.

Asimismo, el artículo 89 de la LOPDGDD establece el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo con el siguiente contenido:

“1. Los empleadores podrán tratar las imágenes obtenidas a través de sistemas de cámaras o videocámaras para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. Los empleadores habrán de informar con carácter previo, y de forma expresa, clara y concisa, a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de esta medida.

En el supuesto de que se haya captado la comisión flagrante de un acto ilícito por los trabajadores o los empleados públicos se entenderá cumplido el deber de informar cuando existiese al menos el dispositivo al que se refiere el artículo 22.4 de esta ley orgánica.

2. En ningún caso se admitirá la instalación de sistemas de grabación de sonidos ni de videovigilancia en lugares destinados al descanso o esparcimiento de los trabajadores o los empleados públicos, tales como vestuarios, aseos, comedores y análogos.

3. La utilización de sistemas similares a los referidos en los apartados anteriores para la grabación de sonidos en el lugar de trabajo se admitirá únicamente cuando resulten relevantes los riesgos para la seguridad de las instalaciones, bienes y personas derivados de la actividad que se desarrolle en el centro de trabajo y siempre respetando el principio de proporcionalidad, el de intervención mínima y las garantías previstas en los apartados anteriores. La supresión de los sonidos conservados por estos sistemas de grabación se realizará atendiendo a lo dispuesto en el apartado 3 del artículo 22 de esta ley”.

3.2. LA SOFISTICACIÓN DE LOS MECANISMOS DE CONTROL GRACIAS A LAS NUEVAS TECNOLOGÍAS

El desarrollo tecnológico no solo está afectando a la forma en la que los trabajadores prestan sus servicios sino también a los medios de control, cada vez más precisos y sofisticados, utilizados por el em-

presario para supervisar el correcto desempeño de las actividades que realizan sus trabajadores.

3.2.1. La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: nuevas soluciones, viejos problemas

Las nuevas tecnologías están generando un tipo de relación contractual poco protegida planteando una serie de retos al derecho laboral como la invasión de la intimidad del trabajador, el almacenamiento y tratamiento de datos de información personal o el control constante de los trabajadores a través de un programa informático incluso estando fuera del centro de trabajo. Ante unos imparable avances tecnológicos, las modalidades de control y vigilancia que posee el empleador se vuelven cada vez más sofisticadas e ilimitadas. La utilización de dispositivos de geolocalización por GPS, los sistemas de videovigilancia, monitorización y registro del ordenador, o las evaluaciones de los clientes son algunos de los ejemplos más paradigmáticos. Mediante aplicaciones informáticas o sistemas de geolocalización se puede ubicar a distancia y en tiempo real al trabajador. Además este tipo de sistemas puede ser de utilidad a las empresas para conocer el itinerario que ha seguido el trabajador, las paradas realizadas e incluso los retrasos que se hayan podido ocasionar. Si bien encontramos en el uso de estos sistemas de geolocalización, intereses empresariales legítimos para velar por el correcto desarrollo del proceso productivo, también existen riesgos respecto del uso que se pueda hacer de los datos potencialmente sensibles obtenidos de la información de la ubicación del trabajador, fundamentalmente cuando además los dispositivos le acompañan fuera de su jornada laboral.

Ante la ausencia de una regulación específica, la jurisprudencia del Tribunal Supremo y del Tribunal Constitucional se ha venido encargando de generar unos criterios interpretativos para solventar los conflictos surgidos en el ámbito laboral sobre tan delicada materia. Finalmente, ante prácticas cada vez más comunes en las empresas, el legislador en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ha incluido un artículo 90 especialmente dirigido a tutelar el “derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral” en los términos siguientes: “1. Los empleadores

podrán tratar los datos obtenidos a través de sistemas de geolocalización para el ejercicio de las funciones de control de los trabajadores o los empleados públicos previstas, respectivamente, en el artículo 20.3 del Estatuto de los Trabajadores y en la legislación de función pública, siempre que estas funciones se ejerzan dentro de su marco legal y con los límites inherentes al mismo. 2. Con carácter previo, los empleadores habrán de informar de forma expresa, clara e inequívoca a los trabajadores o los empleados públicos y, en su caso, a sus representantes, acerca de la existencia y características de estos dispositivos. Igualmente deberán informarles acerca del posible ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión”. En primer lugar, este precepto legitima el uso de sistemas de geolocalización en las empresas para el control de los trabajadores. Se fijan como límites el respeto al marco legal establecido.

A continuación, se incluye un deber de información a los trabajadores como a sus representantes sobre la existencia de estos dispositivos en la empresa y sus características. La norma impone un deber de información de forma expresa, clara e inequívoca por lo que una información genérica sobre este tipo de controles sería insuficiente.

Por último, se añade la obligación para el empresario de informar sobre los derechos de acceso, rectificación, limitación del tratamiento y supresión de los datos.

Más allá del deber de información impuesto a las empresas, el art. 91 LOPDGDD prevé la posibilidad de establecer garantías adicionales de los derechos y libertades relacionados con el tratamiento de datos personales de los trabajadores a través de la negociación colectiva. Algunos convenios, como el convenio colectivo para la actividad de oficinas y despachos de Burgos (C.C. 09000435011982), ya contemplan alguna cláusula sobre el derecho de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y, en concreto, frente al uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización⁸⁵.

⁸⁵ Si bien es cierto, que se trata de cláusulas generales con remisión a lo establecido en la legislación vigente. Véase el artículo 31 del Convenio colectivo para la actividad de oficinas y despachos de Burgos: “Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión. Los trabajadores tienen derecho 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

Como vemos, esta revolución tecnológica influye inevitablemente en la prestación de servicios generando, a su vez, una serie de conflictos laborales de solución compleja. Así, el punto central de la cuestión se ubica en la fijación de los límites del uso de los medios tecnológicos de la empresa para fines privados y el posible control empresarial sobre los mismos. En definitiva, los medios de control se vuelven más sofisticados pero el problema que subyace sigue siendo el mismo: la problemática determinación de los límites al poder de control empresarial sobre el uso que hace el trabajador de los medios facilitados por la empresa. En palabras de San Martín Mazzuconi y Sempere Navarro, “se trata de conflictos a los que el ordenamiento laboral debe dar solución, y que replantean el debate sobre la esfera privada del trabajador en el seno de la empresa; o si se prefiere: estamos ante un nuevo episodio de la discusión sobre el alcance de los derechos fundamentales”⁸⁶. Son viejos problemas a los que, debido a las nuevas herramientas digitales o tecnológicas, hay que aportar nuevas soluciones. Se trata de saber si el empleador puede vigilar y bajo qué condiciones, los correos, sistemas de mensajería y de navegación por Internet, entre otros, que el trabajador utiliza durante su jornada laboral.

3.2.2. El control constante y la evaluación del trabajador por los consumidores a través de un programa informático

Tal y como evidencia el profesor Alemán Páez, nos adentramos en un modelo en el que “la presencia humana pierde presencia, digamos, material y ‘visible’, mientras que, de otra parte, los flujos laborales se instilan, externalizan y controlan mediante una amalgama de utensilios técnicos digitales”⁸⁷. La tecnología informática al servicio del empresario puede llegar a permitir una visibilidad permanente del trabajador. Conocido es el caso de la empresa Amazon y su pulsera “wearable” (tecnología vestible) que coloca a sus empleados para ras-

uso de dispositivos de videovigilancia y geolocalización en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”. En: Boletín Oficial de la Provincia de Burgos n° 93, de 17 de mayo de 2019, pp. 4-21.

⁸⁶ San Martín Mazzuconi, Carolina y Sempere Navarro, Antonio V., *Las TICs en...*, *Ob. cit.*, p. 10.

⁸⁷ Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 603.

tratar su ubicación en todo momento. También empresas de reparto a domicilio como Deliveroo utilizan sistemas de geolocalización de sus repartidores “riders” para controlar velocidad y el trayecto recorrido hasta la entrega del pedido. Se produce en este nuevo tipo de prestación de servicios un control casi constante del trabajador. Claro ejemplo de lo anterior es también el control de los trabajadores y de su correcto desempeño basándose en las calificaciones de los clientes. Se trata de un mecanismo de control en pleno desarrollo. Como bien explica Todolí Signes, “las empresas confían en las evaluaciones de los clientes para asegurarse unos estándares altos de prestación de servicios. De esta forma, las empresas, en vez de dar instrucciones y controlar el proceso de ejecución para asegurar su calidad, delegan estas funciones en los clientes, utilizando posteriormente dicha información para tomar decisiones sobre despidos”⁸⁸. El control de los trabajadores mediante un programa informático con la posterior evaluación de la prestación por los consumidores ofrece indudables ventajas para las empresas, pues por un lado, permite la vigilancia constante del trabajador, y por otro lado, no conlleva coste alguno. Asimismo, no necesitan adoptar medidas disciplinarias, pues, si el profesional recibe evaluaciones negativas de los clientes, será expulsado del sistema. A modo de ejemplo, en el caso de la empresa Uber, semanalmente se comunica a sus conductores las evaluaciones recibidas de los pasajeros. Si éstos no consiguen una calificación mínima necesaria, serán “desactivados” del sistema. Los consumidores pasan a ser una especie de mando intermedio que evalúa y decide sobre la calidad y continuidad del profesional en la empresa. Surgen, de este modo, una serie de dudas acerca de la fiabilidad y consecuencias del método de seguimiento y evaluación del trabajo por los consumidores.

Al respecto, tal y como se señala en la ya mencionada Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017, existe la posibilidad de que se produzcan prácticas desleales y arbitrarias en las evaluaciones en línea, lo que —según subraya el Parlamento Europeo— “puede afectar a las condiciones laborales y a los derechos de los trabajadores de las plataformas colaborativas así como su capacidad para

⁸⁸ Todolí Signes, Adrián, “El impacto de la ‘uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, nº 3, 2015, p. 10.

conseguir empleo”⁸⁹. Por estos motivos, los sistemas de evaluación y calificación deben elaborarse de forma transparente y respetarse los principios de información y consulta a los trabajadores sobre los criterios generales empleados para la elaboración de estos sistemas. Las tradicionales formas de control de la prestación y del trabajador han cambiado en estas nuevas empresas. Aquí, “nada de esto existe; no obstante, se defiende que esto no significa que las formas de control de la prestación del servicio hayan desaparecido —todo lo contrario— sino que, simplemente, se han transformado”⁹⁰.

Resulta curioso, como pone de manifiesto Alfaro Águila-Real, que en estos nuevos modelos de negocio, si un consumidor no queda satisfecho, la responsabilidad no será de la empresa intermediaria, pues ésta sólo se hace cargo de la calidad de la aplicación informática. El resultado es que los fallos de la empresa serán fácilmente atribuibles al prestador del servicio quién, con una evaluación negativa por el consumidor, deberá responsabilizarse del fallo. Así, “la empresa intermediaria es siempre inmaculada e impecable”⁹¹. En el marco de las plataformas colaborativas, el “juego de las puntuaciones” se ha convertido en la herramienta de medición para seleccionar o “desconectar” profesionales. Si este sistema pretende instalarse es necesario perfeccionar su transparencia, informando claramente a los usuarios sobre los aspectos concretos a tener en cuenta y las consecuencias que su valoración puede conllevar para el trabajador puntuado e incluso, dando al prestador del servicio la oportunidad de defenderse antes de ser dado de baja de la plataforma.

Las dudas acerca de la fiabilidad del método son evidentes pues, si bien puede resultar adecuado en determinados contextos, debería conjugarse con otro tipo de instrumentos como la tradicional evaluación por parte de los superiores, o entre pares, o incluso la autoevaluación, para obtener resultados objetivos sobre el rendimiento. Así por ejemplo, la técnica del cliente oculto o “mystery shopping” per-

⁸⁹ Apartado 43 de la Resolución del Parlamento Europeo de 15 de junio de 2017, P8_TA-PROV(2017)0271

⁹⁰ Todolí Signes, Adrián, “El trabajador en la ‘Uber economy’: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”, *Trabajo y Derecho*, n° 25, 2017, p. 50.

⁹¹ Alfaro Águila-Real, Jesús, “La regulación contractual de Uber con sus conductores”, *Almacén de Derecho*, 2015, en: <http://almacenederecho.org/36791-2/>

mite comprobar los elementos específicos y la calidad de la prestación mediante observaciones objetivas llevadas a cabo por observadores formados al efecto. Igualmente, los informes del personal (prestadores del servicio y personal de atención al cliente) pueden ofrecer información relevante para la mejora del servicio. Es evidente que el uso de éstos u otros métodos conllevan un coste para las empresas pero, no podemos olvidar que delegar esa responsabilidad a un algoritmo, puede implicar prácticas arbitrarias.

3.3. LA JURISPRUDENCIA DE LOS TRIBUNALES ESPAÑOLES SOBRE EL CONTROL TECNOLÓGICO DEL EMPRESARIO

Son muchos los pronunciamientos de nuestros tribunales sobre el uso de internet y de las TIC en el trabajo dando fruto a una doctrina judicial en evolución, no exenta de fricciones con la emanada del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. A continuación, pasaremos a hacer un breve repaso de las sentencias más relevantes teniendo en consideración el antes y después que ha supuesto la denominada doctrina Barbulescu.

3.3.1. La evolución de la doctrina del Tribunal Constitucional (antes de Barbulescu)

En un principio, los tribunales españoles venían aceptando cualquier medida de vigilancia y control en la empresa bajo el argumento de la dimensión pública que tiene el lugar de trabajo “minusvalorando” el alcance efectivo del respeto a la dignidad⁹². Posteriormente, esa postura fue modificada considerando que cualquier medida empresarial tendente a limitar derechos fundamentales de los trabajadores debe atender necesariamente a la observancia del triple juicio de proporcionalidad fijado en la STC 186/2000, convirtiéndose dicho parámetro en el “canon de enjuiciamiento” de los tribunales⁹³.

⁹² Goñi Sein, José Luis, “El poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 235.

⁹³ El Tribunal Constitucional ha elaborado una doctrina para valorar la constitucionalidad de cualquier medida restrictiva de derechos fundamentales bajo la observancia del conocido “principio de proporcionalidad”. Así, para comprobar

Ulteriormente, tras la doctrina del Tribunal de Estrasburgo vertida en el citado caso Copland, nuestro Tribunal Constitucional en la sentencia 241/2012, de 17 de diciembre, se basa también en el criterio de la “expectativa razonable de confidencialidad” entendiéndose que, en palabras de Baz Rodríguez, “es precisamente la tolerancia generalizada al uso moderado para fines personales de tales herramientas la que genera una expectativa, también general, de confidencialidad para el trabajador”⁹⁴.

Hasta una serie de pronunciamientos recientes, que veremos a continuación, podemos afirmar que la tesis generalizada se fundamentaba en la no exigibilidad de información previa sobre el control cuando con ella se frustraría la finalidad pretendida sin que exista un medio más inocuo, siendo suficiente con el cumplimiento de los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. La doctrina judicial hacía hincapié en “la importancia de establecer previamente, de acuerdo con las exigencias de la buena fe, las reglas de uso de dichos medios”⁹⁵.

A pesar de lo expuesto, poco después, el Tribunal Constitucional sorprende con la aplicación del “derecho a la autodeterminación informativa” en la STC 29/2013, de 11 de febrero. En esta ocasión, el Tribunal no valora si la medida (una grabación con cámaras de videovigilancia) vulnera el derecho a la intimidad del trabajador, sino a la protección de datos de carácter personal. Es cierto que, en este asunto, el control empresarial no se centra en el ordenador o correspondencia electrónica del trabajador sino en un sistema de videovigilancia. En

si una medida es restrictiva de un derecho fundamental es necesario realizar una adecuada ponderación de las circunstancias y constatar si supera el triple test gradualista o principio de proporcionalidad: si la medida es susceptible de conseguir el objetivo propuesto (juicio de idoneidad), si la medida resulta de estricta necesidad por no existir otra más moderada (juicio de necesidad) y, por último, si la medida es adecuada y equilibrada por derivarse más beneficios para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto (juicio de proporcionalidad en sentido estricto (SSTC 66/1995, 55/1996, 207/1996, 37/1998, 186/2000).

⁹⁴ Baz Rodríguez, Jesús, “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE n° 267, de 7-XI-2013]”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, n°. 1, 2014, p. 365.

⁹⁵ *Id.*

concreto, se sancionaba a un trabajador por faltas de asistencia y de puntualidad aportando la empresa como prueba imágenes obtenidas por las cámaras de videovigilancia. El Tribunal considera que la prueba aportada en forma de grabación, sin haber informado previamente a los trabajadores de su uso como mecanismo de control, resulta lesiva para el derecho a la protección de datos de carácter personal reconocido en el art. 18.4 CE. Es más, advierte el Tribunal que además era necesaria una 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. Una información que debía concretar las características y el alcance del tratamiento de datos que iba a realizarse, esto es, en qué casos las grabaciones podían ser examinadas, durante cuánto tiempo y con qué propósitos, explicitando muy particularmente que podían utilizarse para la imposición de sanciones disciplinarias por incumplimientos del contrato de trabajo”⁹⁶.

A pesar de lo anterior, nuestro Tribunal Constitucional parece haber dado un nuevo giro en la STC 170/2013, de 7 de octubre, y en la STC 39/2016, de 3 de marzo, fortaleciendo el derecho a la propiedad de los instrumentos de trabajo y el poder de control empresarial.

En el primer asunto, la STC 170/2013, se trataba de resolver un recurso de amparo interpuesto por un trabajador despedido disciplinariamente por revelación a terceros de información confidencial de la empresa. La empresa ante las sospechas de dicho comportamiento accedió al contenido de los correos electrónicos del trabajador con el fin de comprobar si, efectivamente, existía una irregularidad. Lo fundamental en este asunto es que el Convenio Colectivo aplicable tipificaba como infracción leve el uso de medios informáticos de la empresa para fines privados. Entiende el Tribunal Constitucional que el control de los correos realizado por la empresa no vulnera los derechos del trabajador y cumple con el principio de proporcionalidad. Para el Tribunal Constitucional, la previsión en el régimen convencional aplicable de que el uso particular de los medios informáticos de la empresa constituye una falta laboral leve, supone una prohibición absoluta de la utilización del correo electrónico o de Internet para

⁹⁶ STC 29/2013, FJ 8

finés privados. De modo que, no hay lugar en este caso para una expectativa fundada y razonable de confidencialidad por parte del trabajador pues este debía conocer el convenio colectivo aplicable y la posibilidad de control del empresario. Podemos extraer de lo anterior que “la mera tipificación, en el convenio colectivo aplicable (...), de infracciones sancionables relacionadas con el uso para fines personales de los medios informáticos de la empresa ha de considerarse, así pues, a partir de esta doctrina constitucional, como un régimen jurídico de uso de los mismos, sin necesidad de que existan propiamente (...) protocolos o instrumentos reguladores ad hoc de origen empresarial o convencional destinados a regular, normalizar, clarificar, detallar y publicar, para su debido conocimiento en profundidad por todos los trabajadores, las pautas de uso y control de los mismos en la empresa”⁹⁷.

En la misma línea de reforzar los poderes de vigilancia, se pronuncia nuevamente el Tribunal Constitucional en la sentencia 39/2016, de 3 de marzo (conocida como caso Bershka). Este asunto vuelve a tratar un conflicto entre el derecho a la intimidad y a la protección de datos de los trabajadores y un control efectuado mediante un sistema de videovigilancia. Esta vez, la grabación obtenida mediante una cámara de videovigilancia sin informar expresamente a la trabajadora de su colocación ni de su finalidad de control, resulta admitida como prueba justificativa de su despido. A juicio del Tribunal Constitucional, el deber empresarial de información se vio cumplido mediante la simple visualización del distintivo “zona videovigilada” en un lugar visible.

El asunto tiene su inicio en el despido disciplinario de una trabajadora por haberse apropiado de efectivo de la caja de la empresa. La empresa para constatar este comportamiento, instaló una cámara de videovigilancia. La instalación de la cámara se realizó sin comunicación a los trabajadores pero con la instalación, en un lugar visible, en el escaparate del establecimiento de un distintivo informativo. El Tribunal Constitucional tiene que pronunciarse sobre una posible vulneración del derecho a la protección de datos y el derecho a la inti-

⁹⁷ Baz Rodríguez, Jesús, “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013...”, *Ob. cit.*, p. 367.

midad de la trabajadora. No hay duda de que la imagen se considera un dato de carácter personal y el art. 6.1 de la LOPD establece que “el tratamiento de los datos de carácter personal requerirá el consentimiento inequívoco del afectado, salvo que la ley disponga otra cosa”. Ahora bien, el apartado 2 del art. 6 LOPD reconoce como excepción a lo anterior que no será preciso el consentimiento cuando los datos de carácter personal se refieran a las partes de una relación laboral y sean necesarios para el mantenimiento y cumplimiento de las obligaciones derivadas del contrato de trabajo. En consecuencia, en el ámbito laboral no será necesario el consentimiento de los trabajadores afectados salvo que el tratamiento de los datos se utilice con una finalidad distinta al cumplimiento del contrato⁹⁸. A pesar de lo anterior, añade el Tribunal, que aunque no sea necesario el consentimiento, el deber de información previa sigue existiendo. En el presente caso, el empresario no necesita el consentimiento expreso del trabajador para el tratamiento de las imágenes obtenidas a través de la cámara puesto que se trata de una medida dirigida a controlar el cumplimiento de la relación laboral de conformidad con el art. 20.3 ET. Respecto de la obligación de información previa, entiende el Tribunal Constitucional que la empresa ha cumplido con este deber al haber colocado el distintivo en el escaparate por lo que la trabajadora podía conocer la existencia de la cámara y su finalidad⁹⁹. Finalmente, sobre el genérico derecho a la intimidad personal de la trabajadora, el Tribunal Constitucional rechaza una vulneración del derecho al someter a la medida de control empresarial al juicio de proporcionalidad resultando ésta justificada, idónea, necesaria y equilibrada¹⁰⁰.

En definitiva, la STC 39/2016, de 3 de marzo, se aleja del criterio mantenido por la STC 29/2013, de 11 de febrero. De acuerdo con García Rubio, el Tribunal Constitucional “suaviza considerablemente las exigencias que el TCo 29/2013 estableció para entender cumplido el deber de información ínsito en el contenido del derecho de protección de datos personales. Para entender satisfecha la obligación empresarial, para el Tribunal basta ahora con el distintivo informativo general de “zona videovigilada”, sin necesidad de comunicar a los

⁹⁸ STC 39/2016, FJ 3

⁹⁹ STC 39/2016, FJ 4

¹⁰⁰ STC 39/2016, FJ 5

trabajadores los ámbitos concretos de control de la prestación laboral a que pueden destinarse las grabaciones de las cámaras”¹⁰¹.

3.3.2. La evolución de la doctrina del Tribunal Supremo (antes de Barbulescu)

La sentencia más destacable es la STS de 26 de septiembre de 2007. Este pronunciamiento clave se ubica en los mismos términos que establece el TEDH en los asuntos Halford y Copland en cuanto a la existencia de un hábito social generalizado de tolerancia con ciertos usos de los medios informáticos facilitados por la empresa, lo cual genera una “expectativa razonable de confidencialidad”. No obstante, dicha expectativa puede ser desvirtuada por el empresario si cumple con un presupuesto básico, como es, en palabras de Goñi Sein, la transparencia informativa. Es decir, la “obligación de la empresa de informar sobre las reglas de uso de esos medios con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales para usos privados, y sobre la existencia del control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos”¹⁰². Esta doctrina de la Sala IV del Tribunal Supremo ha sido confirmada por dos sentencias posteriores, la STS de 8 de marzo de 2011 y la STS de 6 de octubre de 2011. Sin embargo, cabe añadir que en la STS de 6 de octubre de 2011 el pronunciamiento del Tribunal se distancia algo de los anteriores. Es necesario recordar, tal y como explica Goñi Sein, que en la STS de 26 de septiembre de 2007 “se había establecido que la legitimidad del control requiere no sólo la advertencia de las reglas de uso de los medios informáticos, sino la previa comunicación sobre la existencia de los controles de uso del ordenador. El Tribunal, en la STS de 6 de octubre de 2011, realiza, sin embargo un juicio de fondo, consistente únicamente en valorar la primera de las dos condiciones; esto es, si hubo advertencia expresa de una prohibición absoluta de uso de los

¹⁰¹ García Rubio, M^a. Amparo, “Nueva doctrina constitucional sobre videovigilancia laboral y protección de datos personales”, 2016, p. 5, en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/doctrina-constitucional-videovigilancia-laboral-proteccion-personales_11_964930001.html

¹⁰² Goñi Sein, José Luis, “El poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 239.

medios para fines personales”¹⁰³. De esto modo, con la prohibición se quiebra toda “expectativa razonable de intimidad” o, lo que es lo mismo, la existencia de una prohibición empresarial delimita el contenido del derecho fundamental de modo que no puede hacerse efectivo a través de mecanismos empresariales ni durante el tiempo de trabajo¹⁰⁴.

Recordemos también que con un planteamiento similar se pronuncia el Tribunal Constitucional en la sentencia 170/2013, de 7 de octubre, comentada anteriormente. Así, la sentencia del Alto Tribunal de 6 de octubre de 2011, en palabras de Rodríguez Escanciano, “introduce una matización en la doctrina anterior, que supone una cierta marcha atrás en la protección del derecho fundamental a la intimidad y al secreto de las comunicaciones”¹⁰⁵.

A pesar de lo anterior, en una sentencia de 13 de mayo de 2014, el Tribunal Supremo parece retomar la línea argumental que venía siguiendo desde la STS de 26 de septiembre de 2007, considerando nuevamente que es necesario informar previamente a los trabajadores tanto sobre las reglas de uso de los ordenadores como sobre la existencia de mecanismos de control de la en la empresa para que la vigilancia empresarial sea legítima. Con posterioridad, el Tribunal Supremo en la sentencia de 7 de julio de 2016 sigue la última línea argumental del Tribunal Constitucional en torno a las grabaciones de cámaras de videovigilancia. Concretamente, el Tribunal Supremo admite como prueba en un juicio para justificar un despido, las grabaciones procedentes de cámaras de videovigilancia. El Alto Tribunal entiende en este asunto que las imágenes obtenidas no vulneran la protección de datos si el trabajador conoce la existencia de los dispositivos de grabación. Recuerda además la STC 39/2016 en cuanto a que no es necesario el consentimiento de los trabajadores cuando hay una relación laboral pero sí que es necesario informar de la existencia de cámaras de videovigilancia —siendo suficiente para cumplir con

¹⁰³ *Id.*, p. 241.

¹⁰⁴ Carrizosa Prieto, Esther, “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n° 116, 2012, p. 266.

¹⁰⁵ Rodríguez Escanciano, Susana, “Internet en el Trabajo”, *Diario La Ley*, n° 8926, 2017, p. 7.

ese requisito la ubicación de un cartel indicativo en un lugar claro y visible— para no lesionar el derecho a la protección de datos.

Por último, la STS de 31 de enero de 2017 reitera la doctrina de la STC 39/2016, de 3 de marzo, y de la STS de 7 de julio de 2016 sobre la admisión de una prueba obtenida a través de una cámara de videovigilancia. Así, será lícita siempre que el trabajador tenga conocimiento de la instalación del sistema de videovigilancia y su ubicación por motivos de seguridad.

Como hemos observado, el control empresarial del uso de los medios informáticos de la empresa continúa siendo un tema polémico que parecía, en cierto modo, resuelto por la jurisprudencia. Sin embargo, en sus sentencias más recientes, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha establecido nuevos criterios que, ciertamente, generan importantes cambios en nuestro sistema.

3.4. LA DOCTRINA JURISPRUDENCIAL DEL TRIBUNAL EUROPEO DE DERECHOS HUMANOS SOBRE LA FIJACIÓN DE LOS LÍMITES AL PODER DE VIGILANCIA Y CONTROL

La doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos es extensa en la materia, ya que existen diversos pronunciamientos en torno al derecho a la intimidad, y específicamente, como veremos, en relación al control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos o telefónicos en el entorno laboral¹⁰⁶. La solución adoptada por el Tribunal de Estrasburgo en el asunto *Barbulescu* contra Rumanía parece, sin embargo, dar una respuesta final aproximándose a una jurisprudencia anterior, favorable a una interpretación más conservadora o protectora de la noción de “vida privada” y de los derechos de los trabajadores (casos *Copland* y *Halford*).

¹⁰⁶ En torno a esta cuestión y la oscilante jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo véase la valiosa aportación de Bilbao Ubillos en: Bilbao Ubillos, Juan María, “La vida privada en el ámbito laboral”, en: Matía Portilla, Francisco Javier y López de la Fuente, Graciela (Dirs.), *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 141-201.

3.4.1. La primera doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos: los casos Copland y Halford

La doctrina anterior del Tribunal Europeo de Derechos Humanos al caso *Barbulescu*, favorable a una interpretación protectora derivada de una aplicación amplia del art. 8 del CEDH, se fundamenta en el criterio de la “expectativa razonable de intimidad o confidencialidad”. Concretamente, este criterio, que posteriormente encontraremos en nuestra doctrina judicial, aparece en los pronunciamientos más importantes: la STEDH de 25 de junio de 1997 (caso *Halford* contra Reino Unido) y la STEDH de 3 de abril de 2007 (caso *Copland* contra Reino Unido). Los dos asuntos versan sobre la licitud de los controles realizados por el empleador en relación con el necesario respecto del art. 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos.

En el asunto *Copland*, el Tribunal de Estrasburgo considera que los trabajadores mantienen su derecho a la intimidad en la empresa, incluso cuando los dispositivos electrónicos pertenezcan a la misma y se utilicen durante las horas de trabajo. Afirmando en este sentido el TEDH que las llamadas telefónicas procedentes del ámbito laboral forman parte del concepto de “vida privada” y “de correspondencia” a los efectos del art. 8.1 del CEDH¹⁰⁷. Del mismo modo, esta protección se hace extensible a los correos electrónicos enviados desde el lugar de trabajo y a la información derivada del seguimiento navegación en internet¹⁰⁸. Así, la naturaleza privada prevalece al no haber advertido, en este caso, a la trabajadora de que sus llamadas iban a ser controladas, por lo que podía razonablemente confiar en el carácter privado de las comunicaciones¹⁰⁹. El Tribunal, a pesar de lo anterior, no excluye la posibilidad de que puedan realizarse determinados controles “necesarios en una sociedad democrática”, y por tanto lícitos, sobre el uso que hacen los trabajadores del teléfono, del correo electrónico o de internet en la empresa. Sin embargo, las injerencias al derecho solo se encuentran amparadas si se realizan con consenti-

¹⁰⁷ STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland* contra Reino Unido, apartado 41; STEDH de 25 de junio de 1997, *Halford* contra Reino Unido, apartado 44.

¹⁰⁸ STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland* contra Reino Unido, apartado 42.

¹⁰⁹ STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland* contra Reino Unido, apartado 42; STEDH de 25 de junio de 1997, *Halford* contra Reino Unido, apartado 45.

miento del titular o si están contempladas de forma expresa y clara en una ley. Sólo de este modo, según entiende el Tribunal, se cumple con la exigencia de previsibilidad y los ciudadanos pueden conocer con suficiente claridad las circunstancias y condiciones de la limitación¹¹⁰.

3.4.2. La doctrina reciente del Tribunal Europeo de Derechos Humanos sobre el control de las comunicaciones en el trabajo: caso *Barbulescu* contra Rumanía

La sentencia de la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, de 5 de septiembre de 2017, *Barbulescu* contra Rumanía (asunto 61496/08)¹¹¹ ha provocado múltiples reacciones dada la importante cuestión que aborda y que parece poner fin a un eterno debate. La sentencia, ya inapelable, se pronuncia con motivo de un recurso a una sentencia anterior del TEDH de 12 de enero de 2016¹¹² que pasamos a comentar.

3.4.2.1. *Barbulescu I: Los antecedentes del caso y la sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016*

Para analizar la argumentación del TEDH es necesario detenerse en los hechos y antecedentes del caso, concretamente, en la STEDH de 12 de enero de 2016, primer pronunciamiento en este asunto¹¹³, que será corregido en la sentencia posterior de la Gran Sala del TEDH de 5 de septiembre de 2017.

¹¹⁰ STEDH de 3 de abril de 2007, *Copland* contra Reino Unido, apartados 45 a 47.
¹¹¹ <https://www.doctrine.fr/d/CEDH/HFJUD/GRANDCHAMBER/2017/CE-DH001-177083>

¹¹² La sentencia se encuentra disponible en inglés en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-159906>

¹¹³ Al respecto véase también: Goñi Sein, José Luis, “La vigilancia empresarial de las conversaciones electrónicas de los trabajadores: A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, ‘*Barbulescu* v. Rumanía’”, *Trabajo y derecho*, n° 18, 2016, pp. 78-84; Bermejo Bosch, Reyes, Botella Vivó, Santiago, “La sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (caso *Barbulescu* v. Rumanía N°. 61496/08 de 12 de enero de 2016)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n° 43, 2016, pp. 90-94.

Este concreto supuesto tiene como origen el despido de un trabajador por realizar un uso personal e indebido de la cuenta de mensajería instantánea puesta a disposición por la empresa para fines exclusivamente profesionales. Concretamente, el trabajador desempeñaba sus funciones como encargado de ventas para la empresa desde el año 2004. A petición de esta, el trabajador abrió una cuenta de Yahoo Messenger (cuenta de mensajería instantánea) para su uso profesional, fundamentalmente, para atender las peticiones y consultas de los clientes.

Es relevante decir que la empresa tenía una normativa interna conocida por el trabajador, en la que específicamente se establecía la prohibición del uso de los recursos y bienes de la empresa para fines personales.

El 13 de julio de 2007, el trabajador es informado de que las comunicaciones mantenidas a través de la cuenta Yahoo Messenger habían sido vigiladas durante 9 días (del 5 al 13 de julio) y que, por lo tanto, la empresa tenía conocimiento de que había estado utilizando la cuenta de mensajería profesional para fines personales en contra de lo establecido en la normativa interna. El trabajador, ante estas acusaciones, negó haber realizado un uso privado de los instrumentos de la empresa. Tras lo cual, la empresa transcribió cuarenta y cinco páginas con las comunicaciones personales mantenidas entre el trabajador y otras personas, tales como su hermano y su pareja, en las que se hacía referencia a temas relacionados con su salud o su vida sexual.

El empleador procedió a la extinción del contrato con el trabajador alegando como causa del despido la infracción a la mencionada normativa interna de la empresa por los hechos narrados. El trabajador, no conforme con la decisión de la empresa, decide impugnar el despido alegando que la monitorización de su cuenta de mensajería por parte del empleador supone una vulneración del derecho a la vida privada y al secreto de las comunicaciones al amparo de la Constitución y del Código penal de Rumanía. El tribunal de primera instancia resuelve declarando la procedencia del despido por entender que la empresa había informado adecuadamente de su normativa interna y de la prohibición de usar los instrumentos de la empresa para fines personales.

El trabajador recurre la sentencia invocando, esta vez, el artículo 8 del CEDH que reconoce el derecho de toda persona al respeto de su vida privada y familiar, de su domicilio y de su correspondencia. El tribunal de apelación falla a favor de la empresa, confirmando nuevamente el despido, por considerar que la conducta del empleador fue razonable ya que la vigilancia de las comunicaciones era el único medio de probar la existencia de la infracción disciplinaria.

Tras agotar las vías internas, el trabajador decide recurrir ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, siendo esta vez parte demandada el Estado de Rumanía. En esta ocasión, el Tribunal de Estrasburgo debe pronunciarse sobre la existencia o no de una vulneración del artículo 8 del CEDH y, concretamente, determinar si Rumanía ha respetado el correcto equilibrio entre los derechos de la empresa y los del trabajador.

La doctrina anterior (caso Copland), venía utilizando el criterio de la “expectativa razonable de confidencialidad” que puede tener el trabajador al desconocer la posibilidad de una intromisión del empresario en sus comunicaciones. En consecuencia, si el empleador pretende realizar un seguimiento debe destruir esa expectativa de confidencialidad del trabajador para que su intromisión sea legítima. Para ello, “debe establecer previamente las reglas de uso de esos medios —con aplicación de prohibiciones absolutas o parciales— e informar a los trabajadores de que va a existir control y de los medios que han de aplicarse en orden a comprobar la corrección de los usos, así como las medidas que han de adoptarse en su caso para garantizar la efectiva utilización laboral del medio cuando sea preciso, sin perjuicio de la posible aplicación de otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones. De tal manera que si se cumplen tales exigencias (...) no podrá entenderse que, al realizarse el control se ha vulnerado “una expectativa razonable de intimidad¹¹⁴”.

Sin embargo, el TEDH en la sentencia de 12 de enero de 2016 parece haber realizado un cambio de criterio. El TEDH considera

¹¹⁴ Lluch Corell, Francisco Javier, “El secreto de las comunicaciones en la empresa: el control empresarial del correo electrónico que utiliza el trabajador”, 2017, p. 3, en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Comunicaciones-empresa-control-correo-electronico-trabajador_11_1045180003.html

que la normativa interna de la empresa era suficientemente conocida por el trabajador, lo que permitía destruir toda expectativa razonable de privacidad. Es decir, la información ofrecida con anterioridad al trabajador en la normativa interna de la empresa es fundamento suficiente para justificar la monitorización. Esta se entiende además proporcional y razonable ya que la empresa accedió a la mensajería “en la creencia de que el registro de comunicaciones contenía mensajes profesionales y no personales” por lo que la transcripción de las conversaciones se realizó con el único fin de constatar y acreditar el incumplimiento laboral del trabajador. Asimismo, el hecho de que no se hubiera accedido también al disco duro del ordenador fue considerado por el TEDH como un “elemento de medida y ponderación”¹¹⁵.

Añadir que la defensa, de entre sus argumentos, alegó que con su comportamiento no se había causado daño a la empresa. Este motivo que fue desestimado señalando que los efectos son indiferentes pues es legítimo que un empleador quiera comprobar el uso que hacen sus trabajadores del tiempo de trabajo con independencia del daño o repercusión para la empresa.

En definitiva, el TEDH hace prevalecer el derecho del empleador al control y vigilancia del cumplimiento de las obligaciones laborales frente al derecho a la intimidad del empleado. La “expectativa razonable de confidencialidad” queda destruida, a juicio del Tribunal, por la simple prohibición general “ex ante” de uso. Quizá lo más importante a extraer es que parece ser suficiente con una prohibición genérica incluida en una normativa interna, sin necesidad de firma ni comunicación expresa o directa al trabajador ni previo aviso de ningún tipo sobre la posibilidad de controles en la empresa. También es irrelevante que el comportamiento del trabajador no cause perjuicio o daño a la empresa ni que no sea reiterado ni abusivo. Este último argumento podía haber sido un elemento importante para valorar la proporcionalidad del despido respecto de la posibilidad de imponer otro tipo de sanción. Finalmente, añadir que a juicio del Tribunal, la intromisión del empleador se justifica en la creencia de que la infor-

¹¹⁵ Miranda Boto, José María, “Derecho a la intimidad de los trabajadores y uso del messenger corporativo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho de las relaciones laborales*, n° 2, 2016, p. 104.

mación contenida estaba relacionada con actividades profesionales y que, por lo tanto era legítimo acceder a ella. Así, el TEDH, tras revisar la normativa aplicable y valorar el fondo del asunto, declara (con seis votos a favor y uno en contra)¹¹⁶ que no se ha producido una vulneración del artículo 8 del CEDH.

Tras el polémico pronunciamiento, la sentencia fue recurrida ante la Gran Sala del TEDH¹¹⁷ que dictó sentencia en audiencia pública el 5 de septiembre de 2017, sobre la cual nos detendremos a continuación.

3.4.2.2. *Barbulescu II: La sentencia del TEDH (Gran Sala) de 5 de septiembre de 2017 y la revisión de la doctrina del Tribunal Europeo de Derechos Humanos*

La Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en su sentencia de 5 de septiembre de 2017 revisa el criterio vertido en la

¹¹⁶ La STEDH de 12 de enero de 2016 cuenta con un voto particular del magistrado portugués Pinto de Albuquerque que resulta de gran relevancia. Entiende el magistrado que la política de uso de Internet en la empresa debe ser más precisa, siendo insuficiente una mera prohibición o aviso genérico del uso de los ordenadores para fines personales. Sería conveniente “recoger expresamente el conocimiento del trabajador de que está siendo controlado”. Insiste el magistrado en la necesidad de “que las políticas de control sobre empleados establezcan reglas claras y transparentes sobre los usos permitidos, los controles que podían llevarse a cabo y su periodicidad o las medidas técnicas que serán implementadas a tales efectos”. Por otro lado, el magistrado considera que la transcripción de los mensajes y su divulgación a otros empleados va más allá de lo estrictamente necesario. Desde luego parece razonable que una empresa no pueda divulgar la información obtenida del trabajador a través de los mecanismos de control utilizados, ya que la finalidad de la injerencia no puede ser otra que verificar el cumplimiento de las obligaciones laborales de los trabajadores.

¹¹⁷ Según establece el artículo 43 del CEDH: “1. En el plazo de tres meses a partir de la fecha de la sentencia de una Sala, cualquier parte en el asunto podrá solicitar, en casos excepcionales, la remisión del asunto ante la Gran Sala. 2. Un colegio de cinco jueces de la Gran Sala aceptará la solicitud si el asunto plantea una cuestión grave relativa a la interpretación o a la aplicación del Convenio o de sus Protocolos o una cuestión grave de carácter general. 3. Si el colegio acepta la solicitud, la Gran Sala se pronunciará sobre el asunto mediante sentencia”. Puede verse la retransmisión de la audiencia de 30 de noviembre de 2016 ante la Gran Sala del TEDH en el siguiente enlace:
http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=hearings&w=6149608_30112016&language=fr&c=fre&py=2016

sentencia anterior de 12 de enero de 2016. En primer lugar analiza la normativa correspondiente teniendo en cuenta la Directiva 95/46/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 24 de octubre de 1995 relativa a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y la libre circulación de esos datos¹¹⁸. Es necesario matizar que dicha Directiva quedó derogada a partir del 25 de mayo de 2018 con la entrada en vigor del citado RGPD. Asimismo, la Gran Sala del TEDH retoma el análisis sobre la posible vulneración del artículo 8 del CEDH. Entiende además el Tribunal que el control empresarial de los medios informáticos tiene que ajustarse a las pautas establecidas en la Recomendación CM/Rec(2015) 5 del Consejo de Europa para la protección de datos en el ámbito laboral adoptada por el Comité de Ministros el 1 de abril de 2015 y que, en consecuencia, el empresario no podía acceder al ordenador del trabajador porque existía una “expectativa razonable de confidencialidad no neutralizada”. Seguramente lo más relevante de la sentencia sea que se considera necesaria la advertencia del empresario de la existencia de controles al trabajador así como de su naturaleza o alcance con carácter previo al establecimiento de las medidas de control. En definitiva, se exige para que los controles sean válidos, que vayan acompañados de las garantías adecuadas y suficientes. Existía a juicio del Tribunal, en definitiva, una expectativa razonable de confidencialidad no neutralizada pues el empleador debe de informar y advertir de la vigilancia a los trabajadores previamente a la implantación de las herramientas de control, sobre todo si afecta al contenido de las comunicaciones. Además la información debe ser clara en cuanto a la naturaleza de la vigilancia. En el caso concreto no se había llevado a cabo la información con carácter previo al control y, por lo tanto, se vulnera el art. 8 CEDH.

La sentencia denominada ya como “doctrina Barbulescu” aporta un cambio fundamental pues somete cualquier medida de control al cumplimiento de una serie de requisitos. Se añade a la necesidad de información previa anteriormente señalada otros dos aspectos importantes, a saber, la necesidad de priorizar las medidas preventivas sobre las de control (como por ejemplo impedir o filtrar el acceso a determi-

¹¹⁸ En: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/?uri=OJ:L:1995:281:TOC>

nadas páginas web) y la necesidad de garantizar la transparencia en el tratamiento de los datos de carácter personal¹¹⁹.

3.4.3. Los pronunciamientos del TEDH sobre videovigilancia encubierta en la empresa: caso López Ribalda y otras contra España

La doctrina del TEDH sobre los límites de la videovigilancia en el trabajo tiene su origen en la sentencia de 28 de noviembre de 2017, asunto Antovic y Mirkovic contra Montenegro. Se trataba de dilucidar en este asunto si se había vulnerado el derecho a la vida privada de dos profesores de la Universidad de Montenegro tras la instalación de un sistema de videovigilancia en el auditorio en el que impartían sus clases, recopilando sus conferencias sin su consentimiento. Dicha instalación tenía como finalidad supervisar la seguridad de las personas y de los bienes así como la vigilancia de la enseñanza. Además de constatar que la seguridad no era un problema y que existen otros medios para proteger a las personas y bienes, el control de la enseñanza, no es un motivo legalmente previsto para instalar un sistema de videovigilancia. El Tribunal recuerda en la sentencia que la vida privada también puede abarcar actividades profesionales y considera que el artículo 8 del CEDH garantiza la vida privada en un sentido amplio. Finalmente, el Tribunal constata la existencia de vulneración del artículo 8 CEDH ya que la videovigilancia no se encontraba prevista por la ley e incumplía las disposiciones del ordenamiento interno.

3.4.3.1. *La STEDH de 9 de enero de 2018, López Ribalda y otras contra España*

Ahora bien, la doctrina del Tribunal de Estrasburgo se perfila con mayor claridad en la sentencia de 9 de enero de 2018, asunto López

¹¹⁹ No obstante, una sentencia posterior, de 22 de febrero de 2018, dictada por el TEDH en el asunto *Libert contra Francia*, parece poner en duda el legado Barbulescu sobre la defensa del secreto de las comunicaciones en el ámbito laboral. Sin embargo, en este asunto parece fundamental para considerar que no hubo injerencia en modo alguno, el hecho de que el trabajador hubiera identificado los ficheros con contenido extralaboral como “personales” en lugar de como “privados” tal y como se indicaba en la normativa interna de la empresa.

Ribalda y otras contra España. El asunto tiene como origen una acción iniciada por cinco trabajadoras de una cadena de supermercados que fueron despedidas disciplinariamente en el año 2009 después de constatar mediante las cámaras de videovigilancia que habían robado objetos y cometido una serie de irregularidades laborales.

En febrero de 2009, el empleador constató una serie de incoherencias entre los niveles de stock y las ventas diarias en el supermercado. Con el fin de terminar con esas pérdidas económicas, el empleador instaló cámaras de videovigilancia tanto visibles como ocultas. La diferencia era que las cámaras visibles se instalaron con el objetivo de grabar posibles robos por parte de los clientes, mientras que las cámaras ocultas tenían el propósito de controlar posibles robos de los empleados. La empresa puso en conocimiento de sus trabajadores la instalación de las cámaras visibles pero, sin embargo, no fueron informados sobre las cámaras ocultas.

En junio de 2009, los trabajadores sospechosos fueron convocados a una reunión individual en la cual se les mostró videos grabados por las cámaras de seguridad en los que aparecían robando o ayudando a robar objetos. Los trabajadores implicados admitieron estar involucrados en los robos en el establecimiento. Tres de las cinco demandantes firmaron un acuerdo con la empresa por el cual se comprometían a no impugnar el despido ante los tribunales y, el empleador, por su parte se comprometía a no presentar cargos por robo contra ellas. A pesar de lo anterior, todas las demandantes interpusieron una demanda por despido improcedente. Las demandantes alegaban que el acuerdo debía ser considerado nulo por encontrarse bajo presión y, fundamentalmente, alegaban que las pruebas obtenidas mediante la videovigilancia encubierta habrían sido obtenidas ilegalmente.

Posteriormente, los despidos fueron confirmados en primera instancia y posteriormente por el Tribunal Superior de Justicia de Cataluña al considerarse que la conducta de las trabajadoras suponía una vulneración de la buena fe contractual y abuso de confianza de conformidad con el art. 54.2 del ET y que el uso de la videovigilancia encubierta en el lugar de trabajo era conforme al art. 20 del ET. Las demandantes, tras inadmitirse sus recursos de casación y amparo por considerar inexistente la vulneración de un derecho fundamental, recurren al Tribunal de Estrasburgo por vulneración de los artículos 6

(derecho a un juicio justo) y 8 (derecho al respeto de la vida privada) del Convenio.

Finalmente, el TEDH en su sentencia de 9 de enero de 2018 declara, por seis votos contra uno, que ha habido vulneración del artículo 8 del CEDH ya que los tribunales nacionales no han establecido un justo equilibrio entre el interés del empresario y el de las trabajadoras en relación con el respeto de su vida privada. Veamos a continuación el análisis de la sentencia.

El Tribunal, al igual que en el asunto *Barbulescu*, recuerda que “la videovigilancia encubierta de un empleado en su puesto de trabajo, debe ser interpretada como una considerable intrusión sobre su vida privada” ya que “implica la existencia de un documento grabado y reproducible de la conducta de una persona en su puesto de trabajo, el cual no puede eludir, al estar obligado a desempeñar sus funciones en ese lugar, en los términos de su contrato”¹²⁰. Además, el material obtenido fue procesado y posteriormente examinado por otros trabajadores de la empresa (representante sindical y representantes legal de la empresa, entre otros) antes de que las demandantes fueran informadas de las existencia de esas grabaciones. Al respecto, el TEDH concluye que en base a la legislación española sobre protección de datos vigente en ese momento, se tendría que haber cumplido con la obligación de informar a las recurrentes de que estaban sometidas a dicha vigilancia y del consecuente tratamiento de sus datos personales.

En efecto, en virtud del artículo 5 de la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre de Protección de Datos de Carácter Personal (vigente en ese momento)¹²¹, “las demandantes tenían derecho a ser ‘previamente informados de modo expreso, preciso e inequívoco’ de la ‘existencia de un fichero o tratamiento de datos de carácter personal, de la finalidad de la recogida de estos y de los destinatarios de la

¹²⁰ Apartado 59 de la sentencia.

¹²¹ Recordemos que la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales ha derogado la Ley Orgánica 15/1999, de 13 de diciembre, de Protección de Datos de Carácter Personal para adaptar nuestro ordenamiento al Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y el Consejo, de 27 de abril de 2016, relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de sus datos personales y a la libre circulación de estos datos.

información; del carácter obligatorio o facultativo de su respuesta a las preguntas que les sean planteadas; de las consecuencias de la obtención de los datos o de la negativa a suministrarlos; de la posibilidad de ejercitar los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición; de la identidad y dirección del responsable del tratamiento o, en su caso, de su representante”¹²². Además, el artículo 3 de la Instrucción 1/2006 de la Agencia Española de Protección de Datos también especificaba que esta obligación se aplicaba además a cualquiera que utilizase sistemas de videovigilancia, en cuyo caso, estos estarían obligados a colocar, en las zonas videovigiladas, un distintivo informativo, y a tener a disposición de los interesados impresos detallando la información prevista en el artículo 5 de la LOPD¹²³.

En consecuencia, el Tribunal considera teniendo en cuenta la legislación en vigor en aquel momento, que el derecho de cada afectado a ser informado de la existencia, el objetivo y la forma de la videovigilancia encubierta estaba claramente regulado y protegido por la ley. Por lo tanto, las demandantes tenían unas expectativas razonables de privacidad¹²⁴. Este asunto difiere del caso Köpke contra Alemania, sentencia de 5 de octubre de 2010¹²⁵ en la medida en que la videovigilancia encubierta estaba limitada en el tiempo (dos semanas) y con un alcance personal limitado pues únicamente estaba dirigida a dos trabajadores. Además, en este asunto, el derecho interno no contemplaba ninguna disposición clara al respecto. Lo que no sucede en el caso objeto de comentario en el que la medida de control tenía un alcance general a todo el personal de caja, sin límite de tiempo y durante toda la jornada laboral.

Considerando lo expuesto, el TEDH no comparte la valoración de los tribunales nacionales sobre la proporcionalidad de la medida considera que no se alcanzó un justo equilibrio entre el derecho de las

¹²² Apartado 64 de la sentencia

¹²³ Apartado 65 de la sentencia

¹²⁴ Apartado 67 de la sentencia

¹²⁵ El TEDH considera en este asunto, proporcionada la medida de videovigilancia encubierta ya que fue limitada en el tiempo, dirigida a dos trabajadores por sospechas de robo y tampoco no existían previsiones legales en Alemania sobre las condiciones en las que un empleador podía recurrir a la videovigilancia de un trabajador.

demandantes al respeto de su vida privada y los intereses del empresario. La videovigilancia llevada a cabo por el empresario, se prolongó durante un largo periodo de tiempo, no cumplía con los requisitos establecidos en la legislación interna, en particular, con la obligación de informar previamente a los interesados de modo expreso, preciso e inequívoco sobre la existencia y características particulares de un sistema de recogida de datos de carácter personal” (apartado 69). Además, los derechos del empresario podían haber sido protegidos por otros medios, en especial, informando previamente a las demandantes, incluso de un modo general sobre la instalación del sistema de vigilancia y dotándolos de la información establecida legalmente.

En este asunto, el TEDH recoge los argumentos vertidos en *Barbulescu* pero además presta una atención particular a la normativa española sobre protección de datos personales y a la necesidad de asegurar la debida información previa. Así, cabe extraer de la sentencia que una medida de control puede superar el test de proporcionalidad pero, si no se ha cumplido con el deber de información previa de manera expresa, precisa e inequívoca, la conducta empresarial será considerada como una intromisión ilegítima en la intimidad de los trabajadores. O dicho de otro modo, sólo cuando se cumpla correctamente con el deber de información previa y se supere la valoración de la proporcionalidad, la medida de control empresarial será legítima. De acuerdo con García Vitoria, podemos concluir que la aplicación de la legislación interna sobre protección de datos, fundamentalmente por la aplicación del derecho de información previa, parece decisiva. Además, se observa como la normativa sobre protección de datos ocupa un lugar central pues el TEDH obliga a los jueces de lo social a controlar su adecuado cumplimiento por las empresas¹²⁶.

El asunto López Ribalda ha sido objeto de polémica por contrastar con la doctrina menos garantista de nuestro Tribunal Constitucional. Sin embargo, parece que los tribunales de instancia y suplicación es-

¹²⁶ García Vitoria, Ignacio, “La protección de datos como eje de la jurisprudencia del Tribunal de Estásburgo sobre la privacidad del trabajador y el control empresarial”, *Revista catalana de dret públic*, de 28 de febrero de 2018. En: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/02/28/la-proteccion-de-datos-como-eje-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-estasburgo-sobre-la-privacidad-del-trabajador-y-el-control-empresarial-ignacio-garcia-vitoria/>

tán siguiendo una línea más próxima a los criterios de Estrasburgo. Nos encontramos, a partir de entonces, con una serie de sentencias que recogen la doctrina sentada por el TEDH en el asunto López Ribalda. Así por ejemplo, en la Sentencia del TSJ del País Vasco de 27 de febrero de 2018, se declara nulo el despido de una trabajadora de la sociedad cooperativa Eroski al considerar que la grabación realizada por la empresa vulneraba el derecho a su vida privada, dado que no fue informada de la existencia de tal sistema de video vigilancia ni de los extremos de los que debió haber sido informada según la previsión del artículo 5 de la LOPD. La Sala retoma el caso Köpke contra Alemania y, fundamentalmente, el caso López Ribalda y otras contra España para sostener que el Derecho español obliga a informar claramente a las personas trabajadoras sobre el almacenamiento y tratamiento de los datos personales y que es necesario cumplir con las exigencias del artículo 5 de la LOPD.

Asimismo, la sentencia del Juzgado de lo Social número 2 de Córdoba de 20 de abril de 2018, declara improcedente el despido de una trabajadora de un hipermercado, tras ser grabada durante varios días por una cámara encubierta consumiendo productos destinados a la venta al público durante el transcurso de su jornada laboral y sin abonar el importe correspondiente. Siguiendo las pautas fijadas por el TEDH, se hace referencia aquí también al asunto López Ribalda para considerar ilícita la prueba obtenida mediante videovigilancia encubierta.

También la Sentencia del Juzgado de lo Social número 3 de Pamplona de 18 de febrero de 2019, declara la nulidad de la prueba obtenida a través de las grabaciones de las cámaras de videovigilancia porque la empresa se había limitado a poner un cartel indetentativo de zona videovigilada sin haber informado con carácter previo a los trabajadores de la instalación de las cámaras de vigilancia ni de su finalidad. En concreto, la sentencia, retomando los criterios establecidos en el asunto López Ribalda y el Reglamento General de Protección de Datos, declara que el deber de informar es una exigencia ineludible que va más allá de la mera colocación de un cartel indicativo.

Por último, en la sentencia de 10 de julio de 2019 dictada por el TSJ de Madrid, se declara la improcedencia de un despido al no admi-

tirse como prueba las imágenes obtenidas a través de cámaras ocultas instaladas por un detective contratado por la empresa.

Al margen de estas sentencias, en una resolución de 2019¹²⁷, la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) ha impuesto una multa a una empresa que utilizó para sancionar a un trabajador unas grabaciones realizadas con un móvil particular de otro empleado. La AEPD confirma así que las exigencias sobre protección de datos relativas al uso de sistemas de videovigilancia se aplican a cualquier grabación que pueda realizarse en el ámbito laboral y que sea utilizada con el fin de controlar a los trabajadores, más allá de los sistemas instalados por la propia empresa. En consecuencia, se sanciona a la empresa con una multa de 12.000 euros por una infracción del artículo 5.1 a) del RGPD, tipificada en el artículo 83.5 del RGPD.

A pesar de todo lo anterior, la Abogacía del Estado formuló recurso contra la sentencia del TEDH de enero de 2018 obligando a la Gran Sala del Tribunal Europeo de Derechos Humanos a pronunciarse en una última decisión.

3.4.3.2. *La STEDH (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, López Ribalda II: ¿la sospecha razonable sobre la comisión de un delito lo cambia todo?*

Mediante una sentencia de 17 de octubre de 2019¹²⁸, la Gran Sala del TEDH estima el recurso interpuesto por la Abogacía del Estado española contra la sentencia de enero de 2018. El Tribunal determina, por catorce votos contra tres, que ante una sospecha razonable de la comisión de un delito, es posible instalar un sistema de videovigilan-

¹²⁷ Resolución R/00411/2019 de terminación del procedimiento por pago voluntario en relación al procedimiento sancionador PS/00401/2018, instruido por la Agencia Española de Protección de Datos, en: https://www.aepd.es/resoluciones/PS-00401-2018_ORI.pdf

¹²⁸ La sentencia puede verse en su versión en inglés en: https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292429625980?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=Grupo&blobheadername3=attachment%3B+filename%3DSentencia_de_Gran_Sala_en_el_asunto_L%3%3Bpez_Ribalda_y_otros_v._Espa%3%B1a_%28original_en_ingl%3%A9s%29.pdf&blobheadername4=Doc%3Bsentencia%3Bde%3B17%3Bde%3B17%3Bde%3B2019

cia encubierta siempre que no haya otra forma menos intrusiva para probar los hechos.

La Gran Sala retoma el “test Barbuлесcu” para comprobar también en este asunto la proporcionalidad de la medida de videovigilancia aunque el fallo será opuesto¹²⁹. El deber de informar no es más que unos de los criterios a tener en cuenta para apreciar la proporcionalidad de la medida. En ausencia de tal información, el cumplimiento de las otras garantías será más exigente¹³⁰. Así, a pesar de la ausencia de información previa, el tribunal entiende que la existencia de sospechas razonables de que se ha cometido una infracción grave y la constatación de la magnitud de las pérdidas en la empresa, constituyen una justificación suficiente¹³¹.

En este análisis de la proporcionalidad de la medida, el Tribunal considera que existía efectivamente una “sospecha razonable” y entiende además que la medida fue proporcionada, ya que la vigilancia sólo se limitó al área de pago, duró diez días y fue vista por un número limitado de personas, y legítima para lograr el objetivo perseguido.

En este caso, la Gran Sala tiene también en cuenta un criterio determinante: el lugar en el que se lleva a cabo la videovigilancia y la expectativa razonable de privacidad. Así, el grado de intimidad o privacidad será muy elevado en lugares privados por naturaleza como son los baños, vestuarios o incluso en áreas de trabajo cerradas pero, sin embargo, será menor en lugares visibles o accesibles para la plantilla o el público en general.

Sobre la ausencia de información de la instalación de las cámaras de videovigilancia se considera que si bien es una infracción de la normativa española, no es el único criterio para evaluar la proporcionalidad de la medida. En este sentido, se valora también que las trabajadoras tenían otros recursos disponibles —que no utilizaron— para hacer frente al incumplimiento de la Ley de protección de datos por parte de la empresa como por ejemplo, una denuncia ante la Agen-

¹²⁹ Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (Gran Sala) de 17 de octubre de 2019, parágrafo 115 y ss.

¹³⁰ *Id.*, parágrafo 131.

¹³¹ *Id.*, parágrafo 134.

cia de Protección de Datos¹³². Es decir, se toma en consideración que existían recursos específicos en la legislación nacional para asegurar la protección de datos.

¹³² *Id.*, párrafos 135 y 136.

Capítulo IV

La desconexión digital de los trabajadores

4.1. LA DESCONEXIÓN TECNOLÓGICA EN EL ÁMBITO LABORAL

En la actualidad, resulta cada vez más extendida la práctica de responder a llamadas o contestar correos fuera del horario laboral, durante los períodos reconocidos de descanso para el trabajador, provocando un aumento de la tensión en el entorno laboral y, por otra parte, fruto también del desarrollo de las TIC, se produce, en ocasiones, un manejo de los medios informáticos por los trabajadores durante la jornada laboral para fines particulares o en todo caso, extralaborales. Es comprensible que el empresario quiera asegurarse del rendimiento regular de sus empleados introduciendo medios de vigilancia directa o intencional. Ahora bien, es necesario buscar un punto de equilibrio entre el poder de control del empresario y los derechos de los trabajadores en la empresa que pueden resultar lesionados.

Las herramientas digitales como el correo electrónico, internet o los Smartphones simplifican en gran medida el trabajo facilitando la movilidad y la flexibilidad de horarios. Las herramientas digitales ofrecen una especie de don de la ubicuidad y de la inmediatez —aspectos cada vez más valorados en la actualidad por una sociedad “24/7”¹³³— pero, por otro lado, favorecen la eliminación de la frontera entre la vida privada y la profesional. Como evidencia Molina Navarrete “aunque resulte paradójico, la doble innovación tecnológico-organizativa más apunta hacia el incremento de la jornada —conforme al debate originario a su cuantificación—, que a su reducción —como acentuaba el nuevo debate relativo a su distribución irregular—: el paradigma de profesional más ‘valioso’ se identifica con el ‘más disponible’ (además

¹³³ En referencia a la abreviatura que significa abierto “24 horas al día, 7 días a la semana” refiriéndose a un servicio o negocio disponible sin interrupción.

del más transparente, por su conexión en redes)”¹³⁴. El reto está en mejorar el marco de la flexibilidad para que estas herramientas fomenten la autonomía del trabajador en lugar de propiciar una servidumbre constante que afecte a su salud y calidad de vida. El derecho a la desconexión digital surge así como herramienta de limitación de los poderes del empresario con el fin de garantizar el derecho al descanso, la conciliación y el derecho a la salud de los trabajadores.

4.1.1. El derecho a la desconexión digital: ¿derecho de nueva generación...

Si tuviéramos que ofrecer una definición de lo que se debe entender por derecho a la desconexión digital sería: aquel que establece la limitación del uso de las TIC fuera del horario de trabajo para garantizar el tiempo de descanso, permisos y vacaciones de los trabajadores. Es necesario considerar este derecho desde sus dos posibles vertientes: el poder de autodeterminación del trabajador para no conectarse ni contestar y el deber del empresario de abstenerse a sancionar.

Más allá, el derecho a la desconexión, en palabras de Biurrún Abad, “tiene el objetivo de evitar los abusos empresariales una vez finalizada la jornada laboral, en los que los trabajadores se ven obligados a seguir conectados a través de sus teléfonos, correo electrónico, etc., Continuando de una forma —normalmente no renumerada— su tiempo de trabajo contestando llamadas y mensajes. Sin obviar lo que supone en la falta de descanso y las incidencias de la convivencia familiar”¹³⁵. Para Alemán Páez, “los ordenamientos dan carta de naturaleza a un ‘nuevo derecho’ para garantizar las condiciones de descanso y el aislamiento de los trabajadores, pero también para preservar los derechos de conciliación de la vida personal y familiar en planos paralelos de protección jurídica. Se instituye entonces un trinomio protector que, por un lado, anude la salvaguarda de los riesgos tecnológicos, la salud laboral y los derechos de conciliación, empero,

¹³⁴ Molina Navarrete, Cristóbal, “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales* n° 138, 2017, p. 255.

¹³⁵ Biurrún Abad, Fernando J., “El derecho a la desconexión, más cerca”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n° 943, 2018, p. 22.

proyectando a un mismo tiempo una relación con-causal entre dichos anclajes institucionales. Por consiguiente, el reconocimiento de tales valores y su integración en textos con rango de ley colige un nuevo avance en la génesis evolutiva de los derechos de tercera generación. Los códigos de desconexión digital subsumen cánones regulativos en pro de resultados prácticos (o ‘responsive law’) y su consagración legislativa propende atajar los desequilibrios producidos por la revolución tecnológica en maridaje con la explosión implosiva de ‘riesgos psicosociales informacionalizados’¹³⁶.

Quizá sea un mero derecho de carácter instrumental o accesorio, que no constituye un fin en sí mismo, sino que sirve como medio para asegurar el cumplimiento y la efectividad de los demás derechos mencionados¹³⁷. Se trata de una garantía instrumental contra la supresión del límite entre la vida laboral y personal, una fórmula reforzada del “viejo” derecho al descanso pero que compensa el —frágil— estatuto jurídico del trabajador digital.

De acuerdo con Alemán Páez, “la paulatina generalización de los derechos de desconexión simboliza, en efecto, un importante avance o ‘conquista’ en la evolución de los derechos sociales y del Derecho del trabajo mismo. Su integración institucional subsume una anticipación correctora de los riesgos de sobrecarga laboral y, complementariamente a esto, representa una garantía instrumental contra el derrubio de los tiempos de ocio y de trabajo”¹³⁸.

¹³⁶ Alemán Páez, Francisco, “El derecho de desconexión digital una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘Loi Travail N° 2016-1088’”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n° 30, 2017, pp. 18-19.

¹³⁷ Favorable a esta interpretación es José Antonio Fernández Avilés al afirmar que “el ‘derecho a la desconexión’ sería un derecho instrumental o accesorio de otros derechos de mayor rango, así como de las propias políticas de conciliación de la vida laboral y familiar (y del conjunto de instrumentos normativos para su consecución)”. Fernández Avilés, José Antonio, “El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Boletín informativo Observatorio de riesgos psicosociales UGT*, n°. 28, agosto de 2018, p. 11.

¹³⁸ Alemán Páez, Francisco, “El derecho de desconexión digital...”, *Ob. cit.*, p. 20.

4.1.2. ... o una manifestación del conocido derecho al descanso?

En contraposición a los que consideran el derecho a la desconexión como un derecho de nueva generación, otra corriente doctrinal afirma que se trata más bien del resurgimiento de una cuestión clásica como es la ordenación del tiempo de trabajo y la protección de la seguridad y la salud.

La ordenación del tiempo de trabajo es una de las preocupaciones más antiguas de la legislación laboral por ser seguramente, el factor con más impacto en la vida de los trabajadores. Las horas de trabajo, su distribución y los periodos de descanso, tienen consecuencias importantes para los trabajadores (pues afecta tanto a la calidad del trabajo, a su salud física, a su seguridad, como a su vida personal) y para las empresas (afecta a la rentabilidad, productividad y sostenibilidad). De ahí que el primer Convenio de la OIT en 1919, ya se encargara de limitar las horas de trabajo y disponer periodos de descanso para los trabajadores de las empresas industriales¹³⁹. En la actualidad, la cuestión del tiempo de trabajo es un elemento clave del Programa de Trabajo Decente de la OIT¹⁴⁰. Recordemos el artículo 24 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, que establece que “toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del

¹³⁹ El Convenio sobre las horas de trabajo (industria), 1919, núm. 1, ratificado por España el 22 de febrero de 1929, junto con el Convenio sobre las horas de trabajo (comercio y oficinas), 1930, núm. 30, ratificado por España el 29 de agosto de 1932, establecen las 48 horas regulares de trabajo semanal como norma general, con un máximo de 8 horas diarias. Desde entonces, la OIT ha desarrollado numerosos instrumentos sobre el tiempo de trabajo: véase además sobre las horas de trabajo, el Convenios núm. 47 y Recomendación núm. 116. Sobre el descanso semanal: los Convenios núms. 14 y 106 y la Recomendación núm. 103; sobre las vacaciones pagadas: Convenio sobre las vacaciones pagadas, 1936 (núm. 52), Convenio sobre las vacaciones pagadas (agricultura), 1952 (núm. 101), el Convenio núm. 132 y la Recomendación núm. 98; sobre el trabajo nocturno: el Convenio sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1919 (núm. 4), el Convenio (revisado) sobre el trabajo nocturno (mujeres), 1934 (núm. 41), el Convenio núm. 89 y su Protocolo de 1990, el Convenio núm. 171 y las Recomendaciones núms. 13 y 178; y sobre el trabajo a tiempo parcial: el Convenio núm. 175.

¹⁴⁰ En el marco de la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible y en particular del Objetivo de Desarrollo Sostenible (ODS) 8, para promover el crecimiento económico sostenido, inclusivo y sostenible, el empleo pleno y productivo y el trabajo decente para todos.

tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas”. Igualmente, el artículo 7 apartado d) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales reconoce en términos similares el derecho de toda persona al “descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las vacaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos”. También, en el ámbito de la Unión Europea, el apartado 2 del artículo 31 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE fija el derecho de todo trabajador a “la limitación de la duración máxima del trabajo y a períodos de descanso diarios y semanales, así como a un período de vacaciones anuales retribuidas”.

En nuestro ordenamiento ya existe una tutela del derecho al descanso. Nuestra Constitución, en el artículo 40.2, establece el mandato a los poderes públicos de velar por la seguridad e higiene en el trabajo y garantizar el descanso, mediante la limitación de la jornada laboral y las vacaciones periódicas retribuidas. La cuestión sobre la desconexión digital va unida al derecho a descanso y al respeto de las reglas sobre limitación de la jornada. En este sentido, el derecho de desconexión puede derivarse de la aplicación de la normativa existente sobre la ordenación del tiempo de trabajo. Así, la libertad o derecho de desconexión digital sería una garantía aplicable del reconocido derecho al descanso efectivo de los trabajadores. En consecuencia, no sería necesario una regulación específica pues ya se encuentra garantizado, sino más bien una nueva interpretación.

En ausencia de regulación específica no cabe pensar, a sensu contrario, que existe para el trabajador un deber permanente de conexión¹⁴¹. No hay duda de que el trabajador tiene garantizado su derecho al descanso efectivo además de la posibilidad de negarse a acatar la orden empresarial cuando esta estuviera fuera de los límites del ejercicio del poder de dirección que ha de ejercitarse, por su parte, bajo el respeto a la dignidad del trabajador así como al resto de los

¹⁴¹ En relación al descanso vacacional nuestra jurisprudencia constitucional ha afirmado que “toda concepción, conducta o práctica empresarial que considere el tiempo libre del trabajador como tiempo vinculado al interés productivo del empleador, es inconstitucional, porque reduce a simple factor de producción a la persona del trabajador” (STC 192/2003, de 27 de octubre).

derechos fundamentales y libertades públicas. Molina Navarrete considera que existe en nuestro derecho varias razones que justifican que no se trata de un derecho nuevo sino de una garantía de efectividad de un derecho fundamental clásico: el derecho al descanso¹⁴². Afirmó así que “no hay sino algo mucho más conocido, y exigible, como es una garantía de todo contenido esencial del derecho fundamental al respeto de la vida privada, así como del derecho laboral al descanso efectivo, que libera para el trabajador un espacio de autodeterminación, como es el tiempo de no trabajo o el tiempo de vida privada”¹⁴³. En el mismo sentido, para Fernández Avilés “se trataría de un derecho a integrar —o mejor derivar— del contenido esencial de otros ya conocidos como el derecho fundamental al respeto de la vida privada, así como el derecho laboral específico al descanso efectivo (vinculado muy directamente con la tutela de salud laboral)”¹⁴⁴.

4.2. EL USO DE LAS TIC Y LOS RIESGOS SOBRE LA SALUD DE LOS TRABAJADORES

La era digital irrumpe en las empresas propiciando un marco bien particular de las relaciones laborales en el que el tiempo y el espacio, como puntos de referencia típicos de la actividad laboral, se diluyen. La conexión constante de los trabajadores a las herramientas digitales —“hyperconexión”— contribuye en gran medida a aumentar

¹⁴² Molina Navarrete, Cristóbal, “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales* n° 138, 2017, pp. 249-283. Contribuye también al debate sobre esta cuestión: Vallecillo Gámez, María Rosa, “El derecho a la desconexión: ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n° 408, 2017, pp. 167-178.

¹⁴³ Molina Navarrete, Cristóbal, “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo ‘derecho humano a la desconexión’ de los trabajadores fuera de la jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, p. 906.

¹⁴⁴ Fernández Avilés, José Antonio, “El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Boletín informativo Observatorio de riesgos psicosociales UGT*, n° 28, agosto de 2018, p. 11.

los riesgos psicosociales como el estrés o el tecnoestrés y el burnout, entre otros. Por otra parte, cuando el trabajador finaliza su jornada laboral y se siente en la obligación de seguir conectado con la empresa entra en un “tercer tiempo” o “tiempo de disponibilidad tecnológica”. Este “tiempo de conexión tecnológica” no entra dentro de su jornada laboral y tampoco es remunerado aunque, como bien explica Mella Méndez, se sigue apreciando la nota de dependencia¹⁴⁵.

La preocupación sobre el impacto que las nuevas tecnologías y las nuevas formas de prestación de servicios tienen sobre la salud de los trabajadores también se ha hecho eco, como es obvio, en los ámbitos de la OIT¹⁴⁶ y en la UE. Concretamente, cabe hacer referencia al Marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020 en el que se alerta sobre la necesidad de anticiparse a los efectos negativos que las nuevas tecnologías y la conectividad constante pueden tener en la salud y seguridad de los trabajadores¹⁴⁷. Es cierto que la introducción de avances tecnológicos en la empresa, incluyendo los procesos de robotización, más allá de los beneficios económicos, han contribuido positivamente a facilitar determinadas tareas y a la desaparición de determinados puestos de trabajo peligrosos para la salud. Sin embargo, surge como contrapunto un aumento de la presión psíquica convirtiendo las TIC en un elemento potencialmente estresante. Rasgos como la conectividad constante y la flexibilidad

¹⁴⁵ Mella Méndez, Lourdes, “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, nº 16, 2016, pp. 32 y 33.

¹⁴⁶ La OIT ha adoptado más de cuarenta normas dedicadas a la seguridad y salud en el trabajo, de entre las cuales podemos destacar: el Convenio sobre seguridad y salud de los trabajadores, 1981 (núm. 155) y la Recomendación (núm. 164), el Convenio sobre los servicios de salud en el trabajo, 1985 (núm. 161) y la Recomendación (núm. 171) y, por último, el Convenio sobre el marco promocional para la seguridad y salud en el trabajo, 2006 (núm. 187) y la Recomendación que lo acompaña (núm. 197). Sobre la especial preocupación de la OIT en relación a los riesgos psicosociales y en particular sobre el estrés en el trabajo, véase el siguiente informe: OIT, “El estrés en el trabajo: un reto colectivo”, Ginebra, 2016. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466549.pdf

¹⁴⁷ Comunicación de la Comisión al Parlamento Europeo, al Consejo, al Comité Económico y Social Europeo y al Comité de las Regiones relativa a un marco estratégico de la UE en materia de salud y seguridad en el trabajo 2014-2020, de 6 de junio de 2014, (COM (2014) 332 final, p. 7).

horaria, propios de los trabajos con uso de las nuevas tecnologías, afectan a la recuperación física como psíquica del trabajador y a la conciliación de la vida personal y laboral debido a una prolongación de la jornada. En este nuevo escenario laboral, se abre un nuevo terreno para la prevención de riesgos laborales.

Los síndromes más destacables que sufren los trabajadores a causa de un uso intensivo de las TIC derivan del Tecnoestrés¹⁴⁸; Burnout o “síndrome de estar quemado”¹⁴⁹, Tecnofatiga¹⁵⁰, Tecnoansiedad, Estrés anticipatorio¹⁵¹ y Tecnoadicción¹⁵². En gran medida estas patologías están relacionadas con el estrés y desde luego tienen efectos considerables sobre la salud de los trabajadores. En este sentido los acuerdos colectivos anteriores al reconocimiento del derecho a la desconexión digital están vinculados con la gestión del estrés laboral.

Por otra parte, también son relevantes los riesgos que pueden afectar sobre la conciliación fundamentalmente debido a la delicada frontera que separa la vida privada y la laboral cuando el trabajador se queda “atrapado” por la tecnología fuera de su horario laboral. Garantizar el descanso efectivo de los trabajadores es esencial para reducir los factores de riesgo tal y como y lo afirmó en sus conclusiones el Abogado General del TJUE en el asunto C-266/14 (Federación de Servicios Privados del sindicato Comisiones Obreras (CC.OO.) contra Tyco Integrated Security, S.L., Tyco Integrated Fire & Security Corpo-

¹⁴⁸ Alfaro de Prado lo define como “una moderna enfermedad de adaptación, causada por la falta de habilidad para tratar con las nuevas tecnologías. La mayor parte de sus síntomas son similares a los del estrés: fatiga, insomnio, depresión, dolores de cabeza y tensiones musculares, aunque el primer síntoma que puede alertar de la presencia del tecnoestrés es el mostrar episodios de irritabilidad o resistencia obstinada a recibir instrucciones sobre el funcionamiento de cualquier elemento tecnológico”. En: Alfaro de Prado Sagrera, Ana María, “Nuevas Tecnologías y nuevos riesgos laborales: estrés y tecnoestrés”, *Revista digital de salud y seguridad en el trabajo*, nº 1, 2008, p. 3.

¹⁴⁹ Es la forma más importante de tecnoestrés que conduce a estrés crónico del trabajador quemado y un agotamiento emocional.

¹⁵⁰ Cansancio agudo provocado por la continua exposición a la tecnología informática.

¹⁵¹ Estrés que genera la espera de una llamada, un mensaje o un correo electrónico fuera del horario laboral.

¹⁵² Adicción a las nuevas tecnologías que puede verse potenciada por la ausencia de límites de conexión con el trabajo.

ration Servicios, S.A.) al entender que “todo trabajador debe disfrutar de períodos de descanso adecuados, que no sólo han de ser efectivos, permitiendo a las personas de que se trata recuperarse del cansancio generado por su trabajo, sino también tener un carácter preventivo para reducir, en la medida de lo posible, el riesgo de alteración de la seguridad y la salud de los trabajadores que puede representar la acumulación de períodos de trabajo sin el descanso necesario”¹⁵³.

Desde hace algunos años, en algunos países ya se han empezado a reconocer las consecuencias negativas para los trabajadores asociadas a una conexión constante, adoptando una regulación al respecto. También la negociación colectiva juega un papel esencial. No todos los trabajadores se ven expuestos del mismo modo a los riesgos derivados de una conexión permanente ya que, dependerá del puesto ocupado, del modo en el que desarrollen su actividad o del sector profesional en el que trabajen. Por este motivo, corresponde, en primer lugar, a los representantes legales de los trabajadores y al empresario, dialogar con el fin de identificar los usos y los riesgos psicosociales que potencialmente pueden darse en la empresa derivados de los medios digitales para acordar finalmente un protocolo o normas de uso. Desde luego, la formación adecuada del personal y la sensibilización en el ámbito de las TIC es esencial y debe ser una de las prioridades organizacionales. En concreto, como afirma Fernández Avilés se debería acompañar la acción preventiva de una “impartición de formación a los trabajadores sobre la adecuada gestión del tiempo de trabajo y la priorización de tareas, así como sensibilizándolos en cuestiones como la desconexión digital, la actualización y desarrollo de habilidades con las NTIC”¹⁵⁴. Junto a lo anterior, establecer medidas de desconexión en las empresas, favoreciendo aquellas de desconexión automática forzada siempre y cuando sea posible.

Es importante que a su vez la cuestión se aborde a nivel europeo con el fin de armonizar una regulación al respecto. Buen ejemplo es en otro orden de cosas, el Reglamento General de Protección de Datos. Desde luego, la efectividad del derecho a la desconexión dependerá de

¹⁵³ Conclusiones del Abogado General del TJUE, Sr. Yves Bot, en el asunto C-266/14, párrafo 25.

¹⁵⁴ Fernández Avilés, José Antonio, “El derecho a la desconexión...”, *Ob. cit.*, p. 11.

su articulación legislativa así como del conjunto de garantías que lleve aparejado el derecho como son los límites a las posibilidades de control empresarial o la regulación sobre el registro de la jornada laboral. Estaremos ante una amenaza o una oportunidad en función del compromiso que mantenga la empresa en relación con la implantación de una estrategia de prevención y con la eliminación de los factores estresores en el trabajo. Parece, tal y como sostiene Serrano Argüeso “que sí resulta necesaria la regulación del derecho a la desconexión digital, aunque es cierto que no es suficiente con reconocerlo sino que tiene que ir acompañado de medidas legislativas y políticas que faciliten su ejercicio. Un adecuado registro de la jornada de trabajo sin duda parece que puede contribuir a la consecución de dicho objetivo, unido, por supuesto, a una modificación de las tradicionales medidas de conciliación de primera generación por verdaderas medidas de coresponsabilidad de segunda generación”¹⁵⁵.

4.3. MEDIDAS ADOPTADAS PARA VELAR POR EL CUMPLIMIENTO DE LA LEGISLACIÓN NACIONAL SOBRE EL TIEMPO DE TRABAJO: EL REGISTRO DE LA JORNADA LABORAL

Para que el derecho a la desconexión sea una realidad y no quede “en papel mojado”, de acuerdo con Santiago Zamora, es necesario un desarrollo normativo que incluya un sistema efectivo de control del tiempo de trabajo que permita contabilizar con rigor el tiempo de trabajo empleado por los trabajadores desde los distintos medios electrónicos¹⁵⁶. Resulta imprescindible hacer referencia al 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 trabajo¹⁵⁷ en el que se incluyen, entre otras, determinadas disposiciones dirigidas a establecer el registro de la jornada de trabajo.

¹⁵⁵ Serrano Argüeso, Mariola, “‘Always on’. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, n° 2, 2019, p. 188.

¹⁵⁶ Zamora, Santiago, “Desconexión digital ¿novedad o anécdota?”, *Diario La Ley*, n° 9363, 2019.

¹⁵⁷ BOE n° 61, de 12 de marzo de 2019, pp. 23156-23181.

El principal fin de las medidas establecidas es garantizar el cumplimiento de los límites en materia de jornada como forma de combatir la precariedad laboral. Desde luego, las reglas sobre la limitación de la jornada laboral y el consecuente establecimiento de una jornada máxima de trabajo contribuyen de manera directa a la protección de los trabajadores y, en este sentido, como ya afirmó la Audiencia Nacional en la sentencia de 4 de diciembre de 2015, “el registro de jornada, que no horas extraordinarias, es el requisito constitutivo para controlar los excesos de jornada”. Más recientemente y considerando 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 trabajo¹⁵⁸, con ocasión de una petición de decisión prejudicial planteada por la Audiencia Nacional al Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Asunto C-55/18), se ha pronunciado al respecto el Abogado General en sus conclusiones presentadas el 31 de enero de 2019. En concreto, se cuestiona en este asunto si es necesario que los Estados miembros impongan al empresario la obligación de introducir instrumentos de cómputo de la duración efectiva del trabajo diario y semanal para garantizar la protección de la salud y seguridad de los trabajadores.

En sus conclusiones el Abogado General considera que “el Derecho de la Unión impone a los Estados miembros la obligación de adoptar una normativa sobre el tiempo de trabajo que, dentro de los márgenes de discrecionalidad garantizados a estos con arreglo a la función de armonización de mínimos de la Directiva 2003/88, ofrezca garantías adecuadas de que se respetan las normas sobre tiempo de trabajo mediante la introducción de sistemas de cómputo del trabajo efectivamente prestado. (...) la inexistencia de tales mecanismos en el ordenamiento de un Estado miembro menoscaba el efecto útil de la citada Directiva”¹⁵⁹. Una normativa nacional que no imponga de modo expreso a los empresarios ninguna forma de cómputo o de control del tiempo de trabajo ordinario de los trabajadores en general se opone a la Directiva 2003/88/CE. Concluye afirmando que “el artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales

¹⁵⁸ DOUE L 299, de 18 de noviembre de 2003, pp. 9-19.

¹⁵⁹ Conclusiones del Abogado General Sr. Giovanni Pitruzzella presentadas el 31 de enero de 2019 en el asunto C-55/18 (ECLI:EU:C:2019:87), apartados 3 y 4.

de la Unión Europea y los artículos 3, 5, 6, 16 y 22 de la Directiva 2003/88/CE deben interpretarse en el sentido de que imponen a las empresas la obligación de implantar un sistema de cómputo de la jornada laboral efectiva de los trabajadores a tiempo completo que no se hayan comprometido de forma expresa, individual o colectivamente, a realizar horas extraordinarias y que no ostenten la condición de trabajadores móviles, de la marina mercante o ferroviarios, y se oponen a una normativa nacional de la que no resulta la existencia de esa obligación”¹⁶⁰.

Finalmente, en el mismo sentido declara la Gran Sala del Tribunal de Justicia de la Unión Europea en su sentencia de 14 de mayo de 2019 al considerar que “los artículos 3, 5 y 6 de la Directiva 2003/88/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 4 de noviembre de 2003, relativa a determinados aspectos de la ordenación del tiempo de trabajo, interpretados a la luz del artículo 31, apartado 2, de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea y de los artículos 4, apartado 1, 11, apartado 3, y 16, apartado 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, deben interpretarse en el sentido de que se oponen a una normativa de un Estado miembro que, según la interpretación de esa normativa adoptada por la jurisprudencia nacional, no impone a los empresarios la obligación de establecer un sistema que permita computar la jornada laboral diaria realizada por cada trabajador”¹⁶¹. En consecuencia, las medidas introducidas en el Real Decreto-Ley 8/2019, de 8 de marzo, aseguran la conformidad de la normativa nacional con la europea.

A través del artículo 10 del Real Decreto-Ley 8/2019 se modifica el Estatuto de los Trabajadores para introducir la regulación del registro

¹⁶⁰ *Id.*, apartado 99.1.

¹⁶¹ Apartado 72 de la Sentencia del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Gran Sala) de 14 de mayo de 2019 (asunto C-55/18 - ECLI:EU:C:2019:402). A propósito de este asunto, véase: Nogueira Guastavino, Magdalena, “La STJUE de 14 de mayo de 2019, ‘CCOO/Deutsche Bank’ (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instrumentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 64, 2019, pp. 929-961.

de jornada con el fin de garantizar los límites sobre la misma y facilitar los controles por parte de la Inspección de Trabajo y Seguridad Social. Así, se modifica el artículo 34 ET, añadiendo un nuevo apartado 9, con la siguiente redacción: “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”. Esta obligación se suma a la que ya tienen las empresas de llevar un registro del horario de los trabajadores a tiempo parcial (art. 12.4 c) ET) y del cómputo de las horas extraordinarias (art. 35.5 ET).

A su vez, el artículo 11 del Real Decreto-Ley 8/2019 modifica la Ley de Infracciones y Sanciones en el Orden Social para incluir como infracciones, aquellas derivadas de incumplimientos relativos al registro de jornada. Se modifica, por lo tanto, el apartado 5 del artículo 7 del texto refundido de la Ley sobre Infracciones y Sanciones en el Orden Social, aprobado por el Real Decreto Legislativo 5/2000, de 4 de agosto, que queda redactado como sigue: “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”¹⁶².

Para terminar, la disposición adicional primera del Real Decreto-Ley señala que el Gobierno constituirá un grupo de expertos antes del 30 de junio de 2019 para la propuesta de un nuevo Estatuto de los

¹⁶² La empresa que incumpla el deber de registro de jornada se expone a recibir una sanción grave que puede oscilar entre los 626 euros y los 6250 euros en función de la calificación de su grado infractor. La multa se impondrá por centro de trabajo (y no por trabajador) y podrá verse duplicada en caso de reiteración del incumplimiento.

Trabajadores. Se pone en evidencia, una vez más, la necesidad de ajustar la normativa existente a los retos que supone la transformación tecnológica y la globalización.

En definitiva, las empresas deben garantizar un registro diario de la jornada de cada trabajador incluyendo el horario concreto de inicio y de finalización de la misma. Esta obligación se aplica a la totalidad de los trabajadores (también respecto de los trabajadores móviles, comerciales, temporales y trabajadores a distancia o teletrabajadores), a todos los sectores de actividad y a todas las empresas independientemente de su tamaño, siempre y cuando estén dentro del ámbito de aplicación del artículo 1 ET. Las únicas excepciones a la aplicación de la norma son:

- Las relaciones laborales de carácter especial, en cuyo caso se habrá de estar a lo establecido en su normativa específica. En concreto, queda completamente excluido el personal de alta dirección.

- También quedan exceptuados los socios trabajadores de cooperativas o los trabajadores autónomos.

- Por último, los trabajadores que ya cuentan con un régimen específico en materia de registro de jornada: los trabajadores con contrato a tiempo parcial (pues ya existe una obligación de registro regulada en el art. 12.4.c) ET) y los trabajadores que cuentan con registros específicos regulados en el Real Decreto 1561/1995, de 21 de septiembre, sobre jornadas especiales de trabajo, y que son los llamados en el propio Real Decreto trabajadores móviles (determinados transportes por carretera), trabajadores de la marina mercante y trabajadores que realizan servicios de interoperabilidad transfronteriza en el transporte ferroviario.

Otro aspecto importante es que a la hora de organizar y documentar el registro, el empresario deberá contar con los representantes de los trabajadores¹⁶³. Lo cierto es que el registro obligatorio de la jornada ya ha puesto de manifiesto algunas lagunas que pueden suscitar conflicto como por ejemplo, el cómputo de las pausas diarias. Para re-

¹⁶³ Con el fin de facilitar a las empresas la aplicación práctica de la norma, el Ministerio de Trabajo ha elaborado una Guía sobre el registro de jornada. Al respecto, véase: <http://www.mitramiss.gob.es/ficheros/ministerio/GuiaRegistroJornada.pdf>

gular estas cuestiones, la norma otorga un papel esencial a la negociación colectiva. La norma no establece un sistema específico de registro. Se podrán utilizar desde métodos tradicionales en papel anotando de manera manual la hora de entrada y salida de cada trabajador hasta sistemas más sofisticados como tarjetas de acceso, aplicaciones informáticas o incluso sistemas de control de acceso biométricos. Si el sistema elegido requiere el uso de dispositivos digitales, sistemas de videovigilancia o de geolocalización, se deberá implantar teniendo en cuenta el respeto del derecho a la intimidad y las exigencias previstas en la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales.

Desde la entrada en vigor de la obligación de registro de la jornada, la Inspección de Trabajo como los Tribunales reafirman la obligación de registrar la jornada laboral sancionando o condenando su incumplimiento. Así, la Inspección de Trabajo y Seguridad Social ha abierto entre los meses de mayo y octubre de 2019, unos 2000 expedientes relacionados con el sistema de registro de jornada, habiendo finalizado unos 500 expedientes, de los cuales 107 con sanción¹⁶⁴. Por su parte, los tribunales también están desempeñando una labor importante en velar por el cumplimiento de la norma, condenando a aquellas empresas que pretenden falsear el registro horario con el fin de ocultar los excesos de jornada. Así, el Juzgado de lo Social nº 3 de Ciudad Real en su sentencia 370/2019, de 19 de septiembre de 2019, ha estimado la demanda de despido de una trabajadora considerando además que la cuantía del salario regulador del despido será el que, conforme al convenio colectivo, corresponde a la jornada completa. Lo anterior por quedar acreditado que con independencia de que la trabajadora elaborara y firmara el registro de horas que le exigía la empresa de 24 horas semanales, en realidad la jornada de trabajo que realizaba era superior, siendo una jornada completa.

Asimismo, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía mediante una sentencia de 3 de julio de 2019, ha condenado a una empresa de catering y eventos por no registrar el horario de

¹⁶⁴ Según datos ofrecidos por una noticia publicada en el Diario Expansión “Registro horario: La Inspección ve infracciones en 1 de cada 5 empresas”, el 13 de noviembre de 2019, p. 32.

un empleado a tiempo parcial, a elevar el salario del trabajador sobre el previsto para la jornada completa así como a aumentar la indemnización por su despido.

También, el Tribunal Superior de Justicia de Castilla y León de Valladolid en su sentencia 960/2017, de 25 de mayo de 2017, en torno a la cuestión de la actividad probatoria de las horas extraordinarias no retribuidas, otorgó plena validez probatoria al cuaderno de una trabajadora en el que anotaba diariamente los momentos horarios de inicio y conclusión de su jornada. En efecto, la empleadora no cumplió con la obligación de registrar día a día la jornada del trabajador y de entregar copia del correspondiente resumen en el recibo de retribuciones lo cual, entiende el Tribunal, no puede beneficiar al autor de ese incumplimiento.

En sentido similar se pronunció también el TSJ de Castilla-La Mancha en la sentencia 1295/2019, de 3 octubre de 2019, en la que se reconoce el derecho de un trabajador al abono de la cantidad reclamada en concepto de horas extraordinarias al quedar su realización acreditada a través de prueba testifical. En concreto, la empresa no contaba con un sistema de control de jornada y se consideró que la prueba testifical era el único medio al alcance del trabajador para probar la realización de una jornada laboral superior a la ordinaria pactada.

Relevante en torno a la inversión de la carga de la prueba es la sentencia 75/2019, de 31 de enero de 2019 del TSJ de Canarias de Santa Cruz de Tenerife en la que se considera que cuando la empresa no dispone de control horario y un trabajador reclama compensación por las horas extraordinarias que realiza de forma habitual, basta que el trabajador aporte unos indicios del exceso de jornada (en este caso concreto mediante prueba testifical). En consecuencia, se invierte la carga probatoria. Únicamente cuando las horas extraordinarias son esporádicas se pide su prueba día a día y hora a hora, pero no en estos supuestos de prolongación habitual de la jornada de trabajo. Así, incumbe a la empresa llevar un adecuado control de la jornada y, en su defecto, le afectará negativamente.

Finalmente, el TSJ de Castilla y León de Valladolid, en la sentencia 1019/2019 de 24 de mayo de 2019, ha considerado que si una empresa no aporta el registro horario de un trabajador a tiempo par-

cial, se ha de presumir que su jornada es a tiempo completo. El incumplimiento empresarial de sus obligaciones en materia de registro de jornada en el ámbito de la contratación a tiempo parcial genera una presunción *iuris tantum* de celebración del contrato a jornada completa favorable al trabajador e invierte la carga de la prueba a la empresa que es la que debe aportar un registro de jornada que solo a ella compete.

4.4. LA PRIMERA REGULACIÓN DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL: EL CASO DE FRANCIA

En los últimos años, son varios los países europeos, como Alemania, Suecia o Bélgica, que se han esforzado en incorporar medidas que contemplen la desconexión digital para garantizar la separación entre tiempo de trabajo y tiempo de descanso. La empresa alemana Volkswagen destaca por ser pionera en establecer ya en el año 2011 un sistema de cierre del servidor entre las 18h15 y las 7h de la mañana del día siguiente para asegurar una total desconexión a sus trabajadores. En Bélgica, la Ley de 26 de marzo de 2018 relativa al fortalecimiento del crecimiento económico y de la cohesión social, exige que los empleadores organicen consultas en el seno del Comité para la Prevención y Protección en el Trabajo (CPPT) sobre la desconexión y el uso de los medios de comunicación digitales con el fin de llegar a un acuerdo que podrá ser integrado en la normativa interna o en un convenio colectivo¹⁶⁵. En el caso de Italia, el 14 de junio de 2017 entró en vigor la Ley n° 81/2017 que regula el trabajo inteligente (*lavoro agile* o *Smart working*), que implica un acuerdo entre un empleador y un trabajador basado en la flexibilidad organizativa (por fases, ciclos y objetivos sin necesidad de precisar horario ni lugar de trabajo) y en la realización del trabajo fuera de los locales de la empresa¹⁶⁶. Dicho acuerdo debe incluir las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión del trabajador de los instrumentos tec-

¹⁶⁵ Artículos 15 a 17 de la Loi relative au renforcement de la croissance économique et de la cohésion sociale de 26 de marzo de 2018.

¹⁶⁶ Véase el artículo 18 de la Legge n. 81/2017 para una definición completa del “*lavoro agile*”.

nológicos con el fin de asegurar el respeto de los períodos mínimos de descanso¹⁶⁷. Se reconoce así en el ámbito del “lavoro agile” un derecho a la desconexión.

No obstante, con el fin de ofrecer un marco de protección de la salud de los trabajadores, Francia ha sido el primer país en dotarse de una regulación específica del derecho a la desconexión digital de los trabajadores con la empresa una vez concluida su jornada laboral.

4.4.1. Antecedentes: Acuerdos de empresa pioneros y el Informe Mettling

A pesar de que el derecho al descanso se encuentra reconocido en Francia en los artículos L. 3131-1 y L. 3132-2 del Code du Travail¹⁶⁸ no pareció ser un marco suficiente para solventar los problemas planteados por la generalización de las TIC.

En un primer momento, los interlocutores sociales franceses, en el Acuerdo Nacional Interprofesional (ANI) de 19 de junio de 2013 sobre la calidad de vida en el trabajo, hicieron referencia al concepto de un derecho a la desconexión digital al manifestar la necesidad de “promover una gestión inteligente de las tecnologías de la información y de la comunicación al servicio de la competitividad de las empresas, respetuosa con la vida personal de los trabajadores”¹⁶⁹. Se propone en el ANI que las empresas se comprometan a desarrollar

¹⁶⁷ Artículo 19.1 de la Legge n. 81/2017.

¹⁶⁸ Los artículos L. 3131-1 y L. 3132-2 del Code du Travail establecen el derecho al descanso en los siguientes términos: “Tout salarié bénéficie d’un repos quotidien d’une durée minimale de onze heures consécutives, sauf dans les cas prévus aux articles L. 3131-2 et L. 3131-3 ou en cas d’urgence, dans des conditions déterminées par décret” (L. 3131-1).

Une convention ou un accord d’entreprise ou d’établissement ou, à défaut, une convention ou un accord de branche peut déroger à la durée minimale de repos quotidien prévue à l’article L. 3131-1, dans des conditions déterminées par décret, notamment pour des activités caractérisées par la nécessité d’assurer une continuité du service ou par des périodes d’intervention fractionnées” (L. 3132-2).

¹⁶⁹ Véase el artículo 17 del Accord national interprofessionnel sur la qualité de vie au travail, de 19 de junio de 2013 (CC 2013/41).

En: http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/boccc/pdf/2013/0041/boc_20130041_0000_0011.pdf

acciones formativas y de sensibilización sobre el uso de las TIC y mecanismos que favorezcan la conciliación poniendo como ejemplo concreto, el tiempo de desconexión.

Fruto de lo acordado en el ANI, una de las primeras empresas en reconocer expresamente el derecho a la desconexión para sus trabajadores fue el grupo Thales que junto con las organizaciones sindicales representativas firmaron el Acuerdo de 4 de febrero de 2014 sobre la calidad de vida y bienestar en el trabajo en el que se incluye un apartado en el título II dedicado a asegurar la conciliación y el derecho a la desconexión¹⁷⁰. También el grupo La Poste fue pionero al dotarse, el 3 de julio de 2015, de un acuerdo que incluía un derecho a la desconexión fuera del tiempo de trabajo¹⁷¹. Cabe añadir que dicho acuerdo establecía no obstante, una excepción para los casos de excepcional urgencia como los relativos a la salud, la seguridad de los bienes y las personas o la continuidad de los servicios de La Poste.

Poco después, esta preocupación quedó nuevamente recogida en el conocido Informe Mettling sobre la transformación digital y la vida en el trabajo, de 15 de septiembre de 2015¹⁷². Este interesante informe elaborado por Bruno Mettling¹⁷³ a petición del Ministerio de Trabajo, que dará origen a la actual regulación del derecho a la desconexión, estudia el impacto de la transformación digital en las condiciones de trabajo, la organización y la gestión del trabajo.

¹⁷⁰ Véase el apartado 4 del Título II del Accord sur la qualité de vie et le bien être au travail au sein du groupe Thales, de 4 de febrero de 2014. En: <https://coord.cgthales.fr/wp-content/uploads/sites/19/2014/01/ACCORD-QUALITE-DE-VIE-AU-TRAVAIL-28012014.pdf> Posteriormente, dicho Acuerdo ha sido sustituido por otro de 28 de marzo de 2018 que mejora y amplía lo dispuesto en el anterior. Véase el Accord sur la qualité de vie et de bien être au sein du groupe Thales, de 28 de marzo de 2018. En: <https://coord.cgthales.fr/wp-content/uploads/sites/19/2018/06/ACCORD-QVT-28-mars-2018.pdf>

¹⁷¹ Accord en faveur de l'égalité professionnelle firmado por La Poste y las organizaciones sindicales CGT, CFDT, FO, CFTC-CGC-UNAS de 3 de julio de 2015.

¹⁷² Informe de Bruno Mettling de 15 de septiembre de 2015 sobre "Transformation numérique et vie au travail". En: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>

¹⁷³ Por entonces ocupaba el cargo de Director general adjunto para el área de recursos humanos de Orange y, desde el año 2018, es Presidente no ejecutivo de Orange Oriente Medio y África.

El informe se estructura en torno a tres bloques principales: el primero está dedicado a identificar el impacto de la transformación digital en el trabajo y a deducir los puntos clave para una transformación digital exitosa; posteriormente, se analiza de forma más detallada el impacto de dicha transformación en los elementos principales del contrato de trabajo y en la calidad de vida en el trabajo; por último, se proponen 36 recomendaciones para lograr una transformación digital exitosa en las empresas. Entre todas las propuestas, se recomienda ofrecer un marco jurídico y fiscal protector que pasaría por clarificar las situaciones límite en torno la figura de trabajador independiente y trabajador asalariado, como también se recomienda el reconocimiento de un “derecho a la desconexión” que ha de ser a su vez completado por un “deber de desconexión”¹⁷⁴. Lo cual implica tanto para los trabajadores como para la empresa, una necesidad de sensibilización sobre un uso adecuado de los medios digitales y, fundamentalmente, el desarrollo de unas pautas y reglas de uso mediante la negociación colectiva.

A modo de conclusión, el autor del Informe sostiene que la revolución digital es una oportunidad para permitir el establecimiento gradual de nuevas organizaciones de trabajo más transversales, más flexibles y cooperativas¹⁷⁵. Considera conveniente anticiparse a los posibles riesgos mediante el diálogo social y la formación.

Tras el Informe Mettling, la empresa Michelin firmó con las organizaciones sindicales CFDT y CFE/CGT un Acuerdo de franja de 15 de marzo de 2016 en el que se reconoce el derecho a la desconexión y además se integra una medida para luchar contra la conexión continua o de manera inconsciente consistente en un sistema de alertas a los trabajadores cuando estos realizan más de 5 conexiones al mes al sistema de la empresa fuera de su horario de trabajo¹⁷⁶. En el mismo

¹⁷⁴ Informe de Bruno Mettling de 15 de septiembre de 2015 sobre “Transformation numérique et vie au travail”, pp. 51 y 52.

¹⁷⁵ Mettling considera que estamos ante una oportunidad para superar los excesos que afectan a la empresa actual y a un modelo taylorista que califica sin aliento. Informe de Bruno Mettling de 15 de septiembre de 2015 sobre “Transformation numérique et vie au travail”, p. 62.

¹⁷⁶ Accord catégoriel Michelin portant sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfait-jours de 15 de marzo de 2016, p. 10. En: <http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/michelin-accord-forfait-jours-cadres-autonomes-15mars2016.pdf>

año, también la empresa Orange firmó el primer Acuerdo sobre el acompañamiento de la transformación digital en Orange, en el que se pactaron ciertas garantías sobre desconexión fuera de la jornada y gestión adecuada de la conexión durante el tiempo de trabajo para asegurar el respeto del equilibrio entre la vida privada y la vida laboral¹⁷⁷.

Aunque existen, como acabamos de ver, experiencias anteriores a la *Loi Travail* de convenios colectivos de empresa en los que se recoge una regulación del uso de los medios digitales¹⁷⁸ (fundamentalmente sobre la limitación del uso del correo electrónico y del teléfono durante los periodos de descanso del trabajador o de cierre de la empresa), son escasas e insuficientes. En consecuencia, el legislador francés ha visto la necesidad de dar un paso más y reconocer expresamente “el derecho a la desconexión digital” para mejorar la conciliación de la vida laboral y personal de los trabajadores, garantizar el derecho al descanso y prevenir riesgos que afecten a la salud de los trabajadores.

4.4.2. La Loi Travail o el primer reconocimiento legal del derecho a la desconexión

La ya citada anteriormente *Loi Travail* de 8 de agosto de 2016, modifica, entre otros, el artículo L. 2242-8 del Code du Travail. El legislador francés introduce un apartado 7º en dicho artículo, en el que se establece que en el marco de la negociación anual sobre “igualdad profesional y calidad de vida en el trabajo”¹⁷⁹ se deberá tratar sobre

¹⁷⁷ Premier Accord portant sur l'accompagnement de la transformation numérique chez Orange, de 27 de septiembre de 2016, pp. 18 a 21, en: https://www.actuel-rh.fr/sites/default/files/article-files/accord_orange_transformation_numerique.pdf

¹⁷⁸ Véase además a modo de ejemplo: el Acuerdo de 16 de mayo de 2012 de Renault sobre la igualdad profesional entre mujeres y hombres, en: http://www.egalite-professionnelle.org/maj/_files/upload/documents/type-9/renault_16_mai_2012.pdf También el Acuerdo de 24 de abril de 2015 de Thalès sobre el teletrabajo, en: <http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/accord-teletravail-thales.pdf>

¹⁷⁹ En virtud del art. L. 2242-1 del Code du Travail las empresas negocian con los representantes de los trabajadores al menos una vez cada cuatro años sobre materias relativas a la igualdad y a la calidad del trabajo como son el sistema de retribuciones o el tiempo de trabajo entre otras.

“las modalidades para el pleno ejercicio por parte del empleado de su derecho a la desconexión y el establecimiento por parte de la empresa de dispositivos para regular el uso de herramientas digitales, a fin de garantizar el respeto de los períodos de descanso y licencia, así como la vida personal y familiar. En defecto de pacto, el empleador elabora una carta (Charte), después de consultar al comité de empresa o, en su defecto, a los delegados de personal. Esta carta define las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión y prevé además la implementación, para los empleados y el personal de gestión y dirección, de acciones de formación y sensibilización para el uso razonable de las herramientas digitales”¹⁸⁰.

La Ley se inspira en el Informe Mettling y en las experiencias convencionales anteriores aunque no aporta ninguna definición de lo que se debe entender por derecho a la desconexión. Aunque se reconoce legalmente el derecho a la desconexión digital, su desarrollo queda en manos de la negociación colectiva. No obstante, en defecto de acuerdo así como en las empresas que no cuenten con representación de los trabajadores, el empleador debe elaborar una carta¹⁸¹ o protocolo interno, previa audiencia de los representantes de los trabajadores en su caso, sobre los procedimientos y modalidades de ejercicio de este derecho. Por último, se atribuye también a la empresa la obligación de establecer acciones formativas y de sensibilización sobre un uso razonable de los medios digitales.

La *Loi Travail* fija un deber de negociar a nivel de empresa sobre la regulación del uso de las herramientas digitales con el fin de asegurar a

¹⁸⁰ En su versión original en francés: “La négociation annuelle sur l'égalité professionnelle entre les femmes et les hommes et la qualité de vie au travail porte sur: (...) Les modalités du plein exercice par le salarié de son droit à la déconnexion et la mise en place par l'entreprise de dispositifs de régulation de l'utilisation des outils numériques, en vue d'assurer le respect des temps de repos et de congé ainsi que de la vie personnelle et familiale. A défaut d'accord, l'employeur élabore une charte, après avis du comité d'entreprise ou, à défaut, des délégués du personnel. Cette charte définit ces modalités de l'exercice du droit à la déconnexion et prévoit en outre la mise en œuvre, à destination des salariés et du personnel d'encadrement et de direction, d'actions de formation et de sensibilisation à un usage raisonnable des outils numériques” (art. L. 2242-8 apartado 7° del Code du Travail).

¹⁸¹ En un primer momento, en los borradores iniciales, la ley solo imponía la obligación de elaborar una carta a las empresas de más de trescientos trabajadores.

los trabajadores un derecho u obligación de desconexión. Únicamente si la negociación fracasa, el empleador será quién tenga la obligación de elaborar unilateralmente una “carta de desconexión”. Dicha carta, estatuto o normativa interna, deberá definir los compromisos entre la empresa y los trabajadores para una utilización responsable de las herramientas digitales, determinar los intervalos de tiempo de uso de estas herramientas, los periodos de descanso sin obligación de responder al correo o a llamadas telefónicas, así como los mecanismos de control, con el fin de respetar los periodos de descanso y vacaciones, así como la conciliación del trabajo con la vida personal y familiar.

El legislador francés, al incluir el derecho a la desconexión entre las materias a negociar, pretende impulsar directamente el desarrollo de convenios colectivos de empresa que incluyan una regulación al respecto pues, cada empresa deberá diseñar un acuerdo sobre la materia atendiendo a sus particularidades y a su modo de funcionamiento. Otro aspecto relevante es la importancia que da el legislador a las acciones de formación y sensibilización que, desde luego, son un elemento clave para establecer comportamientos adecuados y formas de uso razonable de las TIC.

La regulación francesa si bien es pionera, puede resultar un tanto tímida puesto que el legislador aunque ofrece un reconocimiento del derecho a la desconexión digital de los trabajadores, ofrece una regulación “de mínimos” pues su desarrollo queda en manos de la negociación colectiva y, en defecto de acuerdo alcanzado, será el empleador unilateralmente quién elabore una normativa interna al respecto. No obstante, también es cierto que, de acuerdo con Pierre-Henri Cialti “parece coherente remitir al ámbito empresarial la puesta en marcha del derecho a la desconexión dado que, como lo subrayó el informe Mettling, las realidades, situaciones y contextos de las empresas pueden ser variados frente al uso de las TIC. Así, se podrán adoptar modalidades específicas y adaptadas a cada empresa (empresas multinacionales con zonas horarias distintas; medianas empresas industriales, start up en nuevas tecnologías, periódicos, etc.)”¹⁸².

¹⁸² Cialti, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, n° 137, 2017, p. 174.

Por su parte, el instrumento de la carta plantea ciertas dudas, fundamentalmente en relación a su naturaleza, su carácter vinculante y a las posibles sanciones en caso de incumplimiento. En efecto, no se contempla sanción alguna para la empresa en ausencia de elaboración de dicha carta o normativa interna. No obstante, existe una obligación empresarial de garantizar la seguridad y proteger la salud de los trabajadores. Según Pierre-Henri Cialti, “la carta debería constituir una de las medidas preventivas que pesa sobre el empresario y su ausencia constituiría un elemento muy en su contra en un juicio relativo al efecto de las TIC sobre el estado de salud de un trabajador. En definitiva, por su vínculo con el derecho a la salud, es posible afirmar que el derecho a la desconexión puede ser invocado por cualquier trabajador, independientemente del tamaño de su empresa y de la existencia de un acuerdo colectivo o de una carta”¹⁸³.

En relación con la disponibilidad horaria del trabajador fuera de la jornada de trabajo y el derecho a la desconexión cabe destacar la sentencia de la Cour de Cassation de 12 de julio de 2018 que ha recordado la necesidad de indemnizar a los trabajadores obligados a permanecer conectados, de conformidad con la Loi Travail de 2016. Concretamente, el asunto trataba de un trabajador de una empresa multinacional británica que tenía la obligación de dejar encendido su teléfono de manera permanente para responder así a las distintas peticiones de sus subordinados y de los clientes y estar disponible en caso de problema. Esta obligación de estar permanentemente localizable no era considerada por la empresa como una guardia ni como tiempo de trabajo efectivo y, por lo tanto, el trabajador no recibía compensación alguna. Sin embargo, desde la Loi Travail de 2016, el artículo L3121-9 del Code du Travail fija que un período de guardia o situación de disponibilidad se entiende como aquel durante el cual el empleado, sin estar en su lugar de trabajo y sin estar a disposición permanente e inmediata del empleador, debe poder intervenir para realizar un trabajo al servicio de la empresa. De este modo, ya no incluye la obligación de permanecer en el domicilio para estar a disposición de la empresa. Es decir, el simple hecho de tener que permanecer “conectado” fuera de las horas de trabajo es elemento sufi-

¹⁸³ *Id.*, p. 177.

ciente para definir un período de guardia con derecho a retribución dineraria o en tiempo de descanso. Como consecuencia de este deber de conexión impuesto al trabajador, el Tribunal condenó a la empresa a indemnizarle con 60.868,51 euros. Esta sentencia ha significado un avance en la tutela del derecho a la desconexión pues el Tribunal de Casación francés recuerda a las empresas que una violación del período de descanso por disponibilidad obligatoria, incluso digital, debe ser compensada.

Tras la Ley de 2016 son ya muchas las empresas que han adoptado acuerdos en materia de desconexión digital. De manera reciente, podemos destacar el Acuerdo del Grupo Total de 12 de junio de 2019 sobre igualdad profesional cuya principal característica es abordar el tema de manera transversal junto con disposiciones relativas a permisos de maternidad, paternidad, adopción y acogimiento, o relativas al teletrabajo¹⁸⁴.

Tras la experiencia francesa, también en España se puso de manifiesto la posibilidad de reconocer la desconexión digital como un derecho laboral. Veamos a continuación, el caso español.

4.5. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL DERECHO A LA DESCONEXIÓN DIGITAL

Como vimos anteriormente, con motivo de la adaptación del ordenamiento jurídico español al Reglamento general de protección de datos¹⁸⁵, la Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales (LOPDGDD)¹⁸⁶ ha introducido importantes medidas para reforzar la privacidad de los trabajadores y garantizar el derecho a la desconexión digital. En

¹⁸⁴ Accord du groupe Total sur l'égalité professionnelle, firmado el 12 de junio de 2019 en: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/09/accord_Total_Egalite_pro12juin2019.pdf

¹⁸⁵ 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 DOUE, L 119, de 4 de mayo de 2016.

¹⁸⁶ BOE n° 294, de 6 de diciembre de 2018.

los antecedentes y en el contenido de dicha Ley nos detendremos a continuación.

4.5.1. Primeros pasos antes de la LOPDGDD: el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017 y primeros convenios

En un primer momento ante un vacío regulatorio, los sindicatos más representativos comenzaron reclamando la inclusión del derecho a la desconexión digital en el Estatuto de los Trabajadores y en la Ley de Prevención de Riesgos Laborales. A su vez, por la vía convencional se empezó a reconocer este derecho en algunos convenios. En esta línea, en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, se recomienda en relación con la ordenación del tiempo de trabajo que “los convenios, especialmente los de empresa, debieran promover la racionalización del horario de trabajo, teniendo en cuenta las especificidades de cada sector o empresa, con el objetivo de mejorar la productividad y favorecer la conciliación de la vida laboral y personal”¹⁸⁷.

Más concretamente, cabe citar el Convenio colectivo del Grupo AXA para el periodo 2017 a 2020 conocido por ser el primero en reconocer el derecho de los trabajadores “a no responder a los mails o mensajes profesionales fuera de su horario de trabajo” salvo que exista “causa de fuerza mayor o circunstancias excepcionales”¹⁸⁸. Sin duda, esta disposición debe de ser considerada de gran importancia pues constituye un primer paso en nuestro país hacia el reconocimiento de este derecho y pone de manifiesto, una vez más, la importancia que tiene la negociación colectiva —también en este aspecto— para que cada empresa o sector pueda adaptar ese derecho a sus condicio-

¹⁸⁷ III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, (Código de convenio nº 99100015092012), suscrito con fecha 8 de junio de 2015, publicado en BOE nº. 147, de 20 de junio de 2015, pp. 51602-51619.

¹⁸⁸ Artículo 14 del Convenio Colectivo del Grupo AXA (Código convenio nº. 90006353011984) suscrito, el 18 de julio de 2017, de una parte por los designados por la Dirección de las empresas y de otra por el sindicato CC.OO. Véase la Resolución de 21 de septiembre de 2017, de la Dirección General de Empleo, por la que se registra y publica el Convenio colectivo del Grupo Axa en BOE nº. 244, de 10 de octubre de 2017, pp. 98670-98699.

nes específicas. Sin bien es cierto que la cláusula de desconexión aquí prevista no resulta lo suficientemente completa. Concretamente, no se establece formalmente que la empresa tenga que abstenerse de enviar correos o mensajes a los trabajadores fuera de su horario laboral. A la inversa, son los trabajadores quienes tienen el derecho de no contestar a los correos¹⁸⁹.

Significativo es también el Acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica S.A. de 27 de junio de 2018 para adaptar las condiciones de la plantilla a lo dispuesto en el Convenio Colectivo de Grandes Almacenes en el que se incluye que “los trabajadores/as tienen derecho a no responder cualquier tipo de comunicación por cualquier canal (correo electrónico, teléfono, Whatsapp, redes sociales, etc) fuera de su horario de trabajo, salvo causa de fuerza mayor”¹⁹⁰.

Por último, el acuerdo suscrito entre el Grupo Telefónica y UGT y CCOO de 23 de noviembre de 2018 para el reconocimiento, sensibilización y formación en materia de desconexión digital¹⁹¹ y el Convenio Colectivo de la empresa Damm en la provincia de Barcelona para los años 2017-2020 en el que “se reconoce el derecho a no atender a las obligaciones derivadas de su trabajo a través del teléfono, el ordenador o cualquier otro dispositivo electrónico fuera de la jor-

¹⁸⁹ Se puede proponer, a modo de ejemplo más completo, la siguiente cláusula sobre desconexión digital: “Se reconoce el derecho a la desconexión digital de todos los trabajadores una vez finalizada su jornada laboral. En consecuencia, la empresa no puede ponerse en contacto con los trabajadores fuera de su horario de trabajo, tal y como se especifica en el contrato de trabajo. En cualquier caso, la empresa no podrá contactar con los trabajadores entre las... horas y las... horas, ni durante los fines de semana o festivos. En ningún caso los trabajadores tendrán la obligación de consultar o responder a los correos o mensajes profesionales que se le envíen fuera de su horario de trabajo. Lo anterior será también de aplicación para las llamadas o mensajes telefónicos. Salvo circunstancias excepcionales de especial gravedad, urgencia o fuerza mayor, la empresa se abstiene de contactar con los trabajadores fuera de su horario de trabajo. Así, en estos casos, el uso de los servicios de correo electrónico, teléfono o mensajería corporativos, debe estar justificado por la circunstancia excepcional. Finalmente, se organizarán acciones de formación y sensibilización para los directivos y los trabajadores con el fin de informarles de los riesgos y buenas prácticas relacionadas con el uso de las herramientas digitales en la empresa”.

¹⁹⁰ En: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/comercio/Acuerdo-horario-ikea.pdf>

¹⁹¹ En: http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/doc295252_Acuerdo_sobre_desconexion_digital_en_Telefonica.pdf

nada habitual de trabajo, y ello salvo en circunstancias urgentes o excepcionales”¹⁹².

4.5.2. La Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales y el reconocimiento de un derecho de los trabajadores a la desconexión digital en el ámbito laboral

La LOPDGDD incluye en el Título X “Garantía de los derechos digitales”, junto con el derecho a la desconexión digital (artículo 88), una serie de derechos específicamente relacionados con el ámbito laboral. Al respecto, recordemos que en el artículo 87 se reconoce el derecho a la protección de la intimidad de los trabajadores y empleados públicos en el uso de los dispositivos digitales puestos a su disposición por el empleador. También se establece el derecho a la intimidad frente al uso de dispositivos de videovigilancia y de grabación de sonidos en el lugar de trabajo (artículo 89) y el derecho a la intimidad ante la utilización de sistemas de geolocalización en el ámbito laboral (artículo 90). Finalmente, el artículo 91 incluye la posibilidad de que los convenios colectivos puedan 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.

La Disposición final decimotercera de la LOPDGDD ha añadido un nuevo artículo 20 bis en el ET con el siguiente contenido: “Artículo 20 bis. Derechos de los trabajadores a la intimidad en relación con el entorno digital y a la desconexión.

Los trabajadores tienen derecho 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 en los términos establecidos en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

¹⁹² Artículo 35 del Convenio Colectivo de la Empresa Sociedad Anónima Damm (Código Convenio nº 08100282012013) de Barcelona suscrito el 24 de noviembre de 2017 y publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, nº 75, de 18 de abril de 2018.

Asimismo, también se ha añadido una nueva letra j) bis en el artículo 14 del texto refundido de la Ley del Estatuto Básico del Empleado Público quedando redactada en los siguientes términos: “j) bis 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 en la legislación vigente en materia de protección de datos personales y garantía de los derechos digitales”.

Por su parte, el artículo 88 LOPDGDD regula por primera vez en España el derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral de la siguiente manera:

“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”.

De la lectura de este precepto, se deduce la clara inspiración que ha sido la legislación francesa al respecto. Del mismo modo, se opta por dejar en manos de la negociación colectiva el alcance y las modalidades del derecho a la desconexión. Se otorga un margen amplio de libertad de regulación a través de la negociación colectiva. Para lograr

ese justo equilibrio entre la vida laboral y personal en el mundo digital, según Molina Navarrete, es necesario huir de una regulación unilateral y general y encaminarse a otra pactada, con reglas especiales, mucho más específica, a través de la negociación colectiva¹⁹³. En este sentido, si bien la negociación colectiva (preferiblemente estatutaria) resulta la vía adecuada para precisar los términos de la desconexión, la Ley no impone un deber de negociar ni se opta por considerarse como contenido mínimo de la negociación colectiva¹⁹⁴. Como evidencia Baylos Grau, “esto plantea problemas adicionales en la medida en que cabe preguntarse si un trabajador individual puede reclamar a la empresa el cumplimiento de este derecho si no existe previamente su reconocimiento en un convenio colectivo, pacto extraestatutario o acuerdo informal en la empresa por entender que el derecho está ya reconocido directamente en el precepto legal. La norma sin embargo parece establecer que las condiciones de ejercicio las fija colectivamente el convenio o el acuerdo, pero eso no debería impedir la posibilidad de un acuerdo individual del trabajador con el empresario para el goce de este derecho establecido en la LOPDP”¹⁹⁵.

No encontramos en la Ley una definición del derecho a la desconexión digital y en cuanto a su desarrollo se limita a declaraciones genéricas. Aunque tampoco se hace mención alguna de las posibles sanciones en caso de incumplimiento de la obligación empresarial o infracción del derecho a la desconexión, podríamos considerar aplicable el régimen sancionador previsto en la Ley de Infracciones y San-

¹⁹³ Molina Navarrete, *Ob. cit.*, p. 271.

¹⁹⁴ Una de las propuestas referentes a la regulación del derecho a la desconexión era precisamente la modificación del artículo 85.3 ET introduciendo un apartado sobre dicha materia con el fin de garantizar su inclusión como contenido mínimo de los convenios colectivos. Rodríguez González, Sarai, “La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo”, en Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, La Ley, Madrid, 2018, p. 509; Tascón López, Rodrigo, “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *Trabajo y Derecho*, n° 41, 2018, pp. 45-63.

¹⁹⁵ Baylos Grau, Antonio, “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España, *Ciudad del Trabajo*, n° 14, 2019, p. 158.

ciones del Orden Social relativo a la transgresión de las normas y los límites legales o pactados en materia de jornada¹⁹⁶.

Asimismo, la LOPDGDD impone una serie de obligaciones a las empresas:

En primer lugar, el empleador deberá elaborar una política interna dirigida a los trabajadores, previa audiencia de los representantes de los trabajadores, que será fundamental para fijar las modalidades de ejercicio del derecho a la desconexión.

En segundo lugar, la empresa deberá establecer acciones de formación y sensibilización del personal sobre el uso razonable de las TIC. Igual que en la legislación francesa se considera especialmente importante la formación.

Finalmente, se presta una atención particular a la necesidad de garantizar el derecho a la desconexión digital en los supuestos de trabajo a distancia así como en el domicilio del empleado vinculado al uso con fines laborales de herramientas tecnológicas debido, seguramente, a la exposición de estos trabajadores a mayores riesgos de fatiga informática.

Si bien resultada necesaria la regulación de un derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, parece que la solución adoptada no ha sido suficiente. En definitiva el legislador ha reconocido el derecho, lo que ciertamente constituye un paso fundamental, pero lo ha desarrollado con continuas fórmulas de reenvío. De acuerdo con Baylos Grau, el avance que podía suponer esta Ley “ha quedado sin embargo neutralizado por la orientación que se ha dado al tratamiento laboral de los derechos digitales. En el diseño de la ley, es el empleador quien determina el alcance y el contenido de los derechos digitales de los trabajadores, que ostentan exclusivamente un derecho a ser informados a título individual, sin que la decisión empresarial pueda ser condicionada por el interés colectivo de los trabajadores a través de los mecanismos de representación en la empresa o la mediación sindical. Una regulación por tanto que debilita de forma muy clara las posibilidades reales de preservación de los derechos fundamentales

¹⁹⁶ Se podría considerar el incumplimiento empresarial como una infracción de los derechos de jornada y en consecuencia ser considerada como una infracción grave según el artículo 7.5 de la LISOS.

de los ciudadanos en cuanto trabajadores, sometiendo su vigencia y efectividad al ‘plan interno’ empresarial o al diseño del control y dirección de la empresa. En síntesis, se trata de un texto decepcionante por la concepción del espacio laboral como un espacio que mantiene su opacidad ante el ejercicio de los derechos fundamentales de ciudadanía sin invertir el primado del dominio exorbitante del empleador en la restricción de dichos derechos”¹⁹⁷.

¹⁹⁷ Baylos Grau, Antonio, “Una nota sobre el papel...”, *Ob. cit.*, p. 159.

Capítulo V

Del teletrabajo al smart working, hacia un trabajo líquido y sin barreras

5.1. TRABAJO A DOMICILIO, TRABAJO A DISTANCIA Y TELETRABAJO: EL CAMINO HACIA NUEVAS FORMAS DE TRABAJO FLEXIBLE

Trabajo a domicilio, trabajo a distancia o teletrabajo, son todas ellas formas flexibles de organizar el trabajo que tienen en común la realización de la actividad profesional sin presencia física del trabajador en los locales de la empresa durante una parte o la totalidad de su jornada laboral. Lejos de ser novedoso, como explica De la Villa Gil, “las primeras manifestaciones del trabajo a domicilio tienen lugar hacia el siglo XV, sucediéndose a partir de entonces una serie de fases desfavorables y adversas a dicha forma de trabajo. El siglo XVI contempla un proceso expansivo, el XVII un estancamiento, el XVIII, con el liberalismo económico, abre de nuevo vía para un desarrollo considerable, que quiebra en la primera mitad del XIX por la expansión del industrialismo. Pero desde mediados del XIX, la industria de confección, particularmente, actuará de nuevo como plataforma de lanzamiento de esta modalidad de trabajo (...)”¹⁹⁸.

Aunque en un primer momento, la prestación de servicios de manera deslocalizada estaba pensada principalmente para formas de producción artesanales y básicamente manuales (como la artesanía, el vestido, el aparado de calzado...), según afirma Selma Penalva “en la actualidad, el teletrabajo es la modalidad principal de fenómenos de trabajo a domicilio (o trabajos a distancia) que se están presentando en la práctica, la mayoría de ellos encuadrados ya en el sector terciario. De hecho, son estos cambios sociales los que han motivado el cambio de denominación que la legislación laboral tradicionalmente

¹⁹⁸ De la Villa Gil, Luis Enrique, “Trabajo a distancia”, en: Goerlich Peset, José María (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, p. 305.

ofrecía a esta figura, que ha pasado de identificarse como ‘trabajo a distancia’¹⁹⁹ tal y como veremos posteriormente.

Con la irrupción masiva de las TIC y la globalización de la economía se produce un resurgimiento del trabajo realizado fuera de los locales de la empresa. Desde que surgió el teletrabajo en los años 70 en Estados Unidos, el interés por esta fórmula no ha dejado de crecer²⁰⁰. Muestra de ello es la declaración del Parlamento Europeo en su Resolución de 15 de junio de 2017 sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa en la que destaca la “importancia del teletrabajo y del trabajo inteligente en el marco de la economía colaborativa y defiende, a este respecto, la necesidad de equiparar estas modalidades laborales con las tradicionales”.

Esta forma de trabajar supone importantes ventajas como puede ser, para las empresas, el aumento de la productividad y la reducción de costes, para el trabajador, una mayor autonomía y favorecer la conciliación de la vida laboral y privada, e incluso para los gobiernos, hacer frente a los problemas medioambientales y la posibilidad de crear oportunidades de empleo incluyentes²⁰¹. Tal y como se señaló

¹⁹⁹ Selma Penalva, Alejandra, “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas Laborales*, nº 134, 2016, p. 131.

²⁰⁰ Fue en la década de los 70 cuando Nilles acuñó el término de “teletrabajo”. Véase Nilles, Jack. M., “Telecommunications and organizational decentralization”, *IEEE Transactions on Communications*, Vol. Com-23, nº 10, 1975, pp. 1142-1147, en: <https://jala.com/Telecomm%20and%20Org%20Decentralization.pdf> Como explica Pérez Sánchez, siguiendo a Eduardo Barrera (Presidente de European Community Telematics/Telework Forum), desde el origen del teletrabajo que muchos sitúan en Estados Unidos con la crisis del petróleo de los años setenta, se ha producido una evolución del teletrabajo. Tras su origen, le sigue una segunda fase del teletrabajo caracterizada por la irrupción del PC y el desarrollo de las redes virtuales. Nos encontramos actualmente en una tercera fase caracterizada por la economía globalizada y la explosión de Internet, obligando a las empresas a modernizar sus procesos productivos y reclamar una mayor flexibilidad en el mercado laboral. Finalmente, está por llegar una cuarta fase del teletrabajo caracterizada por su generalización pasando de ser una forma innovadora de trabajar a ser la manera ordinaria de hacerlo. En Pérez Sánchez, Carmen, “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, nº 11, 2010, pp. 25 y 26.

²⁰¹ Así se puso en evidencia en el Foro de diálogo mundial organizado por la OIT en Ginebra, del 24 al 26 de octubre de 2016. La finalidad del Foro era intercambiar las políticas y las prácticas que pueden hacer frente a los desafíos de trabajo

en el documento de consenso emitido con ocasión del Foro de diálogo mundial sobre teletrabajo en los sectores de la TIC y de los servicios financieros, organizado por la OIT del 24 al 26 de octubre de 2016: “El teletrabajo puede aportar numerosos beneficios laborales y sociales. Los beneficios para los trabajadores pueden ser, entre otros, unos desplazamientos más cortos, menos gastos personales relacionados con el trabajo y una mejor conciliación de la vida laboral y familiar, incluida una mayor capacidad para equilibrar las responsabilidades profesionales y de prestación de cuidados, y más oportunidades de trabajo. Los empleadores pueden beneficiarse de una mayor productividad, menos gastos generales y el acceso a una oferta más amplia, diversa, motivada y calificada de trabajadores. En lo que respecta a los gobiernos, el teletrabajo puede ser una estrategia para afrontar los problemas medioambientales y de congestión urbana, y para promover oportunidades de empleo incluyentes para todos”²⁰².

Desde la UE también se pone de manifiesto las ventajas que las fórmulas de trabajo flexible, incluido el teletrabajo, pueden tener mejorar la conciliación de la vida familiar y profesional de los progenitores y los cuidadores. Al respecto, hay que mencionar la Directiva (UE) 2019/1158 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 20 de junio de 2019²⁰³, que fija unos requisitos mínimos con el fin de lograr la igualdad entre hombres y mujeres en relación a las oportunidades en el

decente y maximizar los beneficios del teletrabajo en los sectores de la TIC y los servicios financieros.

²⁰² Véase los Puntos de consenso del Foro de diálogo mundial sobre las dificultades y oportunidades del teletrabajo para los trabajadores y empleadores en los sectores de la tecnología de la información y las comunicaciones y de los servicios financieros, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_dialogue/---sector/documents/meetingdocument/wcms_534049.pdf

²⁰³ Se trata 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 (DOUE, L 188, de 12 de julio de 2019, pp. 79-93). Se prevé como fecha límite el 2 de agosto de 2022 para que los Estados miembros adopten cuantas disposiciones legales, reglamentarias y administrativas sean necesarias para dar cumplimiento a los establecido en la Directiva. Salvo en lo relativo a la remuneración o prestación económica correspondiente a las últimas dos semanas de permiso parental cuyo plazo máximo de transposición será el 2 de agosto de 2024.

mercado laboral y al trato en el trabajo, facilitando la conciliación de la vida familiar y profesional a los trabajadores que sean progenitores o cuidadores. El Parlamento Europeo y el Consejo consideran que “a fin de animar a los trabajadores que sean progenitores y cuidadores a permanecer en el mercado laboral, estos deben poder adaptar su calendario de trabajo a sus necesidades y preferencias personales. A tal efecto y centrándose en las necesidades de los trabajadores, deben poder solicitar fórmulas de trabajo flexible a fin de poder ajustar sus modelos de trabajo para ocuparse de sus responsabilidades en el cuidado de familiares, acogiéndose, cuando sea posible, a fórmulas de trabajo a distancia, calendarios laborales flexibles o reducción del horario laboral”²⁰⁴.

Por otra parte, también surgen interrogantes sobre su reverso y posibles consecuencias negativas en materia de trabajo decente. A falta de medidas adecuadas, el teletrabajo puede repercutir negativamente sobre el trabajador y sobre sus derechos laborales. Jornadas excesivas de trabajo, sobrecarga de trabajo, disponibilidad total del trabajador, hiperconectividad, aislamiento profesional, estrés, pérdida de posibilidades de promoción profesional, menor acceso a oportunidades de formación, menor vinculación con la empresa o problemas relativos a la privacidad e intimidad, son algunos de los problemas y retos a afrontar. Según Sierra Benítez, “el teletrabajo hace referencia al trabajo a distancia, a nuevos métodos de trabajo y, por lo tanto, a la necesidad de adaptar las competencias en el lugar de trabajo para garantizar el trabajo decente y el empleo de calidad”²⁰⁵. Sin embargo, para Hernández Nieto no hay un elemento tan novedoso: “Lo cierto es que nos encontramos con una *‘vieja forma de trabajar* —sobre todo cuando el teletrabajo se ejecuta en el domicilio— *utilizando instrumentos nuevos* —las telecomunicaciones—; ello va a obligar al Derecho a establecer mecanismos que garanticen la manera o forma de prestar dicha actividad, sobre todo cuando la relación que se da entre el teletrabajador y la empresa va a ser por cuenta ajena”²⁰⁶.

²⁰⁴ Considerando 34 de la Directiva (UE) 2019/1158.

²⁰⁵ Sierra Benítez, Esperanza Macarena, “El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea”, *Boletín ADAPT*, n° 18, 2013, p. 1.

²⁰⁶ Hernández Nieto, Juan Antonio, “El teletrabajo en España en los albores del siglo XXI”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, n° 2, 2001, pp. 194 y

Como veremos, para garantizar una protección adecuada de los trabajadores y dar respuesta a problemas y posibles vacíos legales es necesario dotarse de un marco jurídico adecuado y de un diálogo social efectivo.

5.1.1. Primeros pasos: la OIT y el Convenio núm. 177 sobre el trabajo a domicilio y la Recomendación núm. 184 correspondiente

El “trabajo a domicilio” tiene su consideración en el Convenio de la OIT núm. 177 sobre el trabajo a domicilio, adoptado el 20 de junio de 1996 y cuya entrada en vigor se produjo el 22 de abril de 2000. A efectos del Convenio, debe considerarse “trabajo a domicilio” el trabajo que una persona realiza:

- en su domicilio o en otros locales que escoja, distintos de los locales de trabajo del empleador,
- a cambio de una remuneración
- y con el fin de elaborar un producto o prestar un servicio conforme a las especificaciones del empleador, independientemente de quién proporcione el equipo, los materiales u otros elementos utilizados para ello, a menos que esa persona tenga el grado de autonomía y de independencia económica necesario para ser considerada como trabajador independiente en virtud de la legislación nacional o de decisiones judiciales²⁰⁷. Los trabajadores autónomos quedan excluidos del ámbito de protección del Convenio²⁰⁸.

A continuación se precisa que “una persona que tenga la condición de asalariado no se considerará trabajador a domicilio a los efectos del presente Convenio por el mero hecho de realizar ocasionalmente su trabajo como asalariado en su domicilio, en vez de realizarlo en su lugar de trabajo habitual”. Según esta definición, el elemento deter-

195.

²⁰⁷ Artículo 1 del Convenio núm. 177.

²⁰⁸ Si bien es cierto que pueden darse distintas modalidades de teletrabajo con la consecuente aplicación de regímenes jurídicos distintos (como el teletrabajo por cuenta propia o por subcontratación empresarial), en esta ocasión, nos ocupamos del teletrabajo por cuenta ajena, fruto de la existencia de una relación laboral, lo que conlleva la aplicación del Derecho del Trabajo.

minante es el desarrollo del trabajo en un lugar remoto distinto del centro de trabajo habitual. Dicho lugar puede ser el domicilio del trabajador u otra localización que este escoja. Así, la expresión “trabajo a distancia” hubiera tenido mejor encaje ya que el desarrollo de la actividad no queda circunscrito al domicilio del trabajador. En este sentido, podemos entender que este Convenio sirve para regular el trabajo a distancia. Es más, “aunque el título del Convenio hace referencia al trabajo a domicilio, su contenido no resulta incompatible con otras modalidades de trabajo a distancia, incluido el teletrabajo”²⁰⁹. La limitación se encuentra en que en ningún caso se hace referencia al uso de la TIC, factor diferencial del teletrabajo. Según la OIT, el teletrabajo ha de entenderse como “trabajo a distancia (incluido el trabajo a domicilio) efectuado con auxilio de medios telecomunicación y/o de una computadora”²¹⁰. La diferencia depende del uso de las TIC.

Por otra parte, el concepto de “trabajo a domicilio” señala también que dicho trabajo ha de realizarse a cambio de remuneración y de conformidad con las especificaciones dadas por el empleador. Aspectos importantes pues contribuyen a reforzar la relación de dependencia.

El Convenio núm. 177 insta a promover la igualdad de trato entre los trabajadores a domicilio y los demás trabajadores asalariados²¹¹. Con afán protector también se establece que la legislación nacional en materia de seguridad y salud en el trabajo deberá aplicarse al trabajo a domicilio teniendo en consideración las características propias de éste²¹². Por su parte, la Recomendación núm. 184 sobre el trabajo a

²⁰⁹ Ushakova, Tatsiana, “Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia”, p. 4, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548606.pdf

²¹⁰ Véase el tesauro de la OIT en: <https://www.ilo.org/inform/online-information-resources/terminology/thesaurus/lang-es/index.htm>

²¹¹ Concretamente el artículo 4.2 del Convenio núm. 177 establece que “la igualdad de trato deberá fomentarse, en particular, respecto de: (a) el derecho de los trabajadores a domicilio a constituir o a afiliarse a las organizaciones que escojan y a participar en sus actividades; (b) la protección de la discriminación en el empleo y en la ocupación; (c) la protección en materia de seguridad y salud en el trabajo; (d) la remuneración; (e) la protección por regímenes legales de seguridad social; (f) el acceso a la formación; (g) la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo; (h) la protección de la maternidad”.

²¹² Artículo 7 del Convenio núm. 177.

domicilio incluye una serie de propuestas más detalladas sobre garantías y derechos básicos para estos trabajadores en lo referente a un deber de información sobre sus condiciones de empleo específicas, el fomento de la negociación colectiva, la fijación de tablas salariales mínimas y el derecho a percibir una compensación por los gastos relacionados con el trabajo (suministros, tiempo dedicado al mantenimiento de los equipos, etc.), el disfrute de los tiempos de descanso diario y semanal comparable al que tienen los otros trabajadores, derecho a recibir formación y obligaciones en materia preventiva.

Tanto en el Convenio como en la Recomendación se predica un objetivo prioritario: la igualdad material entre los trabajadores a domicilio y los demás trabajadores. Añadir finalmente que el Convenio ha sido ratificado únicamente por diez países²¹³. De acuerdo con Ushakova “la primera opción de la OIT frente a los desafíos actuales es promover la ratificación del Convenio núm. 177 y persuadir a los Estados a explorar las posibilidades convencionales para regular el trabajo a distancia en sus distintas manifestaciones”²¹⁴. Todo ello, sin perjuicio de una posible actualización del Convenio.

5.1.2. Primer acuerdo voluntario a nivel de la UE: El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo

Aunque el teletrabajo es una realidad posterior y supera al tradicional trabajo a domicilio, el Convenio núm. 177 y la Recomendación núm. 184 de la OIT constituyen un referente específico a nivel internacional y han influido en el contenido del Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo.

En el marco de la Estrategia Europea para el Empleo, con el fin de mejorar la flexibilidad para las empresas y la seguridad para los trabajadores así como modernizar la organización del trabajo, el Consejo Europeo invitó a los interlocutores sociales a negociar acuerdos.

²¹³ Habiendo sido Finlandia e Irlanda los primeros países en ratificar el Convenio, seguidos de Países Bajos, Albania, Argentina, Bulgaria, Bosnia y Herzegovina, Tayikistán, Macedonia del Norte y Bélgica. En: https://www.ilo.org/dyn/normlex/es/f?p=1000:11300:5440666628395:::P11300_INSTRUMENT_SORT:1

²¹⁴ Ushakova, Tatsiana, “Los modelos de la acción normativa de la OIT...”, *Ob. cit.*, p. 4.

En esta misma línea, la Comisión Europea invitó a los interlocutores sociales a iniciar negociaciones para llegar a un acuerdo sobre el teletrabajo que comenzaron el 20 de septiembre de 2001. Finalmente, el Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo (AMET) de 16 de julio de 2002 se firmó con el objetivo de dar más seguridad a los teletrabajadores por cuenta ajena en el ámbito de la UE. Se trata de un acuerdo de especial importancia pues es el primero acordado por los interlocutores sociales europeos²¹⁵ y desde entonces, no ha sido objeto de revisión. Los interlocutores sociales consideran el teletrabajo como un medio de modernizar la organización del trabajo para las empresas y como un medio de dar mayor autonomía a los trabajadores y de mejorar las posibilidades de conciliación de la vida laboral y familiar.

En cuanto a su eficacia jurídica, se trata del primer acuerdo logrado en virtud del procedimiento de negociación voluntaria previsto en el artículo 139.2 TUE. Con eficacia jurídica meramente obligacional y no normativa, la implementación del AMET en cada uno de los Estados miembros se ha llevado a cabo mediante una transposición autónoma conforme a los procedimientos y prácticas propias de los agentes sociales para su aplicación²¹⁶. La consecuencia más directa es la existencia de diferencias considerables en la regulación del teletrabajo entre los Estados miembros.

El texto europeo ofrece una definición amplia del teletrabajo en los términos siguientes: “El teletrabajo es una forma de organización y/o de realización del trabajo, utilizando las tecnologías de la información en el marco de un contrato o de una relación de trabajo, en la cual un trabajo que podría ser realizado igualmente en los locales de la empresa se efectúa fuera de estos locales de forma regular”. Teniendo en cuenta esta definición cabe destacar que se tienen en consideración los siguientes elementos: la realización de un trabajo por cuenta ajena,

²¹⁵ El AMET fue firmado por la Confederación Europea de Sindicatos (CES), la Unión de Confederaciones de la Industria y de Empresarios de Europa (UNICE) / la Unión Europea del Artesanado y de la Pequeña y Mediana Empresa (UNICE/UEAPME) y el Centro Europeo de la Empresa Pública (CEEP).

²¹⁶ Sobre los Acuerdos colectivos europeos sin intervención institucional y su estatuto legal véase: Dueñas Herrero, Laurentino Javier, “La interiorización de los acuerdos europeos por los convenios colectivos nacionales”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, nº 10, 2009, pp. 28 y ss.

con utilización de la TIC, en una localización distinta a los locales de la empresa.

En cuanto al contenido del Acuerdo, en primer lugar se establece como rasgo esencial del teletrabajo su carácter voluntario y temporal. El artículo 3 del AMET señala de entrada que el teletrabajo es voluntario para el trabajador y para el empresario. El teletrabajo puede formar parte de la descripción del puesto a ocupar o bien puede ofrecerse o solicitarse posteriormente. En este caso, el trabajador como el empresario puede aceptarla o rechazarla respectivamente. También se indica que la decisión de pasar a teletrabajo es reversible y las modalidades de dicha reversibilidad se establecerán por acuerdo individual o colectivo.

A continuación, en el artículo 4 del AMET en lo que afecta a las condiciones de empleo, se fija un principio de igualdad de trato entre los teletrabajadores y los trabajadores comparables que trabajan en los locales de la empresa. Se recoge aquí también el objetivo prioritario del Convenio núm. 177 de la OIT.

Posteriormente, el AMET hace referencia a una serie de garantías en materia de protección de datos y de respeto a la vida privada del trabajador. Se impone un deber al empresario de facilitar, instalar y mantener los equipamientos necesarios para el teletrabajo regular así como de cubrir los costos directamente originados por este trabajo.

Asimismo, el empresario es responsable de la salud y seguridad del teletrabajador. Es más, el empresario como los representantes de los trabajadores y las autoridades competentes han de tener acceso —dentro de los límites legales y convencionales— al lugar del teletrabajo para verificar la correcta aplicación de las normas sobre salud y seguridad. Si el teletrabajador trabaja en su domicilio, el acceso estará sometido a una notificación previa y consentimiento.

Sobre la organización del trabajo, se establece que el teletrabajador gestionará la organización de su tiempo de trabajo dentro de los límites fijados por la legislación, los convenios colectivos y las reglas de empresa que fueran aplicables. Con la finalidad de garantizar la igualdad de trato, también se especifica que la carga de trabajo y los criterios de resultados del teletrabajador han de ser equivalentes a los de los trabajadores comparables en los locales de la empresa. Asimismo, también se reconoce su derecho a acceder a la formación y a las mismas oportuni-

dades de promoción en su carrera profesional y la garantía de sus derechos colectivos. Por último, con la intención de combatir el aislamiento profesional, uno de los principales riesgos laborales del teletrabajador, el empresario deberá asegurar medidas que favorezcan la relación con los otros trabajadores y el vínculo con la empresa.

Si bien el AMET es un paso hacia la obtención de un marco general para las condiciones laborales de los teletrabajadores a escala de la UE, no puede considerarse un Acuerdo lo suficientemente concreto ni completo. Tal y como constata Santos Fernández, se trata de un Acuerdo poco ambicioso pues “no han sido objeto de regulación las cuestiones relativas a la Seguridad Social; al impacto medioambiental; al sistema de remuneración; a las implicaciones sociales del teletrabajo transfronterizo; y al teletrabajo autónomo, entre otras. Cuestiones todas ellas que merecen una especial atención en este nuevo contexto organizativo que representa el teletrabajo. Posiblemente las razones de su exclusión han sido la dificultad de abordar determinados temas por los agentes sociales”²¹⁷. Además, de acuerdo con Sierra Benítez “desde el punto de vista jurídico-laboral resulta complicado hablar del estado actual del teletrabajo en la Unión Europea, dada la diversa implementación en cada Estado Miembro del Acuerdo Marco Europeo del Teletrabajo”²¹⁸. En este sentido, la opción más conveniente sería la presentación de una directiva sobre el teletrabajo que “teniendo como base el AMET, extendiera su campo de aplicación a otras formas de manifestación del trabajo a distancia, como el trabajo remoto”²¹⁹.

5.2. LA REGULACIÓN ESPAÑOLA DEL TELETRABAJO

En España, el AMET fue incorporado en un Anexo al Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 30 de enero de 2003²²⁰. Del mismo modo, en los AINC posteriores se vuelve a ha-

²¹⁷ Santos Fernández, María Dolores, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, n° 14, 2004, p. 65.

²¹⁸ Sierra Benítez, Esperanza Macarena, “El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea”, *Boletín ADAPT*, n° 18, 2013, p. 1.

²¹⁹ *Id.*, p. 2

²²⁰ BOE n° 47, de 24 de febrero de 2003, pp. 7539-7548.

cer referencia al contenido del AMET y se recogen las pautas que pueden resultar de utilidad en el desarrollo del teletrabajo. Así, en el III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, suscrito el 8 de junio de 2015, las organizaciones empresariales y sindicales firmantes reconocen, una vez más, el teletrabajo como un medio de modernizar la organización del trabajo para hacer compatible la flexibilidad y la seguridad, y recuerdan el contenido del AMET estableciendo unos criterios que pueden ser utilizados por las empresas y por los trabajadores, tales como:

“– El carácter voluntario y reversible del teletrabajo, tanto para el trabajador como para la empresa.

– La igualdad de derechos, legales y convencionales, de los teletrabajadores respecto a los trabajadores comparables que trabajan en las instalaciones de la empresa.

– La conveniencia de que se regulen aspectos como la privacidad, la confidencialidad, la prevención de riesgos, las instalaciones, la formación, etc”²²¹.

Más allá, se hace necesario ofrecer un marco regulatorio del teletrabajo en nuestro país para regular estas formas particulares de trabajo dependiente y por cuenta ajena.

5.2.1. El concepto del trabajo a distancia y teletrabajo en el derecho español

En el Derecho español, con anterioridad a la reforma laboral operada en año 2012 existía el denominado “contrato de trabajo a domicilio” regulado en el art. 13 ET de la Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores²²². Esta modalidad contractual consistía en la realización de la actividad laboral en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresa-

²²¹ III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, suscrito el 8 de junio de 2015, BOE n° 147, de 20 de junio de 2015, p. 51616.

²²² BOE n° 64, de 14 de marzo de 1980, pp. 5799-5815. Asimismo, con posterioridad, el Real Decreto Legislativo 1/1995, de 24 de marzo, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley del Estatuto de los Trabajadores (BOE n° 75, de 29 de marzo de 1995, pp. 9654-9688) reproduce sin ninguna variación el artículo 13 ET/80 sobre el contrato de trabajo a domicilio.

rio²²³. Este tipo de trabajo iba enfocado históricamente a las industrias de trabajo intensivo, como la textil.

Con la reforma laboral de 2012 se modifica el artículo 13 ET que hasta entonces se refería al trabajo a domicilio cambiando su rotulación por “Trabajo a distancia”²²⁴. Se pretende cumplir con la nueva redacción del art. 13 ET, con una regulación más amplia capaz de incluir el teletrabajo. Tal y como se especifica en la exposición de motivos del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral: “El deseo de promover nuevas formas de desarrollar la actividad laboral hace que dentro de esta reforma se busque también dar cabida, con garantías, al teletrabajo: una particular forma de organización del trabajo que encaja perfectamente en el modelo productivo y económico que se persigue, al favorecer la flexibilidad de las empresas en la organización del trabajo, incrementar las oportunidades de empleo y optimizar la relación entre tiempo de trabajo y vida personal y familiar. Se modifica, por ello, la ordenación del tradicional trabajo a domicilio, para dar acogida, mediante una regulación equilibrada de derechos y obliga-

²²³ La anterior redacción del art. 13 ET establecía el contrato de trabajo a domicilio en los siguientes términos: “1. Tendrá la consideración de contrato de trabajo a domicilio aquél en que la prestación de la actividad laboral se realice en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por éste y sin vigilancia del empresario. 2. El contrato se formalizará por escrito con el visado de la oficina de empleo, donde quedará depositado un ejemplar, en el que conste el lugar en el que se realice la prestación laboral, a fin de que puedan exigirse las necesarias medidas de higiene y seguridad que se determinen.

3. El salario, cualquiera que sea la forma de su fijación, será, como mínimo, igual al de un trabajador de categoría profesional equivalente en el sector económico de que se trate.

4. Todo empresario que ocupe trabajadores a domicilio deberá poner a disposición de éstos un documento de control de la actividad laboral que realicen, en el que debe consignarse el nombre del trabajador, la clase y cantidad de trabajo, cantidad de materias primas entregadas, tarifas acordadas para la fijación del salario, entrega y recepción de objetos elaborados y cuantos otros aspectos de la relación laboral interesen a las partes.

5. Los trabajadores a domicilio podrán ejercer los derechos de representación colectiva conforme a lo previsto en la presente Ley, salvo que se trate de un grupo familiar”.

²²⁴ La modificación del artículo 13 ET se produjo en primer lugar por el Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero y seguidamente por la Ley 3/2012, de 6 de julio.

ciones, al trabajo a distancia basado en el uso intensivo de las nuevas tecnologías”. De este modo, se ha incluido dentro de las modalidades contractuales el “trabajado a distancia” en sustitución del antiguo “trabajo a domicilio”. El art. 6 del Real Decreto-ley 3/2012, de 10 de febrero, de medidas urgentes para la reforma del mercado laboral, fija la nueva redacción del artículo 13 ET.

La definición legal del trabajo a distancia se encuentra en el artículo 13.1 ET según el cual: “Tendrá la consideración de trabajo a distancia aquel en que la prestación de la actividad laboral se realice de manera preponderante en el domicilio del trabajador o en el lugar libremente elegido por este, de modo alternativo a su desarrollo presencial en el centro de trabajo de la empresa”. Con este precepto se reconoce la posibilidad de que el trabajo pueda realizarse de manera preponderante fuera de los locales de la empresa. Se trata de una forma flexible de organizar el trabajo, de manera alternativa a su desarrollo presencial en la empresa. Respecto del lugar en el que se pueda desarrollar la actividad laboral, será dónde libremente elija el trabajador. Sobre este último aspecto, el artículo 13 ET es insuficiente para su aplicación al teletrabajo puesto que solo se centra en una modalidad de teletrabajo, dejando al margen otras situaciones en las que el lugar de trabajo no es libremente elegido por el trabajador como sucede en los centros de teletrabajo o telecentros y las oficinas satélite.

Respecto de la anterior formulación del art. 13 ET se elimina la mención que se hacía a la ausencia de vigilancia del empresario, teniendo en cuenta la variedad de mecanismos tecnológicos de control existentes en la actualidad que permiten una vigilancia remota de los trabajadores.

Aunque se pretende dar una cobertura más amplia reconociendo de un modo genérico el trabajo a distancia, no es suficiente para albergar las distintas modalidades de teletrabajo. El elemento esencial del teletrabajo es el uso intensivo de las TIC. Si no hay uso de las TIC, no hay teletrabajo. O, dicho de otro modo, el “teletrabajo” conlleva “trabajo a distancia” pero el “trabajo a distancia” no implica en sí mismo “teletrabajo”²²⁵.

²²⁵ En palabras de Mella Méndez, “todo teletrabajo es trabajo a distancia, pero no todo trabajo a distancia es teletrabajo”, en: Mella Méndez, Lourdes (Dir.), “El

Como bien explica Quintanilla Navarro “la diferencia estriba en que, en el trabajo a distancia, no se exige la utilización de forma intensiva de las nuevas tecnologías informáticas y de la comunicación, mientras que este último elemento resulta imprescindible para poder identificar la organización mediante el teletrabajo respecto de una prestación laboral que se desarrolle preferentemente fuera de los locales de la empresa. Dada la entidad de la diferencia mencionada, no podemos considerar suficiente la regulación del art. 13 ET para la modalidad del teletrabajo”²²⁶.

5.2.2. El régimen jurídico-laboral del teletrabajo

El artículo 13 ET desarrolla el régimen jurídico del trabajo a distancia estableciendo una serie de exigencias.

En primer lugar, se establecen unos requisitos formales. El acuerdo por el que se establezca el trabajo a distancia ha de constar por escrito y, además, le serán de aplicación las reglas contenidas en el artículo 8.4 ET para la copia básica del contrato de trabajo.

En segundo lugar, se reconoce expresamente que “los trabajadores a distancia tendrán los mismos derechos que los que prestan sus servicios en el centro de trabajo de la empresa, salvo aquellos que sean inherentes a la realización de la prestación laboral en el mismo de manera presencial”. En especial, se precisa que el trabajador a distancia tendrá derecho a percibir, como mínimo, la retribución total establecida conforme a su grupo profesional y funciones. Además, el empresario deberá asegurar el acceso efectivo de estos trabajadores a la formación profesional para el empleo a fin de favorecer su promoción profesional, como también deberá informarles de la existencia de puestos de trabajo vacantes para su desarrollo presencial en sus centros de trabajo.

teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés”, *La Ley Wolters Kluwer*, Madrid, 2017, p. 26.

²²⁶ Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda, “El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, *El futuro del trabajo que queremos*. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbarano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019), Vol. 2, 2017, p. 112.

En tercer lugar, los trabajadores a distancia tienen derecho a una adecuada protección en materia de seguridad y salud resultando de aplicación, en todo caso, lo establecido en la Ley 31/1995, de 8 de noviembre, de Prevención de Riesgos Laborales, y su normativa de desarrollo. De acuerdo con Selma Penalva “el aislamiento y la necesidad de constante dedicación que, en muchas ocasiones, implica el trabajo a distancia, no son beneficiosos para la correcta prevención de los riesgos psicosociales. (...) tanto la libertad de distribución de la jornada laboral como la ausencia de desplazamientos o distracciones que obstaculicen la prestación de servicios no sólo genera ventajas sino también nuevos riesgos para la salud de esta clase de trabajadores. (...) el control del tiempo de conexión del trabajador resulta un elemento muy útil en el teletrabajo, pero no ya para valorar ni el rendimiento ni la productividad individual del trabajador, sino para poder establecer las medidas oportunas de salvaguarda de la seguridad en el trabajo, evitando aquellos riesgos para la salud que estén directamente vinculados al teletrabajo y relacionados con prolongaciones excesivas de la jornada laboral”²²⁷.

Finalmente, se les reconoce el ejercicio de los derechos de representación colectiva y, en consecuencia, estarán adscritos a un centro de trabajo concreto de la empresa.

En relación a la dependencia como uno de los presupuestos sustantivos comunes de laboralidad, de acuerdo con De la Villa Gil, “desde el punto de vista jurídico, el presupuesto de la dependencia fluctúa en el teletrabajo desde una dependencia fortalecida a una dependencia debilitada. Es muy intensa cuando la actividad se practica *on line*, (...). Pero es poco intensa, ciertamente, cuando la actividad se efectúa *off line* y el teletrabajador, a partir de unas indicaciones iniciales y un control ulterior del empleador, desarrolla una actividad informática sin conexión electrónica con el ordenador central situado en la empresa (...). Un supuesto intermedio sería el sistema *one way line*, o conexión informática en una sola dirección, que permite una interacción entre el trabajador y el empleador (...)”²²⁸.

²²⁷ Selma Penalva, Alejandra, *Ob. cit.*, pp. 140-141.

²²⁸ De la Villa Gil, Luis Enrique, *Ob. cit.*, p. 317.

En relación con el teletrabajo, tras lo expuesto podemos afirmar que la regulación pretendida resulta insuficiente para esta modalidad de organización del trabajo. En consecuencia, a falta de una regulación general sobre el teletrabajo, la negociación colectiva adquiere toda su importancia para adecuar las necesidades de las empresas con las de estos trabajadores. No obstante, un sector de la doctrina, como señala Hernández Nieto, “considera que no es necesario introducir nuevas leyes, ya que en lo esencial, el marco jurídico actual es suficiente y bastaría con acudir a la legislación existente sobre el teletrabajo por cuenta ajena o en su caso a la normativa civil o mercantil cuando la relación contractual se establece con un trabajador autónomo, y los vacíos que pudieran existir deberían cubrirse a través de la negociación colectiva o bien a través de la contratación individual”²²⁹.

En cualquier caso, lo que resulta patente, en línea con el AMET, es la proclamación en el art. 13 ET de un principio de igualdad de los derechos de los teletrabajadores respecto de los trabajadores que desempeñan sus funciones en el centro de trabajo. Sin embargo, otros aspectos relevantes como los relativos a la flexibilidad de la jornada y horario, a los mecanismos de control por parte de la empresa en relación con el derecho a la intimidad y a la inviolabilidad del domicilio, problemas derivados de la obligación empresarial de garantizar la salud y la seguridad de sus trabajadores o relativos a la presunción de laboralidad de los accidentes producidos en el lugar donde se desarrolle el teletrabajo permanecen en el aire.

En España, la negociación colectiva desempeña un papel esencial para completar el régimen del teletrabajo y el AMET sirve como referencia. Sin embargo, son escasos los convenios que se ocupan del teletrabajo. En nuestro país, según se extrae del informe elaborado por la Organización Internacional del Trabajo y Eurofound en 2017, “Trabajar a toda hora, en cualquier lugar: Efectos sobre el mundo del trabajo”²³⁰, la cultura empresarial está caracterizada por niveles rela-

²²⁹ Hernández Nieto, Juan Antonio, “El teletrabajo en España en los albores del siglo XXI”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, nº 2, 2001, p. 194.

²³⁰ Eurofound y OIT, “Working anytime, anywhere: The effects on the world of work”, Publications Office of the European Union, Luxemburgo, and the International Labour Office, Ginebra, 2017. En: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1658en.pdf

tivamente altos de presentismo laboral y no principalmente impulsada por el logro de objetivos. El resultado es la baja implementación de formas de trabajo flexible, incluido el teletrabajo. Según la encuesta IDC 2013 solo el 13% de las empresas ofrecen a sus trabajadores la posibilidad de realizar teletrabajo²³¹.

Cabe recordar el caso de la empresa IBM España, empresa pionera que estableció en el año 1995 mediante un convenio colectivo de empresa el denominado “Plan Mobility” sobre teletrabajo con el fin de facilitar a sus trabajadores que de forma voluntaria lo deseen, las herramientas necesarias para trabajar desde cualquier lugar²³².

Casos más recientes son el de la empresa Repsol con el VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol suscrito el 28 de junio de 2016²³³ en el que se incorpora un acuerdo de implantación de teletrabajo como una nueva medida de conciliación de la vida personal, familiar y laboral²³⁴. Así como el II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU suscrito el 27 de septiembre de 2019²³⁵, en el que se acuerda impulsar el teletrabajo. En el seno de la Comisión Interempresas de Ordenación del Tiempo de Trabajo se analizará la posibilidad de establecer un día de teletrabajo para todas aquellas personas trabajadoras que cumplan con los requisitos, especialmente los referidos a la actividad²³⁶.

²³¹ Id., p. 10.

²³² Id., p. 203.

²³³ VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol (código de convenio n.º 90011303011900), BOE n.º. 194, de 12 de agosto de 2016, pp. 59409-59465.

²³⁴ Véase el art. 19 del VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol.

²³⁵ II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Código de convenio: 90100303012015), BOE n.º 273, de 13 de noviembre de 2019, pp. 125209-125395.

²³⁶ Véase el art. 89 (teletrabajo y flexwork) del II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU. Concretamente sobre la implantación del flexwork se establece en dicho Convenio que: “En igual sentido, ambas partes reconocen que el trabajo remoto y flexible por parte de las personas trabajadoras es una realidad emergente imparable en las Empresas. En este sentido, es necesario progresar en la implantación de nuevas formas de trabajar que, aprovechando el auge de las Tecnologías de la Infor-

Finalmente, al margen de la negociación colectiva, también se ha desarrollado el Teletrabajo en las empresas implantando políticas internas específicas y acuerdos con los trabajadores. La fórmula del teletrabajo es una alternativa que progresivamente va ganando interés en las empresas. Aunque en el ámbito de las Administraciones Públicas su implantación es más limitada, resultan también cada vez más frecuentes las experiencias piloto desarrolladas por distintas Comunidades Autónomas.

En el ámbito de la Administración General del Estado y a raíz de la puesta en marcha del “Plan Concilia” cabe citar la Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales²³⁷ a través de la cual los departamentos ministeriales y sus organismos públicos vinculados o dependientes podrán poner en marcha programas piloto de teletrabajo, oídas las organizaciones sindicales en el ámbito de representación de que se trate. La participación de los empleados públicos en dichos programas piloto tendrá, en todo caso, carácter voluntario.

En el ámbito autonómico, también en las Administraciones de las Comunidades Autónomas se está promoviendo la implantación de fórmulas de trabajo no presencial. Como ejemplos recientes, podemos mencionar el Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Au-

mación y la Comunicación, permitan realizar la actividad laboral en cualquier lugar, con total autonomía y de una manera muy flexible, y, además, conciliar la vida profesional con la personal.

El trabajo en movilidad o flexwork no es un sustituto del teletrabajo sino una modalidad complementaria siendo una nueva forma de facilitar de manera flexible la prestación de la actividad a aquellas personas trabajadoras que por su actividad y perfil puedan en un momento dado desarrollar su actividad sin necesidad de ir a la oficina, teniendo por objeto lograr una mayor autonomía y flexibilidad en el trabajo.

Este sistema pretende ser un paso más en el modelo actual, incorporando la posibilidad de desempeñar las funciones en el centro de trabajo y otros lugares más adecuados, mayoritariamente en el domicilio particular de la persona trabajadora, con flexibilidad horaria y con uso de dispositivos digitales y dónde prima el rendimiento y los objetivos”.

²³⁷

BOE n° 149, de 23 de junio de 2006, pp. 23775-23776.

tónoma de Extremadura²³⁸. Y el Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León²³⁹.

5.3. TELETRABAJO Y DERECHO COMPARADO. PROPUESTAS DE FLEXIBILIDAD: EL “TÉLÉTRAVAIL” EN FRANCIA Y EL “LAVORO AGILE” EN ITALIA

Estudiaremos en este apartado las particularidades de Francia e Italia sobre la cuestión del trabajo remoto. En el caso francés veremos cómo se ha optado por actualizar la normativa existente sobre el teletrabajo a diferencia del legislador italiano que ha preferido regular una nueva modalidad de trabajo denominada “lavoro agile”.

5.3.1. La regulación francesa sobre el teletrabajo

En Francia, con el fin de fomentar esta modalidad de trabajo a distancia en las empresas, se produce una reforma en el año 2017 mediante la cual se crea un marco jurídico más favorable.

5.3.1.1. *Concepto y definición de teletrabajo en Francia*

El régimen jurídico aplicable al teletrabajo en Francia ha sido modificado por la reforma laboral de 2017 y, en concreto, por la Ordonnance n° 2017-1387, de 22 de septiembre de 2017, relative à la prévisibilité et la sécurisation des relations de travail²⁴⁰. La reforma llevada a cabo introduce modificaciones en los artículos L-1222-9 a

²³⁸ Diario Oficial de Extremadura n° 10, de 15 de enero de 2018, pp. 1566-1584.

²³⁹ Boletín Oficial de Castilla y León n° 113, de 13 de junio de 2018, pp. 23525-23542.

²⁴⁰ https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do;jsessionid=FDB906542D320E8B87E05B0E41B47291.tplgfr22s_2?cidTexte=JORFTEXT000035607388&dateTexte=20180418

L-1222-11 del Code du travail, destinados a ofrecer un marco jurídico del teletrabajo²⁴¹.

Según el artículo L-1222-9 del Code du travail, se define teletrabajo como: cualquier modo de organización del trabajo en el cual un trabajo que pueda realizarse en el centro de trabajo se desarrolla igualmente por un trabajador fuera del centro del trabajo, de manera voluntaria y utilizando las tecnologías de la información y de la comunicación. Esta definición de teletrabajo es lo suficientemente amplia pues permite incluir diferentes formas de teletrabajo. Se incluye, por ejemplo, a los teletrabajadores que realicen su prestación desde su domicilio o también a los teletrabajadores “nómadas” que pueden trabajar desde cualquier lugar con los medios adecuados, en espacios colectivos fuera de la empresa. En consecuencia, es necesario considerar una serie de elementos para establecer que hay teletrabajo:

- Que el trabajo se realice fuera del centro de trabajo;
- Mediante el uso de las TIC;
- Que el trabajador haya consentido a esta forma de organización y desarrollo del trabajo.

5.3.1.2. Régimen jurídico del teletrabajo en Francia

Anteriormente a la reforma operada, el teletrabajo se regulaba por la Ley de 22 de marzo de 2012 o “Ley Warsman” (*Loi n° 2012-387 relative à la simplification du droit et à l’allègement des démarches administratives*)²⁴² y por los artículos L-1222-9 a L-222-11 del Code du travail (en su anterior versión) que establecían que el teletrabajo debía establecerse en su caso en el contrato de trabajo o en un acuerdo individual entre el trabajador y el empresario. El marco jurídico anterior a la reforma resultaba insuficiente e incompleto pues, entre otros, guardaba silencio sobre materias importantes como el reconocimiento de derechos colectivos.

²⁴¹ Añadir que el artículo L-1222-9 del Code du travail también ha sido modificado por el artículo 68 de la Loi n° 2018-771 pour la liberté de choisir son avenir professionnel, de 5 de septiembre de 2018.

²⁴² https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexteArticle.do;jsessionid=61C13732F7FC204FF33B2A7D868E680A.tpdjo06v_2?idArticle=JORFARTI000025553658&cidTexte=JORFTEXT000025553296&dateTexte=29990101&categorieLien=id

A partir de la reforma, el establecimiento del teletrabajo en la empresa se llevará a cabo mediante acuerdo colectivo o, en su defecto, a través de una política o normativa interna (“Charte”) elaborada unilateralmente por el empleador tras consultar a los representantes de los trabajadores. En este sentido, el legislador abre la vía de la implantación del teletrabajo en la empresa al ampliarlo al acuerdo colectivo y no únicamente —al caso por caso, de manera individual— en cada contrato de trabajo.

El documento que se elabore (acuerdo colectivo o normativa interna) deberá fijar las condiciones específicas para implantar el teletrabajo y otros aspectos como las modalidades de control del tiempo de trabajo o los horarios durante los cuales el empleador podrá contactar con el trabajador con el fin de respetar también el derecho a la desconexión digital. No obstante, en ausencia de acuerdo o normativa interna al respecto, el trabajador podrá acordar con el empleador el establecimiento del régimen del teletrabajo a título individual formalizando un acuerdo entre ambos.

El trabajador que se encuentre en una modalidad contemplada por el acuerdo colectivo o por la normativa interna establecida para acceder al teletrabajo, puede solicitarlo. Por su parte, el empleador en caso de negarse a dicha solicitud, deberá de justificar su decisión con motivos razonables y objetivos. Por el contrario, si el trabajador no acepta la propuesta que pueda hacerle el empleador para desarrollar su tarea mediante teletrabajo, su negativa no podrá constituir un motivo de ruptura del contrato de trabajo (artículo L-1222-9 Code du travail). En este sentido, cabe destacar que, al igual que en la normativa anterior, el teletrabajo sigue siendo voluntario para el trabajador.

Asimismo, la Ley equipara en derechos al teletrabajador respecto de cualquier otro trabajador que desarrolle su tarea en el centro de trabajo (derechos de formación, participación en elecciones a representantes de los trabajadores, periodos de descanso, etc...). Sin embargo, por la particularidad que contempla esta modalidad, el empleador debe cumplir con ciertas obligaciones (artículo L-1222-10 del Code du travail). Así:

– El empleador tiene el deber de informar al trabajador de cualquier restricción o prohibición en el uso de los equipos o herramientas

digitales así como de las sanciones previstas en caso de incumplimiento.

– El trabajador tendrá la prioridad para, si así lo desea, volver a ocupar un puesto de trabajo en el centro de trabajo de acuerdo con sus competencias profesionales.

– El empleador tiene la obligación de reunirse con el trabajador al menos una vez al año con el fin de valorar sus condiciones y la carga de trabajo.

Un asunto particular tiene que ver con los costes derivados del teletrabajo respecto de los materiales, equipos y suministros que pueda necesitar el trabajador (internet, teléfono, programas informáticos, ordenador...). A partir de la reforma del Code du travail, se elimina la obligación para el empleador de asumir estos costes. Será, en su caso, en el acuerdo colectivo o la normativa interna de la empresa, donde se pueda contemplar que sea el empleador quién soporte la carga de estos costes. Ahora bien, aunque el Code du travail elimina la obligación de soportar los costes derivados del teletrabajo para el empleador, es importante señalar que esta obligación no desaparece del todo pues, la mayoría de las empresas están vinculadas al *Accord national interprofessionnel (ANI) sur el télétravail* de 19 de julio de 2005²⁴³

²⁴³ El ANI del 19 de julio de 2005 fue el primer acuerdo en regular a nivel nacional e interprofesional el uso y la implementación del teletrabajo. Firmado por los sindicatos más representativos a nivel nacional e interprofesional (CFDT, CFE-CGC, CFCT, CGT y CGT-FO) y, por las organizaciones empresariales MEDEF, CGPME y UPA, el ANI de 2005, ha sido extendido por decreto ministerial de 30 de mayo de 2006 y modificado por decreto ministerial de 15 de junio de 2006. El ANI organiza la implementación del teletrabajo estableciendo los siguientes principios:

- Un principio de voluntariedad para las partes;
- La carga para el empleador de garantizar la protección de datos del trabajador;
- La conclusión de un anexo al contrato de trabajo cuando el teletrabajo se implemente con posterioridad a la contratación;
- El establecimiento por parte del empleador de un marco relativo a los medios de vigilancia de los teletrabajadores atendiendo a los criterios de proporcionalidad, información y consulta previa a los representantes del personal, e información previa al teletrabajador;
- Las modalidades de implementación en el lugar del teletrabajo de las disposiciones aplicables en la empresa en materia de salud laboral; en particular, de medidas para evitar el aislamiento de los teletrabajadores;

todavía en vigor y que retoma lo establecido en el AMET. El artículo 7 del ANI establece que “cuando el teletrabajo se desarrolla en el domicilio, el empleador proporciona, instala y mantiene los equipos y herramientas necesarias para el teletrabajo. Si, excepcionalmente, el trabajador utilizara su propio equipo, el empleador se encargará de asegurar su adaptación y mantenimiento. El empleador soporta, en todos los casos, los costes generados directamente por el teletrabajo, en particular los relacionados con las comunicaciones. El empleador proporciona al trabajador un servicio de soporte técnico adecuado. El empleador asume la responsabilidad, de acuerdo con las disposiciones vigentes, de los costes derivados de la pérdida o deterioro del equipo y de los datos utilizados por el trabajador. En caso de avería o mal funcionamiento del equipo de trabajo, el trabajador debe avisar inmediatamente a la empresa de conformidad con las modalidades establecidas al respecto. El trabajador se compromete a realizar un uso adecuado de los equipos que se le confiaron”.

Igualmente, es importante destacar que todo accidente ocurrido en el lugar donde se realiza el teletrabajo durante el ejercicio de la actividad profesional será considerado como accidente de trabajo. En consecuencia, la nueva redacción del artículo L-1222-9 in fine del Code du travail establece una presunción iuris tantum de “accidente laboral”. Será el empleador quién deba probar, en su caso, que el accidente no está vinculado con la ejecución del trabajo. Algunos acuerdos de empresa ya contemplaban esta posibilidad con anterioridad a la reforma como el Acuerdo Orange de 27 de septiembre de 2016, mencionado en un capítulo anterior, en el que se incluye una presunción de laboralidad del accidente del teletrabajador acaecido durante el tiempo de trabajo. Concretamente, se prevé dicha presunción para los casos en los que el teletrabajador sufra un accidente en su domicilio o en la oficina satélite acordada con la empresa y cuando el accidente

– La definición de la organización del teletrabajo de conformidad con la legislación, los convenios colectivos y las normas de la empresa;

– Finalmente, el beneficio, para los empleados en una situación de teletrabajo, de los mismos derechos colectivos y derechos de formación que aquellos que ejercen su actividad de manera presencial en la empresa.

En: https://www.legifrance.gouv.fr/affichIDCC.do;jsessionid=0C911DE67157746B63C72FFA371DB631.tpdjo02v_3?idConvention=KALICONT00000563557&cidTexte=KALITEXT000005678363

tenga lugar durante las horas o periodos de teletrabajo pactados por escrito con la misma²⁴⁴.

Finalmente, otra novedad importante es que se contempla la posibilidad de implantar el teletrabajo de manera ocasional o puntual en circunstancias excepcionales. Anteriormente, únicamente se contemplaba el teletrabajo realizado de manera regular pero el artículo L-1222-11 del Code du travail introduce la posibilidad de considerar el teletrabajo como una medida para permitir la continuidad de la actividad de la empresa y garantizar la protección de los empleados en circunstancias excepcionales o en caso de fuerza mayor.

5.3.1.3. Particularidades del teletrabajo en el sector público

El decreto n° 2016-151, de 11 de febrero de 2016, relativo a las condiciones y modalidades de implantación del teletrabajo en la función pública y la magistratura²⁴⁵ (*Décret n° 2016-151 relatif aux conditions et modalités de mise en œuvre du télétravail dans la fonction publique et la magistrature*) establece la posibilidad de implantar el teletrabajo en la función pública con un régimen especial. Así, respecto de lo anterior, se establecen las siguientes particularidades más relevantes:

– El teletrabajo se podrá llevar a cabo durante un máximo de tres días a la semana salvo causa justificada por razones de salud.

– El trabajador que desee acudir a esta modalidad deberá realizar una solicitud para recibir una autorización. La autorización será válida durante un año, tras el cual podrá ser renovada.

– El teletrabajo puede finalizar en cualquier momento a iniciativa de cualquiera de las partes con una comunicación por escrito y con un preaviso de dos meses.

– Los costes derivados del teletrabajo serán asumidos por el empleador, tanto de las herramientas, equipos, materiales y suministros como de su mantenimiento.

²⁴⁴ Véase el apartado 3.2.2. letra e) del Premier Accord portant sur l'accompagnement de la transformation numérique chez Orange, de 27 de septiembre de 2016. En: https://www.actuel-rh.fr/sites/default/files/article-files/accord_orange_transformation_numerique.pdf

²⁴⁵ En: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2016/2/11/RDFF1519812D/jo/texte>

5.3.2. Italia y el “laboro agile” - Smart working, la regulación de una nueva organización del trabajo

En el caso italiano, el hasta ahora conocido trabajo a distancia ha resultado una opción minoritaria, con un impacto menor que en Francia y España. Según datos extraídos del Informe “Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union”, elaborado por Eurofound en 2017, Italia se encuentra en la última posición, después de Grecia, de entre los veintiocho Estados miembros de la UE, con tan solo un 7% de trabajadores que realizan trabajo T/ICTM²⁴⁶. Sin embargo, a raíz de la novedosa regulación italiana del “laboro agile” introducida en el año 2017 parece que esta tendencia se está invirtiendo tal y como constata un estudio publicado en octubre de 2018 por el Osservatorio Smart Working de la School of Management del Politecnico di Milano, “Smart Working: una rivoluzione da non fermare”²⁴⁷. Resulta interesante conocer el particular concepto del “laboro agile” y su regulación.

5.3.2.1. La particularidad del “laboro agile”: definición y concepto

Con frecuencia se tiende a sustituir o confundir el teletrabajo (teletabajo) con el concepto de Smart working²⁴⁸, traducido al italiano como “laboro agile”. Sin embargo, ambos conceptos han de ser diferenciados.

El trabajo remoto y flexible se está convirtiendo en un nuevo paradigma cuya vinculación con la progresiva digitalización del trabajo,

²⁴⁶ Respecto de un 25,5% en Francia o un 13% en el caso español. Véase p. 6. En: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1741en.pdf

El T/ICTM hace referencia al teletrabajo y el trabajo mediante TIC o tecnologías móviles. El T/ICTM (Telework/ICT-mobile work) puede definirse como el uso de las TIC, a saber, teléfonos inteligentes, tablets, y ordenadores, para trabajar fuera de las instalaciones de la empresa.

²⁴⁷ Se refleja en el estudio que en año 2018, el porcentaje de “trabajadores ágiles” en Italia llegó hasta el 12,6%. Véase el Informe “Smart Working: una rivoluzione da non fermare”, Osservatorio Smart Working de la School of Management del Politecnico di Milano, octubre de 2018, p. 7. En: http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/11/Executive-summary_Smart-Working_2018.pdf

²⁴⁸ También se le conoce como Flexible Work, Remote Work o Digital Work.

donde el centro y el horario de trabajo van perdiendo importancia, es indiscutible. El Smart working o “trabajo inteligente” se presenta, en consecuencia, como una evolución del teletrabajo (o al menos una evolución conceptual) fruto del avance de las TIC. En este sentido, la regulación italiana es una muestra evidente de dicha evolución.

El Smart working se caracteriza por la flexibilidad y adaptación de los recursos humanos y materiales de acuerdo con las herramientas disponibles. La flexibilidad y la movilidad son elementos esenciales que distinguen a esta forma de trabajo, la capacidad de realizar la prestación laboral prácticamente desde cualquier lugar (*anywhere*), con flexibilidad horaria (*anytime*), con el uso de dispositivos digitales, con el objetivo de lograr mayor eficiencia y productividad en la organización del trabajo (*agile work*). Así, el Smart working conlleva que la empresa y el trabajador redefinan la organización del trabajo en términos de lugar y tiempo de manera flexible, lo cual supone una mayor autonomía para el trabajador. Además, se trata de un sistema de organización del trabajo en el que prima el rendimiento, los objetivos logrados y el resultado final y no el presentismo en el centro de trabajo. La autonomía y la flexibilidad en la organización del trabajo son elementos clave del “Smart Worker”.

Por el momento, principalmente tres Estados han regulado el Smart Working. Estados Unidos, Reino Unido²⁴⁹ e Italia. En nuestro ordenamiento no existe previsión alguna sobre el Smart Working, más allá de lo mencionado sobre el trabajo a distancia en atención al art. 13 del ET. Por lo que, una vez más, es la negociación colectiva la encargada de desarrollar esta novedosa forma de organización del trabajo en las empresas. En concreto, el Grupo Vodafone, fue uno de los primeros en implantar en España el Smart Working²⁵⁰. En la actualidad, ya existen varias empresas como Orange, Microsoft o Mon-délez en las que ya se está implementando el Smart Working. Por su

²⁴⁹ En el caso de Estados Unidos, la regulación por el momento es muy variada pues se desarrolla por cada estado. En Reino Unido el flexible working se contempla como un mecanismo que favorece directamente la conciliación.

²⁵⁰ Véase el art. 31 del I Convenio colectivo del Grupo “Vodafone España” (Vodafone España, S.A.U., Vodafone Ono, S.A.U. y Tenaria, S.A.U.) (código de convenio nº 90102473012016), suscrito con fecha 15 de julio de 2016, publicado en BOE nº 243, de 7 de octubre de 2016, pp. 71722 a 71761.

parte, la Confederación Española de Organizaciones Empresariales, dada la proliferación de esta forma de trabajo en las organizaciones, ha elaborado recientemente una guía práctica sobre “Smart Working y Prevención de Riesgos Laborales: retos legales y de gestión en la empresa”²⁵¹ con el fin de ofrecer información útil sobre esta nueva modalidad de trabajo y sobre las obligaciones y retos que en materia de prevención de riesgos laborales tienen que afrontar las empresas y los Smart Workers.

En Italia, la Ley 877/73 de 1973 regula el “trabajo a domicilio” en el sector privado. Respecto del trabajo a distancia o más concretamente del teletrabajo, no existe ninguna ley específica que lo desarrolle, excepto para el sector público. Dado que representa una realidad en algunas empresas italianas, este ha sido desarrollado a través de la negociación colectiva. Por lo tanto, como evidencia Ballistreri, podemos hablar de una dicotomía en las fuentes utilizadas con una asimetría sustancial: la autonomía colectiva para el sector privado y la ley para el público²⁵².

En el año 2004 se firmó en Italia un acuerdo interconfederal, tomando como referencia el AMET, referido a la generalidad de los sectores productivos para la introducción del teletrabajo en el sector privado. Por su parte, además de los acuerdos marco italianos y el AMET, el trabajo remoto en la Administración Pública está expresamente permitido por el artículo 4 de la Ley 191/1998, de 16 de junio de 1998, que proporciona ciertas pautas sobre los métodos de conexión y autenticación de sistemas, comunicaciones entre oficinas y el uso de la firma digital, entre otras.

Con la entrada en vigor el 14 de junio de 2017, de la Ley 81/2017, de 22 de mayo, sobre “Misure per la tutela del lavoro autonomo non imprenditoriale e misure volte a favorire l’articolazione flessibile nei

²⁵¹ La Guía, financiada por la Fundación Estatal para la Prevención de Riesgos Laborales y a cargo de Carlos de la Torre García, Luis Pérez Capitán, Ramón Pérez Merlos y Javier Martín Apoita, se encuentra disponible en el siguiente enlace: https://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-620-smart-working-y-prevencion-de-riesgos-laborales-retos-legales-y-de-gestion-en-la-em-presa.pdf

²⁵² Ballistreri, Maurizio, “Smart working e telelavoro in Italia”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, n.º. 28, 2016, p. 169.

tempi e nei luoghi del lavoro subordinato” (en adelante, Ley 81/2017) se crea un marco jurídico trabajo ágil en Italia (específicamente en los artículos 18 a 24 de dicha Ley)²⁵³.

La norma italiana define el “lavoro agile” como una forma de ejecutar la relación laboral subordinada, establecida por acuerdo entre trabajador y empleador, caracterizada por la ausencia de limitaciones de tiempo o espacio y una organización por fases, ciclos y objetivos, con el posible uso de herramientas tecnológicas para el desarrollo de la actividad laboral²⁵⁴. Cabe recalcar que la norma no se refiere al “telelavoro”, término que ya existía en Italia sino al “lavoro agile” marcando así de entrada una diferencia terminológica.

5.3.2.2. *El régimen jurídico del “lavoro agile”*

La regulación española sobre el trabajo a distancia y la italiana sobre el “lavoro agile”, como bien explica Murcia Clavería, “difieren, sin embargo, en el concepto legal que regulan, pues el trabajo ágil permite simultanear trabajo en la empresa y fuera de la empresa en un mismo día, y no obliga a que el tiempo fuera de la empresa sea superior al tiempo que se trabaja dentro de la empresa, como en cambio exige la regulación española. También difieren en el conjunto de derechos que regulan siendo, en general, más completa la regulación italiana (...). No obstante, la norma italiana omite cualquier mención a los derechos colectivos de los trabajadores ‘ágiles’, a diferencia de la española que, en este caso, sigue las indicaciones del AMET”²⁵⁵.

²⁵³ Añadir que con la Ley de Presupuesto de 2019, n° 145 de 30 de diciembre de 2018, (Legge 30 de diciembre, n. 145, Bilancio di previsione dello Stato per l'anno finanziario 2019 e bilancio pluriennale per il triennio 2019-2021) se modificó el artículo 18 de la Ley 81/2017 añadiendo un apartado 3-bis según el cual los empleadores que suscriban acuerdos para el desempeño del trabajo en modo “agile”, debe dar prioridad a aquellas solicitudes formuladas por trabajadoras encuentren dentro de los tres años posteriores al final del período de licencia de maternidad y por trabajadores a cargo de hijos con discapacidad. En: Gazzetta Ufficiale della Repubblica Italiana, serie generale n° 302, supplemento ordinario n° 62 L, de 31 de diciembre de 2018, apartado 486, p. 87.

²⁵⁴ Según se establece en el art. 18.1 de la Ley 81/2017.

²⁵⁵ Murcia Clavería, Ana, “El teletrabajo español y el trabajo ‘ágil’ italiano: una comparativa”, en Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus*

En cuanto al régimen jurídico previsto, se establece en primer lugar la necesidad de que el acuerdo sobre el “laboro agile” entre las partes se realice por escrito, a efectos de regularidad administrativa y de prueba²⁵⁶. Se prevé que dicho acuerdo regule la ejecución del trabajo realizado fuera de los locales de la empresa, así como las formas de ejercicio del poder de dirección y control sobre el servicio prestado por el trabajador fuera de la empresa y de los instrumentos utilizados por este último²⁵⁷. Asimismo, se deberán de identificar los tiempos de descanso y las medidas técnicas y organizativas necesarias para asegurar la desconexión digital del trabajador²⁵⁸. El acuerdo podrá adoptarse por una duración determinada o indeterminada, no obstante se contempla la posibilidad de reversibilidad.

En cuanto a la prestación laboral, se desarrolla en parte en las instalaciones de la empresa y en parte fuera, sin una ubicación fija, dentro de los límites de duración máxima de la jornada de trabajo previstos en la ley y en la negociación colectiva²⁵⁹.

En el artículo 20 de la Ley 81/2017 se establece un principio de igualdad de trato en materia retributiva y de derechos tales como la formación, así como sobre el seguro obligatorio en materia de accidentes y enfermedades profesionales²⁶⁰, con respecto a los trabajadores que desarrollan su trabajo de manera presencial en la empresa. El empleador es responsable de la seguridad y el buen funcionamiento de las herramientas tecnológicas asignadas al trabajador para la realización de la actividad laboral²⁶¹.

También se contemplan en la norma exigencias para el empresario en materia de salud y seguridad del trabajador “agile”. En concreto, el empresario junto con el representante de los trabajadores en materia de seguridad elaborarán un informe, con carácter anual como mínimo, en el que se identifiquen los riesgos generales y los riesgos

efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p. 271.

²⁵⁶ Art. 19.1 de la Ley 81/2017

²⁵⁷ Arts. 19.1 y 21.1 de la Ley 81/2017

²⁵⁸ Art. 19.1 de la Ley 81/2017

²⁵⁹ Art. 18.1 de la Ley 81/2017

²⁶⁰ Art. 23 de la Ley 81/2017

²⁶¹ Art. 18.2 de la Ley 81/2017

específicos vinculador al modo particular de ejecución de la relación de trabajo²⁶².

Tras lo expuesto y de acuerdo con Tiraboschi, parece que la nueva disciplina del trabajo agile intercepta una parte muy limitada del cambio tecnológico que tiene lugar en los procesos de producción y en la forma de trabajar. Así, el autor se muestra crítico afirmando que “la nueva regulación del trabajo ágil hace que el camino hacia la modernización de la legislación laboral italiana sea aún más tortuoso y complejo, llevándonos inexorablemente una vez más, como en un agotador juego de la oca, al punto de partida”²⁶³.

²⁶² Art. 22.1 de la Ley 81/2017

²⁶³ Tiraboschi, Michele, “Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro” en: Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 252 y 253.

Conclusiones

Los contenidos y consideraciones que se han ido desarrollando a lo largo de los distintos capítulos han servido como punto de partida para la elaboración de una serie de conclusiones que se exponen a continuación.

PRIMERA.- La revolución tecnológica y la globalización generan formas atípicas de empleo y nuevos perfiles de trabajadores. Si aceptamos que la *gig economy* puede ser un importante yacimiento de empleo, es necesario ofrecer un marco de protección adecuado y evitar así el riesgo de abusos y precariedad. La OIT ya señaló en un informe del año 2012 que el trabajo precario se define “por la incertidumbre que acarrea en cuanto a la duración del empleo, la presencia de varios posibles empleadores, una relación de trabajo encubierta o ambigua, la imposibilidad de gozar de la protección social y los beneficios que por lo general se asocian con el empleo, un salario bajo y obstáculos considerables tanto legales como prácticos para afiliarse a un sindicato y negociar colectivamente”. La normalización cada vez mayor de trabajos con estas características genera efectos nocivos para la sociedad en su conjunto. Se hace necesario impulsar un ordenamiento jurídico más favorable a la calidad del empleo, que ponga fin a las relaciones de trabajo ambiguas y que ofrezca protección suficiente para los trabajadores y, en particular, para los colectivos más vulnerables (como son los jóvenes, las mujeres, los discapacitados y los trabajadores maduros).

Es necesario ofrecer un marco jurídico sólido para regular con mayor precisión las nuevas formas de trabajo y reforzar los derechos laborales en el marco de la economía digital. El PEDS es un esfuerzo más para abordar estos desafíos en materia social y de empleo presentes en los Estados miembros. Por su parte, la Directiva sobre unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la UE toma en consideración medidas para evitar prácticas abusivas que se están produciendo con los contratos de cero horas, a demanda, o con los denominados “falsos autónomos”.

SEGUNDA.- Es evidente que nuestro ordenamiento se ve excedido por una realidad tecnológica imparable y que provoca situaciones que escapan al marco regulador hasta ahora establecido. Probablemente, el mayor impacto de la emergencia de la “plataformización de la economía” sea hacia el futuro de las relaciones de trabajo. Las plataformas digitales surgidas bajo el paraguas de la *on demand economy* han transformado la forma de prestación de servicios alejándose del concepto clásico de trabajador al difuminar las notas tradicionales de laboralidad. Como hemos puesto de manifiesto, uno de los principales objetivos de la *Loi Travail* es ofrecer una respuesta al riesgo de precarización del empleo de estos nuevos perfiles laborales. Sin embargo, la reforma francesa, si bien es novedosa y constituye un importante avance en este punto, puede resultar tímida o compleja en algunos aspectos. En cualquier caso, cabe esperar que estas nuevas disposiciones puedan ser un argumento en favor de una posible recalificación de la relación laboral existente entre estos trabajadores denominados “independientes” y las mal llamadas plataformas “colaborativas”.

Más allá de las previsiones legales, la negociación colectiva es un instrumento esencial para mejorar las condiciones de trabajo y para solucionar estos conflictos. A modo de ejemplo, cabe destacar la reciente modificación del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de hostelería²⁶⁴ que introduce una novedad importante al incluir a los riders en el ámbito funcional del convenio. Así, estará incluido “el servicio de reparto de comidas elaboradas o preparadas y bebidas, a pie o en cualquier tipo de vehículo que no precise autorización administrativa establecida por la normativa de transporte, como prestación de servicio propio del establecimiento o por encargo de otra empresa, incluidas las plataformas digitales o a través de las mismas”²⁶⁵.

²⁶⁴ Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, BOE de 29 de marzo de 2019, en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/29/pdfs/BOE-A-2019-4645.pdf>

²⁶⁵ Véase la nueva redacción del artículo 4 del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería.

TERCERA.- En relación a la problemática sobre la calificación jurídica del vínculo entre Uber y sus conductores, si bien existen ya algunos pronunciamientos a nivel internacional en los que se puede constatar una tendencia favorable al reconocimiento de la relación laboral, todavía no es posible establecer una corriente jurisprudencial consolidada sobre la materia. En el caso de *los riders*, parece que tanto nuestros tribunales como la jurisprudencia extranjera coinciden en identificar las notas de dependencia y ajenidad en la prestación de estos servicios, reconociendo en la mayor parte de los pronunciamientos la existencia de relación laboral.

Frente a esta situación en la jurisprudencia, la doctrina parece dividirse entre aquellos que abogan por la existencia de un vínculo de laboralidad constatable principalmente en los rasgos tradicionales de dependencia y ajenidad, y entre aquellos que consideran insuficiente el enfoque clásico proponiendo soluciones alternativas para estas nuevas realidades como pueden ser la creación de un estatuto específico para los trabajadores independientes de la *gig economy* o la revalorización de la figura del trabajador autónomo económicamente dependiente. Las particularidades que presenta el trabajo en la *gig economy* dificultan su encaje como relación laboral tradicional. Así, señala Sáenz de Buruaga que “la aplicación de la normativa laboral en bloque sería perjudicial para los intereses de los proveedores de servicios puesto que podría atentar contra aquellos parámetros que hacen precisamente de estos modelos de negocio su principal atractivo, como por ejemplo la mayor autonomía para la fijación de los horarios o la forma de ejecutar sus servicios”²⁶⁶. Desde esta perspectiva, algunos autores se muestran favorables a la creación de una relación laboral de carácter especial²⁶⁷ en la que se reflejen todas las particularidades

²⁶⁶ Sáenz de Buruaga Azcargorta, María, “Implicaciones de la ‘gig-economy’ en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber”, *Estudios de Deusto*, Vol. 67, n° 1, 2019, pp. 385-414. [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\)-2019](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1)-2019), pp. 385-414.

²⁶⁷ Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era...*, *ob. cit.*, pp. 71 y ss.; Rodríguez-Piñero Royo, Miguel Carlos, “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Revista Creatividad y Sociedad*, n° 26, 2016, accesible en: http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/#_Toc461016136; Aragüez Valenzuela, Lucía, “Nuevos modelos de economía compartida: UberE-

de la prestación como por ejemplo la flexibilidad horaria y de jornada del trabajador o la fijación de un salario mínimo en función del tiempo en el que efectivamente se presten servicios. Según esta corriente, nuestra legislación deberá tarde o temprano regular un marco específico para estas relaciones especiales de trabajo para evitar los riesgos de precarización del empleo de estos nuevos perfiles laborales. Desde esta óptica, sería prioritario la creación de un estatuto específico para tutelar a esta categoría de trabajadores, que no pueden ser considerados ni totalmente autónomos ni empleados²⁶⁸.

Por el contrario, otros autores como Beltrán de Heredia consideran que no es necesaria la configuración de una nueva categoría conceptual y plantean que dada “la más que previsible proliferación del trabajo en plataformas (y su posible combinación con el tradicional), es altamente desaconsejable que se articule una nueva figura alrededor del concepto de ‘trabajador independiente’ o, incluso, una relación laboral especial. Sería un poderoso incentivo para los sectores tradicionales a digitalizar su negocio, en aras a obtener una ventaja competitiva a través de una devaluación de las condiciones de trabajo”²⁶⁹. Para Mercader Uguina, con estos nuevos modelos de prestación de servicios no solo se pone en cuestión el concepto clásico de trabajador sino también el de trabajo autónomo tradicional. En consecuencia, “se hace necesario reformular la concepción tradicional del trabajador autónomo e, incluso, demuestran su insuficiencia figuras como el autónomo económicamente dependiente, lo que pugna

conomy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n.º. 1, 2017, p. 19; Cavas Martínez, Faustino, “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n.º. 406, 2017, p. 54.

²⁶⁸ Véase al respecto: Todolí Signes, Adrián, “El trabajador en la ‘Uber economy’: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”, *Trabajo y Derecho*, n.º 25, 2017, pp. 43-60.

²⁶⁹ Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Delimitación del trabajo por cuenta ajena: últimas novedades jurisprudenciales y apunte internacional (Traductores, Zardoya, Uber, LeCab y Grubhub)”, 2018, en: <https://ignasibeltran.com/2018/03/07/delimitacion-del-trabajo-por-cuenta-ajena-ultimas-novedades-jurisprudenciales-y-apunte-internacional-traductores-zardoya-uber-lecab-y-grubhub/>

por hacer nacer fórmulas particulares y especiales de trabajo autónomo adaptadas a estos patrones de cambio”²⁷⁰.

Comparto el planteamiento de Todolí Signes, en que lo determinante para considerar si estos trabajadores requieren de protección, no es que el trabajo sea subordinado o independiente (gracias a las nuevas tecnologías, el trabajador es cada vez más independiente de las instrucciones que fija la empresa y ello no justifica que no necesite protección frente a posibles abusos). Lo verdaderamente esencial que justifica la protección de los trabajadores por el Derecho del Trabajo es “la desigualdad del poder de negociación, y la falta de una verdadera autonomía de la voluntad a la hora de aceptar las condiciones de trabajo”²⁷¹. Es necesario “equilibrar fronteras”, lograr un equilibrio para garantizar “una base conveniente a la transformación empresarial sustentada en una situación de comodidad para los trabajadores”²⁷².

En definitiva, sea cual sea la opción escogida por el legislador, su intervención sería deseable para sortear una autorregulación en favor de las plataformas y asegurar los derechos de los trabajadores evitando dejar toda la responsabilidad en manos de los tribunales.

CUARTA.- El advenimiento de la economía de las plataformas ha modificado los tradicionales cauces de control y seguimiento de los trabajadores. Los nuevos mecanismos de control existentes pueden generar un control constante de los trabajadores y plantear dudas serenas sobre la fiabilidad y validez de un sistema, por ejemplo, basado en la evaluación del trabajo por los consumidores. La digitalización del trabajo tiende a formar un tipo de “trabajador transparente estrechamente vigilado, conocido en gran parte de sus facetas gracias a la elaboración de su perfil completo, capaz de llevar en su manifestación

²⁷⁰ Mercader Uguina, Jesús R., “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, en: Todolí Signes, Adrián y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2018, p. 173.

²⁷¹ Todolí Signes, Adrián, “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad...”, *Ob. cit.*, pp. 7-8.

²⁷² Cedrola Spremolla, Gerardo, “El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo...”, *Ob. cit.*, p. 26.

extrema a un —intolerable— control total de los empleados en la empresa”²⁷³. De acuerdo con Alfaro Águila-Real, “la prestación de estos servicios personales directamente a los consumidores con la intermediación de plataformas como Uber ‘destroza’ el sistema de protección de los trabajadores, que ha vinculado históricamente los derechos del trabajador a la existencia de un contrato de trabajo y, por tanto, que ha configurado al empleador como sujeto pasivo de tales derechos y del cumplimiento de las normas de protección social”²⁷⁴. En conclusión, si la economía de las plataformas es el camino a seguir, ha llegado el momento de ofrecer un nuevo marco de relaciones laborales que concilie los derechos de los trabajadores con las necesidades de un nuevo modelo de empresas basadas en una “economía compartida y líquida”²⁷⁵.

QUINTA.- La utilización de sistemas de control derivados de las nuevas tecnologías está planteando numerosos conflictos judiciales. A pesar de los intentos de los tribunales como del legislador (con la nueva LOPDGDD) por establecer unos criterios y unas normas más específicas para el tratamiento de los datos personales de los trabajadores en el ámbito laboral, el objetivo aún no se ha logrado del todo. Sin perjuicio de la conveniencia de una intervención el legislador para suplir ciertas lagunas, tal y como hemos podido constatar, hay una “brecha importante”²⁷⁶, en palabras de Cabeza Pereiro, entre la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional y el TEDH, esencialmente a partir de la sentencia Barbulescu.

SEXTA.- Respecto de los mecanismos de control, cierto es que cuanto mayor sea la incidencia de estos en la intimidación informática, mayores también tienen que ser las garantías. En consecuencia, la legitimidad

²⁷³ San Martín Mazzuconi, Carolina, Sempere Navarro, Antonio V., *Las TICS en el ámbito laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, p. 39 citado por Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 612.

²⁷⁴ Alfaro Águila-Real, Jesús. “La regulación contractual de Uber con sus conductores”, Almacén de Derecho, 2015, en: <http://almacenederecho.org/36791-2/>

²⁷⁵ Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 603.

²⁷⁶ Cabeza Pereiro, Jaime, “El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, *Temas Laborales*, n° 141, 2018, p. 36.

de la medida de control no puede derivar del mero cumplimiento de la advertencia de las reglas de uso. Es decir, la exigencia de información sobre los controles o las grabaciones a los trabajadores debe darse con carácter previo y de forma clara e inequívoca. Para lograr el complicado punto de equilibrio entre unos y otros derechos, son necesarias unas normas claras al respecto. Estas normas pueden concretarse bien en una normativa específica, a través de convenios colectivos o directamente por el empresario mediante la adopción, por ejemplo, de un protocolo o código de buenas prácticas negociado con los representantes de los trabajadores en la empresa, que refleje y clarifique aspectos tan esenciales como los límites al uso de los instrumentos de la empresa para fines privados y las prácticas y mecanismos de control previstos. De este modo, los trabajadores estarán indudablemente informados sobre las prohibiciones absolutas y parciales, los usos adecuados y permitidos de las herramientas de la empresa, los controles existentes y los medios que se van a utilizar para llevarlos a cabo, las posibles sanciones en caso de incumplimiento y el funcionamiento en general. Asimismo, y de acuerdo con las exigencias de buena fe, es necesario que la empresa establezca las reglas de uso de esos medios con carácter previo. Todo ello sin descartar la posibilidad de utilizar otras medidas de carácter preventivo, como la exclusión de determinadas conexiones.

SÉPTIMA.- Al margen de que a partir de un control empresarial puedan resultar vulnerados aquellos derechos relacionados con la privacidad y la intimidad, no podemos descuidar el derecho a la protección de datos personales y todos los derechos y principios inherentes al mismo. En este sentido, explica Goñi Sein que “el conjunto de operaciones de recogida de los datos personales del trabajador que comporta un procedimiento de monitorización de lo que hace un trabajador en su ordenador, constituye tratamiento de datos personales y (que), por tanto, el canon interpretativo de obligada aplicación debe ser el derecho a la autotutela informativa. (...) La legitimidad del control empresarial requiere la observancia estricta del principio de transparencia informativa, (...) lo que obliga a informar a los trabajadores también de los mecanismos de control dispuestos por el empresario”²⁷⁷.

²⁷⁷ Goñi Sein, José Luis, “El poder de control empresarial...”, *Ob. cit.*, p. 242.

OCTAVA.- Como se ha visto, los últimos pronunciamientos del Tribunal de Estrasburgo exigen mayores previsiones para la instalación de sistemas de vigilancia y para acceder y controlar legítimamente las herramientas informáticas puestas a disposición del empleado. Sin embargo, cabe matizar lo expuesto teniendo en cuenta la sentencia de la Gran Sala del TEDH de 17 de octubre de 2019 (López Ribalda II) que si bien converge con el test que resulta de la doctrina Barbulescu, el resultado es radicalmente opuesto por entender que existían razones legítimas suficientes para instalar cámaras de videovigilancia sin cumplir con la obligación de informar a las trabajadoras. Tras una jurisprudencia oscilante, será interesante observar cuál será la tendencia de los tribunales españoles a partir de ahora en cuanto a la búsqueda del equilibrio entre los derechos de los trabajadores y los poderes de control empresariales.

NOVENA.- El derecho a la desconexión digital se presenta como una solución posible frente a los riesgos que puede conllevar para el trabajador el trabajo flexible o en todo caso el trabajo con uso de las TIC. En este sentido, la desconexión digital no es tanto un derecho en sí mismo sino más bien un instrumento para conseguir esa separación entre jornada de trabajo y descanso. O lo que es lo mismo, delimitar la vida laboral y personal garantizando el derecho al descanso efectivo.

DÉCIMA.- Respecto a la regulación del derecho a la desconexión digital en el ámbito laboral, una vez más, el legislador francés ha sido uno de los primeros en ofrecer una regulación sobre la materia. La ley francesa si bien ofrece un reconocimiento del derecho a la desconexión digital de los trabajadores, su desarrollo queda en manos de la negociación colectiva y, en defecto de acuerdo alcanzado, será el empleador unilateralmente quién elabore una normativa interna al respecto.

DECIMOPRIMERA.- En España, la LOPDGDD regula por primera vez el derecho a la desconexión digital. Con independencia de la intervención del legislador, la negociación colectiva ha de ser una vez más, el elemento central para crear de común acuerdo derechos y obligaciones sobre estas nuevas materias fruto de la transformación

digital. No todos los trabajadores se ven expuestos del mismo modo a los riesgos derivados de una conexión permanente ya que, dependerá del puesto ocupado o del sector profesional en el que trabajen. Por este motivo, corresponde, en primer lugar, a los representantes legales de los trabajadores y al empresario, dialogar con el fin de identificar los usos y los riesgos psicosociales que potencialmente pueden darse en la empresa derivados de los medios digitales para acordar finalmente un protocolo o normas de uso. En este sentido, considero que una regulación “a la francesa”, como se ha llevado a cabo en nuestro país, es adecuada. Es decir, reconocer legalmente el derecho a la desconexión digital de los trabajadores pero dejar a los interlocutores sociales la posibilidad de concretar los detalles de su aplicación. Además, incluso en el supuesto de no haber acuerdo, también es preferible que el empresario tenga que elaborar una normativa interna de desconexión o relativa al uso de las TIC en la empresa. Es cierto que también se podía haber planteado introducir esta materia como parte del contenido mínimo de los convenios colectivos, lo cual hubiese supuesto la necesidad de modificar el art. 85.3 ET. Sin embargo, con acierto nuestro legislador ha optado por un enfoque más abierto y dúctil.

En cualquier caso, para garantizar este derecho que, como hemos visto, va intrínsecamente unido al descanso del trabajador y a la conciliación de la vida personal y laboral, es aconsejable que se integre en las empresas como un “derecho-deber” tanto para los trabajadores como para la dirección de la empresa. Es más, para que el derecho a la desconexión digital sea efectivo, no basta con una cláusula genérica de desconexión. Al contrario, las cláusulas que lo desarrollen deberán de elaborarse lo más detalladamente posible.

DECIMOSEGUNDA.- El trabajo remoto es una oportunidad para las empresas y trabajadores pero la falta de una regulación suficiente puede conducir a situaciones ambiguas y de desprotección para los trabajadores. En el ámbito internacional, se hace necesario modernizar la legislación existente, en concreto el Convenio núm. 177 y la Recomendación correspondiente. Del mismo modo, tomando como referencia el AMET, en el ámbito europeo, es necesario una regulación mediante una Directiva que fije los estándares que los Estados miembros han de cumplir en materia de teletrabajo. En el ámbito

interno, el art. 13 ET sobre trabajo a distancia resulta insuficiente para desarrollar el teletrabajo. Desde luego, ante la ausencia de una regulación más específica, la negociación colectiva es fundamental para completar esta regulación genérica. Los convenios deberán por su parte ser precisos sobre cuestiones tan importantes como las derivadas de la seguridad e higiene en el trabajo o sobre la importancia de delimitar con exactitud el tiempo en el que ha de realizarse la prestación.

DECIMOTERCERA.- En el caso italiano, se ha pretendido crear un instrumento innovador, que supone un paso más allá del teletrabajo como es el “*lavoro agile*” - *Smart working*. En nuestro país, son cada vez más las empresas que se están adaptando a estas nuevas formas de trabajo flexible. Al respecto, una vez más la negociación colectiva tiene una función determinante para que se puntualicen los límites entre vida laboral y vida privada y se salvaguarden los derechos relativos al descanso y a la protección de la intimidad.

DECIMOCUARTA.- A la vista de todo lo anterior, lo esencial es que todas estas formas emergentes de organización del trabajo derivadas del uso y desarrollo de las TIC que hemos podido analizar, han de ajustarse plenamente a los principios del trabajo decente. Se debe de garantizar un trato equitativo para todos los trabajadores con independencia de cuál sea la modalidad de trabajo que desempeñe. No es demasiado tarde, pues aunque la tecnología afecta a nuestros empleos, como afirmó Guy Ryder, Director General de la OIT, “todavía podemos transformar esta amenaza en una oportunidad”²⁷⁸. No debemos olvidar que, el fin último del derecho es dotar a la sociedad y a cada uno de sus miembros de unos mínimos de seguridad, libertad, igualdad y justicia. Del mismo modo, no podemos olvidar que, por encima de un mundo en constante y frenética mutación tecnológica, la función primaria del derecho del trabajo es y será la protección y el bienestar del trabajador.

²⁷⁸ Ryder, Guy, Foro Económico Mundial, 22 de octubre de 2018. En: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_647865/lang--es/index.htm

Bibliografía

I. LIBROS Y ARTÍCULOS EDITADOS

- Alemán Páez, Francisco, “Poder de control empresarial, sistemas tecnológicos y derechos fundamentales de los trabajadores”, *Derecho de las Relaciones Laborales*, n° 6, 2016, pp. 602 a 618.
- “El derecho de desconexión digital una aproximación conceptual, crítica y contextualizadora al hilo de la ‘Loi Travail N° 2016-1088’”, *Trabajo y derecho: nueva revista de actualidad y relaciones laborales*, n° 30, 2017, pp. 12 a 33.
- Alfaro de Prado Sagraera, Ana María, “Nuevas Tecnologías y nuevos riesgos laborales: estrés y tecnoestrés”, *Revista digital de salud y seguridad en el trabajo*, n° 1, 2008, pp. 1 a 23.
- Álvarez Cuesta, Henar, “Los retos de la economía colaborativa: yacimiento de empleo o precipicio hacia la precariedad de los jóvenes”, en: Escudero Prieto, Azucena (Dir.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Madrid, Reus, 2017, pp. 345 a 377.
- Alfaro Águila-Real, Jesús. “La regulación contractual de Uber con sus conductores”, *Almacén de Derecho*, 2015, en: <http://almacenederecho.org/36791-2/>
- Aragón Gómez, Cristina, “Artículo 20. Dirección y control de la actividad laboral”, en: Cruz Villalón, Jesús, García-Perrote Escartín, Ignacio, Goerlich Peset, José María, Mercader Uguina, Jesús R. (Dir.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores*, Thomson Reuters Lex Nova, Pamplona, 2014, pp. 281 a 291.
- Aragüez Valenzuela, Lucía, “Nuevos modelos de economía compartida: UberEconomy como plataforma virtual de prestación de servicios y su impacto en las relaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n°. 1, 2017, pp. 167 a 189.
- Argemir, Gina, “La posición de los sindicatos ante el trabajo a través de plataformas virtuales” en: Todolí Signes, Adrián, y Hernández Bejarano, Macarena (Dir.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado* Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 629 a 635.
- Auvergnon, Philippe, “Angustias de uberización y retos que plantea el trabajo digital al derecho laboral”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n° 6, 2016, pp. 1 a 18.
- Ballistreri, Maurizio, “Smart working e telelavoro in Italia”, *Revista de Estudios Económicos y Empresariales*, n° 28, 2016, pp. 159 a 181.
- Baz Rodríguez, Jesús, “Sentencia del Tribunal Constitucional 170/2013, de 7 de octubre [BOE n° 267, de 7-XI-2013]”, *Ars Iuris Salmanticensis*, Vol. 2, n° 1, 2014, pp. 364 a 367.

- Baylos Grau, Antonio, “Una nota sobre el papel de la negociación colectiva en la configuración de los derechos derivados de la Ley de protección de datos personales y garantía de derechos digitales en España”, *Ciudad del Trabajo*, n° 14, 2019, pp. 154 a 159.
- Beltrán de Heredia Ruiz, Ignasi, “Economía de las plataformas (platforms economy) y contrato de trabajo”, 2019, en: https://www.academia.edu/35855236/BELTRAN_I._2019_.Econom%C3%ADa_de_las_plataformas_platform_economy_y_contrato_de_trabajo_.En_XXIX_Jornades_Catalanes_de_Dret_Social._Noves_Tecnologies_i_relacions_laborals_.DOC_5._CGPJ_CEJFE_y_ACI_p._4_-_110_
- “Delimitación del trabajo por cuenta ajena: últimas novedades jurisprudenciales y apunte internacional (Traductores, Zardoya, Uber, LeCab y Grubhub”, 2018, en: <https://ignasibeltran.com/2018/03/07/delimitacion-del-trabajo-por-cuenta-ajena-ultimas-novedades-jurisprudenciales-y-apunte-internacional-traductores-zardoya-uber-lecab-y-grubhub/>
- Bermejo Bosch, Reyes; Botella Vivó, Santiago, “La sentencia del TEDH sobre el control por el empleador del uso del correo electrónico (mensajería instantánea) por sus empleados (caso Barbulescu v. Rumanía N°. 61496/08 de 12 de enero de 2016)”, *Actualidad jurídica Uría Menéndez*, n° 43, 2016, pp. 90 a 94.
- Bilbao Ubillos, Juan María, “La vida privada en el ámbito laboral”, en: Matia Portilla, Francisco Javier y López de la Fuente, Graciela (Dirs.), *De la intimidad a la vida privada y familiar. Un derecho en construcción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, pp. 141 a 201.
- Biurrun Abad, Fernando J., “El derecho a la desconexión, más cerca”, *Actualidad jurídica Aranzadi*, n°. 943, 2018, p. 22.
- Cabeza Pereiro, Jaime, “El necesario cambio en la jurisprudencia constitucional sobre videovigilancia y control de mensajería electrónica de los trabajadores a la vista de la doctrina del TEDH”, *Temas Laborales*, n° 141, 2018, pp. 13 a 36.
- Carrizosa Prieto, Esther, “El control empresarial sobre el uso de los equipos informáticos y la protección del derecho a la intimidad de los trabajadores”, *Temas Laborales*, n° 116, 2012, pp. 251 a 267.
- Cavas Martínez, Faustino, “Las prestaciones de servicios a través de las plataformas informáticas de consumo colaborativo: un nuevo desafío para el Derecho del Trabajo”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n°. 406, 2017, pp. 23 a 56.
- Cedrola Spremolla, Gerardo, “El trabajo en la era digital: Reflexiones sobre el impacto de la digitalización en el trabajo, la regulación laboral y las relaciones laborales”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 5, n° 1, 2017, pp. 8 a 37.
- Cervilla Garzón, María José, “Avances en Italia y España hacia la regulación del derecho a la desconexión tecnológica y el nuevo ‘lavoro agile’” en: *Los*

- actuales cambios sociales y laborales: nuevos retos para el mundo del trabajo. I, Cambios tecnológicos y nuevos retos para el mundo del trabajo: (Portugal, España, Colombia, Italia, Francia)*, Serrani, Lavinia (Coord.) y Mella Méndez, Lourdes (Dir.), Peter Lang, Suiza, 2017, pp. 433 a 463.
- Cialti, Pierre-Henri, “El derecho a la desconexión en Francia: ¿más de lo que parece?”, *Temas Laborales*, n° 137, 2017, pp. 163 a 181.
- Dagnino, Emanuele, “Labour and Labour Law in the time of the on-demand economy”, *Revista Derecho Social y Empresa*, n° 6, 2016, pp. 1 a 23.
- De la Villa Gil, Luis Enrique, “Trabajo a distancia”, en: Goerlich Peset, José María (Coord.), *Comentarios al Estatuto de los Trabajadores. Libro homenaje a Tomás Sala Franco*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016, pp. 305 a 323.
- De Stefano, Valerio, “The rise of the ‘just-in-time workforce’: On-demand work, crowdwork and labour protection in the ‘gig-economy’”, *Conditions of Work and Employment Series*, n° 71, OIT, Ginebra, 2016.
- Dockès, Emmanuel, “Le salariat des plateformes: à propos de l’arrêt TakeEatEasy”, *Droit ouvrier*, n° 846, 2019, pp. 8 a 15.
- Dueñas Herrero, Laurentino Javier, “La interiorización de los acuerdos europeos por los convenios colectivos nacionales”, *Revista Universitaria de Ciencias del Trabajo*, n° 10, 2009, pp. 21 a 38.
- Echaves, Antonio; Echaves, Carlos, “Jóvenes aún más precarios: crisis económica y desigualdad laboral en España”, *Cuadernos de Investigación en Juventud*, n° 2, 2017, pp. 33 a 52.
- Fernández Avilés, José Antonio, “El derecho a la desconexión como medida preventiva frente a los nuevos riesgos psicosociales derivados del cambio tecnológico”, *Boletín informativo Observatorio de riesgos psicosociales UGT*, n.º 28, 2018, pp. 8 a 15.
- Fernández Domínguez, Juan José, “Una valoración de la Garantía Juvenil tras los primeros años de rodaje”, en: Escudero Prieto, Azucena (Dir.), *Los nuevos perfiles del Estado social. La promoción del empleo de los trabajadores jóvenes y maduros*, Reus, Madrid, 2017, pp. 11 a 47.
- Ferrando García, Francisca M^a. “Vigilancia y control de los trabajadores y derecho a la intimidad en el contexto de las nuevas tecnologías”, *Revista de Trabajo y Seguridad Social*, n° 399, 2016, pp. 37 a 68.
- García Quiñones, Juan Carlos, “Economía colaborativa y derecho del trabajo: dos realidades obligadas a entenderse en un contexto de difícil convivencia” en: Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, La Ley Wolters Kluwer, 2018, pp. 97 a 154.
- García Rubio, M^a Amparo, “Nueva doctrina constitucional sobre videovigilancia laboral y protección de datos personales”, 17 de junio de 2016, en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/doctrina-constitucional-videovigilancia-laboral-proteccion-personales_11_964930001.html

- García Vitoria, Ignacio, “La protección de datos como eje de la jurisprudencia del Tribunal de Estrasburgo sobre la privacidad del trabajador y el control empresarial”, *Revista catalana de dret públic*, 28 de febrero de 2018, en: <https://eapc-rcdp.blog.gencat.cat/2018/02/28/la-proteccion-de-datos-como-eje-de-la-jurisprudencia-del-tribunal-de-estasburgo-sobre-la-privacidad-del-trabajador-y-el-control-empresarial-ignacio-garcia-vitoria/>
- Gomes, Bárbara, “Quand le droit remet ‘l’ubérisation’ en question: commentaire de l’arrêt Uber de la Cour d’appel de Paris du 10 janvier 2019”, *Droit ouvrier*, n° 853, 2019, pp. 499 a 511.
- Goñi Sein, José Luis, “El poder de control empresarial en la doctrina del Tribunal Supremo”, en: García Murcia, Joaquín (Coord.), *El Estatuto de los Trabajadores en la jurisprudencia del Tribunal Supremo*, Tecnos, Madrid, 2015, pp. 235 a 251.
- “Nuevas tecnologías digitales, poderes empresariales y derechos de los trabajadores. Análisis desde la perspectiva del Reglamento Europeo de Protección de Datos de 2016”, *Revista de derecho social*, n° 78, 2017, pp. 15 a 42.
 - “La vigilancia empresarial de la conversaciones electrónicas de los trabajadores: A propósito de la sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 12 de enero de 2016, ‘Barbulescu v. Rumanía’”, *Trabajo y derecho*, n° 18, 2016, pp. 78 a 84.
- Hernández Nieto, Juan Antonio, “El teletrabajo en España en los albores del siglo XXI”, *Revista universitaria de ciencias del trabajo*, n° 2, 2001, pp. 183 a 214.
- Lluch Corell, Francisco Javier, “El secreto de las comunicaciones en la empresa: el control empresarial del correo electrónico que utiliza el trabajador”, 2017, en: http://www.elderecho.com/tribuna/laboral/Comunicaciones-empresa-control-correo-electronico-trabajador_11_1045180003.html
- López Balaguer, Mercedes, “Los ‘riders’ de Deliveroo son trabajadores. SJS núm. 6 de Valencia, de 1 de junio de 2018 (JUR 2018, 152297)”, *Nueva Revista Española de Derecho del Trabajo*, n° 213, 2018, pp. 249 a 260.
- López de la Fuente, Graciela, “La digitalización del trabajo y nuevas formas de control empresarial: a propósito de las plataformas virtuales”, en *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Todolí Signes, Adrián, y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), Cizur Menor: Aranzadi, 2018, pp. 545 a 565.
- Marguénaud, Jean-Pierre; Mouly, Jean, “Big Boss is watching you - Alerte sur le contrôle des activités électroniques du salarié: (obs/s. Cour eur. Dr. H., Barbulescu c. Roumanie, 12 janvier 2016)”, *Revue trimestrielle des droits de l’homme*, n° 108, 2016, pp. 1037 a 1048.
- Mathieu-Géniaut, Chantal; Péretié, Marie-Madeleine; Picault, Alex, “Le droit à la déconnexion une chimère?”, *Revue de droit du travail*, n° 10, 2016, pp. 592 a 598.

- Melgar Martínez, Laura, “Trabajadores, medios tecnológicos y control empresarial”, *Diario La Ley*, n° 2, 2016, en: <http://diariolaley.laley.es/home/DT0000240074/20161216/Trabajadores-medios-tecnologicos-y-control-em-presarial>
- Mella Méndez, Lourdes, “Nuevas tecnologías y nuevos retos para la conciliación y la salud de los trabajadores”, *Trabajo y Derecho*, n° 16, 2016, pp. 30 a 52.
- Mella Méndez, Lourdes (Dir.), “El teletrabajo en España: aspectos teórico-prácticos de interés”, La Ley Wolters Kluwer, Madrid, 2017.
- Mercader Uguina, Jesús R., “La prestación de servicios en plataformas profesionales: nuevos indicios para una nueva realidad”, en: Todolí Signes, Adrián y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 155 a 176.
- Miranda Boto, José María. “Derecho a la intimidad de los trabajadores y uso del messenger corporativo ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos”, *Derecho de las relaciones laborales* n° 2, 2016, pp. 102 a 105.
- Molina Navarrete, Cristóbal, “Expectativa razonable de privacidad’ y poder de vigilancia empresarial: ‘¿Quo vadis justicia laboral?’ (Comentario a la Sentencia del TEDH de 12 de enero de 2016, asunto ‘Barbulescu c. Rumanía’, demanda núm. 61496/2008)”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social*, n° 399, 2016, pp. 171 a 180.
- “Jornada laboral y tecnologías de la info-comunicación: ‘desconexión digital’, garantía del derecho al descanso”, *Temas Laborales* n° 138, 2017, pp. 249 a 283.
 - “El tiempo de los derechos en un mundo digital: ¿existe un nuevo ‘derecho humano a la desconexión’ de los trabajadores fuera de la jornada?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, Tomo LXVII, núm. 269, septiembre-diciembre de 2017, pp. 891 a 919.
- Murcia Clavería, Ana, “El teletrabajo español y el trabajo ‘ágil’ italiano: una comparativa”, en Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 255 a 276.
- Nieto Rojas, Patricia, “Estrategias de inclusión social de los jóvenes no cualificados en el marco del sistema de garantía juvenil. Una aproximación comparada”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, vol. 6, n° 3, 2018, pp. 86 a 105.
- Nilles, Jack. M., “Telecommunications and organizational decentralization”, *IEEE Transactions on Communications*, Vol. Com-23, n° 10, 1975, pp. 1142-1147, en: <https://jala.com/Telecomm%20and%20Org%20Decentralization.pdf>
- Nogueira Guastavino, Magdalena, “La STJUE de 14 de mayo de 2019, ‘CCOO/ Deutsche Bank’ (C-55/18), relativa a la obligación de llevar un registro de la jornada diaria de trabajo y la aplicación horizontal de obligaciones instru-

- mentales”, *Revista de Derecho Comunitario Europeo*, n° 64, 2019, pp. 929 a 961.
- Pérez Sánchez, Carmen, “El teletrabajo: ¿Más libertad o una nueva forma de esclavitud para los trabajadores?”, *Revista de Internet, Derecho y Política*, n° 11, 2010, pp. 25 a 33.
- Peyronnet, Marie, “Take Eat Easy contrôle et sanctionne des salariés”, *Revue de Droit du Travail*, n° 1, 2019, pp. 36 a 40.
- Quintanilla Navarro, Raquel Yolanda, “El teletrabajo: de la dispersión normativa presente a la necesaria regulación normativa europea y estatal futura”, *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid: Iniciativa del Centenario de la OIT (1919-2019)*, Vol. 2, 2017, pp. 107 a 122.
- Rodríguez Escanciano, Susana, “Internet en el Trabajo”, *Diario La Ley*, n°. 8926, 2017, pp. 1 a 13.
- Rodríguez González, Sarai, “La desconexión digital como límite al control empresarial de la jornada de trabajo”, en: Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, La Ley, Madrid, 2018, pp. 493 a 513.
- Rodríguez-Piñero Royo, Miguel Carlos, “El trabajo 3.0 y la regulación laboral: por un enfoque creativo en su tratamiento legal”, *Revista Creatividad y Sociedad*, n° 26, 2016, accesible en: http://grupo.us.es/iwpr/2016/09/07/el-trabajo-3-0-y-la-regulacion-laboral-por-un-enfoque-creativo-en-su-tratamiento-legal/#_Toc461016136
- Rogers, Brishen, “Employment rights in the platform economy: Getting back to basics”, *Harvard Law and Policy Review*, vol. 10, n°. 2, 2016, pp. 479 a 519.
- Sáenz de Buruaga Azcargorta, María, “Implicaciones de la ‘gig-economy’ en las relaciones laborales: el caso de la plataforma Uber”, *Estudios de Deusto*, Vol. 67, n° 1, 2019, pp. 385 a 414. En: [http://dx.doi.org/10.18543/ed-67\(1\), 2019, pp. 385-414](http://dx.doi.org/10.18543/ed-67(1), 2019, pp. 385-414).
- Sagardoy de Simón, Íñigo; Núñez-Cortés Contreras, Pilar, “Economía colaborativa y relación laboral: ¿un binomio conflictivo?”, *Cuadernos de pensamiento político*, n° 53, 2017, pp. 93 a 101.
- San Martín Mazzucconi, Carolina; Sempere Navarro, Antonio V, *Las TICS en el ámbito laboral*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015.
- San Martín Mazzucconi, Carolina, “Generalización tecnológica: efectos sobre las condiciones de trabajo y empleo” en: *El futuro del trabajo que queremos. Conferencia Nacional Tripartita, 28 de marzo de 2017, Palacio de Zurbano, Madrid. Iniciativa del centenario de la OIT (1919-2019)*, Vol. 2, Ministerio de Trabajo y Seguridad Social, 2017, pp. 297 a 310.
- Santos Fernández, María Dolores, “El Acuerdo Marco Europeo sobre Teletrabajo: Negociación colectiva y teletrabajo. Dos realidades de dimensión comunitaria”, *Trabajo: Revista iberoamericana de relaciones laborales*, n° 14, 2004, pp. 45 a 74.

- Selma Penalva, Alejandra, “El accidente de trabajo en el teletrabajo. Situación actual y nuevas perspectivas”, *Temas Laborales*, nº 134, 2016, pp. 129 a 166.
- Serrano Argüeso, Mariola, “‘Always on’. Propuestas para la efectividad del derecho a la desconexión digital en el marco de la economía 4.0”, *Revista Internacional y Comparada de Relaciones Laborales y Derecho del Empleo*, Vol. 7, nº 2, 2019, pp. 164 a 191.
- Sierra Benítez, Esperanza Macarena, “El estado actual del teletrabajo en la Unión Europea”, *Boletín ADAPT*, nº 18, 2013, pp. 1 a 2.
- Standing, Guy, *The Precariat: The new dangerous class*, Bloomsbury Academic, 2011.
- Suárez Corujo, Borja, “Uberización de la economía y relaciones laborales”, en: <https://economistasfrentealacrisis.com/uberizacion-de-la-economia-y-relaciones-laborales/>
- Tascón López, Rodrigo, “El derecho de desconexión del trabajador (potencialidades en el ordenamiento español)”, *Trabajo y Derecho*, nº 41, 2018, pp. 45 a 63.
- Tiraboschi, Michele, “Il lavoro agile tra legge e contrattazione collettiva: la tortuosa via italiana verso la modernizzazione del diritto del lavoro” en: Mella Méndez, Lourdes (Dir.), *La revolución tecnológica y sus efectos en el mercado de trabajo: un reto del siglo XXI*, Wolters Kluwer, Madrid, 2018, pp. 213 a 253.
- Todolí Signes, Adrián, *El trabajo en la era de la economía colaborativa*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2017.
- “El futuro del trabajo: nuevos indicios de laboralidad aplicables a empresas digitales”, *Revista de Treball, Economia i Societat*, nº 92, 2019, pp. 1 a 8.
 - “El TSJ de Madrid confirma Sentencia declarando a un rider verdadero AUTÓNOMO”, 7 de octubre de 2019, en: <https://adriantodoli.com/2019/10/07/el-tsj-de-madrid-confirma-sentencia-declarando-a-un-rider-verdadero-autonomo/>
 - “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*, nº 51, 2018, pp. 442 a 447.
 - “El impacto de la ‘uber economy’ en las relaciones laborales: los efectos de las plataformas virtuales en el contrato de trabajo”, *IUSLabor*, nº 3, 2015, pp. 1 a 25.
 - “El trabajador en la ‘Uber economy’: ni dependiente ni autónomo, sino todo lo contrario”, *Trabajo y Derecho*, nº 25, 2017, pp. 43 a 60.
- Triguero Martínez, Luis Ángel, “‘Gig economy’ y prestación de servicios profesionales: puntos críticos”, en: Todolí Signes, Adrián y Hernández Bejarano, Macarena (Dirs.), *Trabajo en Plataformas Digitales: innovación, Derecho y mercado*, Aranzadi, Pamplona, 2018, pp. 193 a 222.

- Ushakova, Tatsiana, “Los modelos de la acción normativa de la OIT para regular el trabajo a distancia”, en: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---europe/---ro-geneva/---ilo-madrid/documents/article/wcms_548606.pdf
- Vallecillo Gámez, María Rosa. “El derecho a la desconexión ¿‘Novedad digital’ o esnobismo del ‘viejo’ derecho al descanso?”, *Estudios financieros. Revista de trabajo y seguridad social: Comentarios, casos prácticos: recursos humanos*, n° 408, 2017, pp. 167 a 178.
- Zamora, Santiago, “Desconexión digital ¿novedad o anécdota?”, *Diario La Ley*, n° 9363, 2019.

II. DOCUMENTOS (POR ORDEN ALFABÉTICO)

- Confederación Española de Organizaciones Empresariales (Carlos de la Torre García, Luis Pérez Capitán, Ramón Pérez Merlos y Javier Martín Apoita), Guía práctica “Smart Working y Prevención de Riesgos Laborales: retos legales y de gestión en la empresa”, 2018, en: https://contenidos.ceoe.es/CEOE/var/pool/pdf/publications_docs-file-620-smart-working-y-prevencion-de-riesgos-laborales-retos-legales-y-de-gestion-en-la-empresa.pdf
- Comisión Europea, Propuesta de Directiva del Parlamento Europeo y del Consejo relativa a unas condiciones laborales transparentes y previsibles en la Unión Europea, de 21 de diciembre de 2017, COM(2017) 797 final. En: <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/ALL/?uri=CELEX%3A52017PC0797>
- Comunicación sobre la Garantía Juvenil y la Iniciativa de Empleo Juvenil, situación al cabo de tres años, COM/2016/0646 final, de 4 de octubre de 2016.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia, “Consulta pública sobre los nuevos modelos de prestación de servicios y la economía colaborativa. Documento 2: Efectos de los nuevos modelos económicos sobre el mercado y la regulación”, noviembre de 2014, en: <https://www.cnmc.es/ambitos-de-actuacion/promocion-de-la-competencia/consultas-publicas/economia-colaborativa>
- Décret n° 2017-774, de 4 de mayo de 2017 relatif à la responsabilité sociale des plateformes de mise en relation par voie électronique: <https://www.legifrance.gouv.fr/eli/decret/2017/5/4/ETST1710240D/jo/texte>
- Decreto 1/2018, de 10 de enero, por el que se regula la prestación del servicio en la modalidad no presencial, mediante la fórmula del teletrabajo, en la Administración de la Comunidad Autónoma de Extremadura, *Diario Oficial de Extremadura* n° 10 de 15 de enero de 2018, pp. 1566 a 1584.
- Decreto 16/2018, de 7 de junio, por el que se regula la modalidad de prestación de servicios en régimen de teletrabajo en la Administración de la Comunidad de Castilla y León, *Boletín Oficial de Castilla y León* n° 113, de 13 de junio de 2018, pp. 23525 a 23542.
- 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, DOUE, L 188, de 12 de julio de 2019, pp. 79 a 93.
- Eurofound, “Work-life balance and flexible working arrangements in the European Union, Eurofound”, Dublin, 2017 en: https://www.eurofound.europa.eu/sites/default/files/ef_publication/field_ef_document/ef1741en.pdf
- Inspection Générale des Affaires Sociales, Informe sobre “Les plateformes collaboratives, l’emploi et la protection sociale”, mayo de 2016 (IGAS, Rapport n° 2015-121 R).
- Juncker, Jean-Claude, Discurso sobre el Estado de la Unión: Hacia una Europa mejor: una Europa que proteja, empodere y vele por la seguridad, Estrasburgo 14 de septiembre de 2016, en: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-16-3043_es.htm
- Ley Orgánica 3/2018, de 5 de diciembre, de Protección de Datos Personales y garantía de los derechos digitales, Boletín Oficial del Estado n° 294, de 6 de diciembre de 2018.
- Loi n° 2016-1088, de 8 de agosto de 2016, relative au travail, à la modernisation du dialogue social et à la sécurisation des parcours professionnels: <https://www.legifrance.gouv.fr/affichTexte.do?cidTexte=JORFTEXT000032983213&categorieLien=cid>
- Mettling, Bruno, Informe sobre “Transformation numérique et vie au travail”, de 15 de septiembre de 2015. En: <http://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/154000646.pdf>
- Orden APU/1981/2006, de 21 de junio, por la que se promueve la implantación de programas piloto de teletrabajo en los departamentos ministeriales, en BOE n° 149, de 23 de junio de 2006, pp. 23775 a 23776.
- Organización Internacional del Trabajo, “Perspectivas sociales y del empleo en el mundo: Tendencias 2018”, Ginebra, 4 de junio de 2018. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/---publ/documents/publication/wcms_631466.pdf
- “El estrés en el trabajo: un reto colectivo”, Ginebra, 2016. En: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---protrav/---safework/documents/publication/wcms_466549.pdf
- Osservatorio Smart Working de la School of Management del Politecnico di Milano, Informe “Smart Working: una rivoluzione da non fermare”, octubre de 2018, en: http://www.bollettinoadapt.it/wp-content/uploads/2018/11/Executive-summary_Smart-Working_2018.pdf
- Parlamento Europeo, Resolución sobre la respuesta a las peticiones sobre la lucha contra la precariedad y el uso abusivo de los contratos de trabajo de duración determinada, de 31 de mayo de 2018 (2018/2600(RSP)). En: <http://www.europarl.europa.eu/sides/getDoc.do?pubRef=-//EP//TEXT+TA+P8-TA-2018-0242+0+DOC+XML+V0//ES>
- Resolución sobre una Agenda Europea para la economía colaborativa, de 15 de junio de 2017 (2017/2003(INI)). En: <http://www.europarl.europa.eu/si->

des/getDoc.do?type=TA&reference=P8-TA-2017-0271&language=ES&cring=A8-2017-0195

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 *Diario Oficial de la Unión Europea*, L 119, de 4 de mayo de 2016.

Ryder, Guy, Foro Económico Mundial, 22 de octubre de 2018, en: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_647865/lang--es/index.htm

III. ACUERDOS Y CONVENIOS COLECTIVOS (POR ORDEN CRONOLÓGICO)

Acuerdo Interconfederal para la Negociación Colectiva de 30 de enero de 2003, BOE nº 47, de 24 de febrero de 2003, pp. 7539 a 7548.

Accord national interprofessionnel sur le télétravail de 19 de julio de 2005 (CC 2005/49). En: https://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/boccc/pdf/2006/0022/CCO_20060022_0022_0040.pdf

Accord national interprofessionnel sur la qualité de vie au travail, de 19 de junio de 2013 (CC 2013/41). En: http://www.journal-officiel.gouv.fr/publications/boccc/pdf/2013/0041/boc_20130041_0000_0011.pdf

Accord sur la qualité de vie et le bien être au travail au sein du groupe Thales, de 4 de febrero de 2014. En: <https://coord.cgthales.fr/wp-content/uploads/sites/19/2014/01/ACCORD-QUALITE-DE-VIE-AU-TRAVAIL-28012014.pdf>

III Acuerdo para el Empleo y la Negociación Colectiva 2015, 2016 y 2017, (Código de convenio nº 99100015092012), suscrito con fecha 8 de junio de 2015, publicado en BOE nº. 147, de 20 de junio de 2015, pp. 51602 a 51619.

Accord en faveur de l'égalité professionnelle firmado por La Poste y las organizaciones sindicales CGT, CFDT, FO, CFTC-CGC-UNAS de 3 de julio de 2015.

Accord catégoriel Michelin portant sur la maîtrise de la charge de travail des cadres autonomes en convention de forfait-jours de 15 de marzo de 2016. En: <http://www.wk-rh.fr/actualites/upload/michelin-accord-forfait-jours-cadres-autonomes-15mars2016.pdf>

I Convenio colectivo del Grupo “Vodafone España” (Vodafone España, S.A.U., Vodafone Ono, S.A.U. y Tenaria, S.A.U.) (Código de convenio nº 90102473012016), suscrito con fecha 15 de julio de 2016, publicado en BOE nº 243, de 7 de octubre de 2016, pp. 71722 a 71761.

VIII Acuerdo marco del Grupo Repsol (código de convenio nº 90011303011900) suscrito el 8 de junio de 2016, publicado en BOE nº. 194, de 12 de agosto de 2016, pp. 59409 a 59465.

Premier Accord portant sur l'accompagnement de la transformation numérique chez Orange, de 27 de septiembre de 2016. En: https://www.actuel-rh.fr/sites/default/files/article-files/accord_orange_transformation_numerique.pdf

- Convenio Colectivo del Grupo AXA (Código convenio nº. 90006353011984) suscrito el 18 de julio de 2017, publicado en BOE nº. 244, de 10 de octubre de 2017, pp. 98670 a 98699.
- Convenio Colectivo de la Empresa Sociedad Anónima Damm (Código Convenio nº. 08100282012013) de la provincia de Barcelona suscrito el 24 de noviembre de 2017, publicado en el Boletín Oficial de la Provincia de Barcelona, nº 75, de 18 de abril de 2018.
- Accord sur la qualité de vie et de bien être au sein du groupe Thales, de 28 de marzo de 2018. En: <https://coord.cgthales.fr/wp-content/uploads/sites/19/2018/06/ACCORD-QVT-28-mars-2018.pdf>
- Acuerdo para la distribución de la jornada en Ikea Ibérica S.A. de 27 de junio de 2018. En: <https://www.ccoo-servicios.es/archivos/comercio/Acuerdo-horario-ikea.pdf>
- Acuerdo suscrito entre el Grupo Telefónica y UGT y CCOO de 23 de noviembre de 2018. En: http://www2.fsc.ccoo.es/comunes/recursos/17466/doc295252_Acuerdo_sobre_desconexion_digital_en_Telefonica.pdf
- Resolución de 19 de marzo de 2019, de la Dirección General de Trabajo, por la que se registran y publican los acuerdos de modificación y prórroga del V Acuerdo Laboral de ámbito estatal para el sector de Hostelería, en: <https://www.boe.es/boe/dias/2019/03/29/pdfs/BOE-A-2019-4645.pdf>
- Accord du groupe Total sur l'égalité professionnelle, firmado el 12 de junio de 2019. En: http://www.cielolaboral.com/wp-content/uploads/2019/09/Accord_Total_Egalite_pro12juin2019.pdf
- II Convenio colectivo de empresas vinculadas para Telefónica de España, SAU, Telefónica Móviles España, SAU y Telefónica Soluciones de Informática y Comunicaciones de España, SAU (Código de convenio: 90100303012015) suscrito el 27 de septiembre de 2019, publicado en BOE nº 273, de 13 de noviembre de 2019, pp. 125209 a 125395.

Apuesta por Tirant Online, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa de España.*





www.tirantonline.com

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- * Biblioteca Virtual
- * Herramientas Salariales
- * Calculadoras de tasas y pensiones
- * Tirant TV
- * Personalización
- * Foros y Consultoría
- * Revistas Jurídicas
- * Gestión de despachos
- * Biblioteca GPS
- * Ayudas y subvenciones
- * Novedades

* Según ranking del CSIC

 96 369 17 28

 96 369 41 51

 atencionalcliente@tirantonline.com

 www.tirantonline.com